

MANUAL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

---

LEGISLACION INTERNACIONAL Y JURISPRUDENCIA

Orria Goñi

Mikel Berraondo

Financiado por AECID



## Introducción

Los derechos de los pueblos indígenas han ido asumiendo un importante lugar en el derecho internacional sobre derechos humanos, desarrollando un importante cuerpo legal que confirma y protege los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Esta legislación se ha seguido expandiendo y desarrollando a través de numerosas vías como las demandas y reivindicaciones de representantes indígenas en los foros internacionales; a través de decisiones de organismos internacionales de derechos humanos; a través del reconocimiento y codificación de derechos indígenas en instrumentos internacionales bajo consideración de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos; a través de la incorporación de los derechos indígenas a instrumentos y políticas relacionados con el medio ambiente y el desarrollo; a través de la incorporación de estos derechos en el derecho y la práctica interna de los estados; y a través de decisiones jurídicas internas nacionales.

Durante los últimos años, los organismos internacionales que disponen de mandato para la protección de derechos humanos han prestado particular atención a los derechos indígenas. En este respecto son destacables el Comité de la ONU para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de Derechos Humanos de la ONU y el Comité de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo. Estos organismos han contribuido al desarrollo progresivo de los derechos indígenas mediante la interpretación general de la aplicación de los derechos humanos de tal forma que han ido tomando en cuenta y protegiendo paulatinamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En esta misma línea, han de señalarse los principales organismos del sistema internacional de protección de derechos humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las decisiones de la Corte, vinculantes para los Estados, se han convertido en auténticas instancias de transformación de la realidad social, histórica, económica y cultural de los pueblos indígenas.

Podemos afirmar que la situación de los pueblos indígenas ha sufrido algunos cambios sustanciales y, gracias a sus luchas reivindicativas, han conseguido importantes conquistas en el área de sus derechos que han contribuido a que se reconozca, colectivamente, a los pueblos indígenas en tanto categoría específica de la población nacional e, individualmente, como sujetos políticos y sujetos de derechos. Toda esta legislación y jurisprudencia, incluidos los procedimientos internacionales, regionales y nacionales, han significado un gran avance por parte de los pueblos indígenas a nivel nacional y local y puede esperarse que continúen haciéndolo en el futuro. Su uso tanto en el ámbito nacional, como en el regional e internacional refuerza y desarrolla además las normas de derechos humanos, lo que provee a su vez una fortaleza adicional a la defensa de los derechos de los pueblos indígenas a nivel global.

Sin embargo, a pesar de estos avances legislativos las violaciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas siguen siendo demasiado frecuentes. Puede afirmarse que los cambios han sido prolíferos, sin embargo, existe una grave brecha de implementación entre la legislación y la realidad cotidiana. Aún no se han resuelto importantes problemas estructurales, lo cual amenaza severamente el acceso a la justicia y el ejercicio pleno de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de los pueblos indígenas. Muchas de estas violaciones están generalmente asociadas con la explotación de los recursos naturales, así como una presión cada vez más intensa sobre los territorios de los pueblos indígenas, que tiene como resultado una rápida deforestación como producto de la explotación maderera, la minería, la expansión agrícola, la colonización y los proyectos infraestructurales. Por otro lado, las iniciativas de conservación del medio ambiente tampoco han tomado frecuentemente en cuenta las necesidades de los pueblos indígenas, ni los derechos de los que son titulares.

Teniendo en cuenta este complicado escenario, es innegable que todavía queda un largo camino por recorrer para, en primer lugar, adaptar las exigencias de las normas internacionales de derechos humanos a la práctica legislativa en el ámbito nacional y local, y en segundo, traducir estos derechos a realidades concretas que garanticen los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

Tal y como advirtió en anterior Relator Especial de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, en su informe Los derechos humanos y las cuestiones indígenas (Febrero, 2006) sobre “el vacío entre la legislación existente y la práctica administrativa, jurídica y política...Esta brecha entre el nivel legal y el nivel real constituye una violación de los derechos humanos de los indígenas. Cerrarla constituye un desafío”. Asimismo, afirmo que “... la brecha sólo podrá cerrarse con la plena participación de las organizaciones indígenas y de la sociedad civil actuando constructivamente en el marco de las instituciones nacionales, buscando resolver conflictos y lograr consensos que a final de cuentas serán benéficos para toda la sociedad nacional”.

Este Manual para los Derechos Indígenas, elaborado en el marco del **Programa para la Implementación de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas**, implementado conjuntamente entre IPES ELKARTEA y ALMÁCIGA

## Fuentes de Derecho y Mecanismos Internacionales

En primer lugar enunciaremos las principales fuentes de derecho que reconocen los derechos de los pueblos indígenas para, a continuación elaborar con más detalle el contenido y alcance de las principales fuentes que han servido a su vez de base para desarrollar el contenido específico para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Así, en primer lugar, hemos de considerar como fuentes de derecho todas las expedidas por el sistema de las Naciones Unidas, comenzando por el Convenio 169 de la OIT y los pronunciamientos de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), siguiendo con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración de los Pueblos Indígenas) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2007, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), los pronunciamientos emitidos por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Comité de Derechos Humanos), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas y, por último, las recomendaciones del Foro Permanente para Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas (Foro Permanente).

En segundo lugar, las fuentes de derecho regional, tales como los pronunciamientos y sentencias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de Estados Americanos (Proyecto de la OEA).

Por último, la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, que ha contribuido a desarrollar el derecho de los pueblos indígenas a nivel regional, con base en las disposiciones de la Convención Americana y de la Declaración Americana, interpretadas a la luz de las normas del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otras fuentes relevantes.

### **I. Fuentes del Sistema Internacional de Naciones Unidas**

- **Organización Internacional del Trabajo (OIT)**
  - Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989). El Convenio núm. 169 es un instrumento holístico, que pretende abordar todos los aspectos clave de los derechos de los pueblos indígenas. Desde su adopción, el Convenio núm. 169 ha jugado un papel crucial en la elaboración de las leyes y políticas nacionales en materia de los pueblos indígenas y tribales en todo el mundo. En los países que lo ratificaron especialmente, los tribunales de justicia se han estado basando en el Convenio a la hora de tratar los casos relativos a los derechos de los pueblos indígenas. Tal y como indica se indica en la pagina ...los principios básicos del convenio son la identificación de los pueblos indígenas y tribales (proporcionando criterios para describir los pueblos que pretende proteger); la no discriminación; establece la necesidad de adoptar medidas especiales para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medioambiente de

estos pueblos; los principios de consulta y participación; y el derecho a decidir las prioridades para el desarrollo.

El uso que se le ha dado al Convenio en el ámbito judicial ha contribuido significativamente a su aplicación a nivel nacional. Ello lo desarrolla de manera amplia la guía elaborada por la OIT titulada “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT”<sup>1</sup> que la OIT adoptó como respuesta a numerosas solicitudes de los Estados parte, pueblos indígenas y organizaciones sociales que buscaban conocer con mayor profundidad el significado, el alcance y los impactos del convenio.

- Observaciones individuales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Las observaciones de la Comisión de Expertos se publican en el informe anual de la Conferencia Internacional del Trabajo, que se reúne en junio. Este informe es analizado por la Comisión de Aplicación de Normas (CAN), que está compuesta por representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores. La labor principal de la CAN consiste en examinar la aplicación de los Convenios ratificados por un número de países (“casos individuales”), tomando como base las observaciones presentadas por la Comisión de Expertos. Como resultado de estos casos individuales, la CAN adopta conclusiones dirigidas a los Estados miembros de la OIT que se examinaron.
- **Asamblea General de las Naciones Unidas**
  - Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración de los Pueblos Indígenas, 2007). En setiembre del año 2007 la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (La Declaración). Este instrumento es resultado de más de 20 años de debate y presión internacional de los pueblos indígenas de todo el mundo y fue aprobado mayoritariamente, con 143 votos a favor. La declaración, si bien no es vinculante, sí establece un compromiso político importante para los Estados que hacen parte de ella, así como un instrumento de presión para los que no la han firmado ya que afirma muchos derechos que ya figuran en los tratados internacionales de derechos humanos, siendo, por lo tanto, de manera indirecta, jurídicamente obligatoria. Por esta razón y porque la mayoría de los gobiernos en las Naciones Unidas (ONU) se han puesto de acuerdo en su contenido, los pueblos indígenas la utilizan para exigir a los gobiernos que cumplan sus obligaciones en el reconocimiento y protección de los derechos indígenas.

La Declaración contiene un Preámbulo de 24 párrafos y 46 artículos operativos que enumeran y explican los derechos humanos internacionales de los pueblos indígenas. Entre los contenidos importantes de la Declaración figuran: el derecho a la autodefinición como pueblos indígenas, el derecho a la libre determinación, los derechos a las tierras, territorios y recursos naturales, el derecho al consentimiento libre, previo e informado de las actividades de desarrollo en sus tierras y territorios y derechos consagrados en los instrumentos de derechos humanos. La Declaración también es especial porque habla de derechos colectivos. Esto es particularmente importante para los pueblos indígenas,

<sup>1</sup> [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf)

porque muchos aspectos de su vida son comunes o compartidos, como la propiedad de la tierra y los recursos. La Declaración se compone de elementos que se encuentran en otros instrumentos jurídicos internacionales, como la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de Derechos Humanos y convenciones y declaraciones como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), convenciones que abordan el genocidio, las minorías y la intolerancia religiosa, así como el Convenio No.169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La Declaración también hace un reconocimiento y vela por la protección de los derechos culturales de los pueblos indígenas y establece el derecho de los pueblos y personas indígenas a no ser objeto de asimilación forzada o destrucción de su cultura.

En cuanto al uso y asimilación de la Declaración en el ámbito nacional, es de destacar el caso de Belice, donde los indígenas de las aldeas mayas de Conejo y Santa Cruz, demandaron judicialmente al gobierno en 2007 por otorgar a empresas petroleras, hidroeléctricas y de tala concesiones en sus territorios y por negar el acceso a los agricultores mayas a sus tierras ancestrales. La Corte Suprema de Belice falló a favor de los mayas y ordenó al gobierno nacional el reconocimiento de los derechos consuetudinarios de los indígenas mayas a sus tierras y a detener cualquier actividad que pudiera impedirles el uso de sus tierras. Hizo referencia explícita a la Declaración siendo la primera sentencia en hacerlo, lo que podría influir en el resultado de casos similares en otras partes del mundo<sup>2</sup>.

- **Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas**

El Comité de Derechos Humanos es un órgano de seguimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de su Protocolo Facultativo, creado por el pacto mismo.

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (1966). El PIDCP fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. En su interpretación del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha reconocido el artículo 27<sup>3</sup> del documento, que protege los derechos individuales y culturales de las minorías, como una fuente de protección del derecho de los pueblos indígenas. Así, junto con el reconocimiento del derecho a la libre determinación en el artículo 1º del documento, el artículo 27 ha desempeñado un papel importante en el debate sobre el significado del término “pueblo”.
- Observación general 23 sobre el PIDCP (1994). La observación general 23 del Comité de Derechos Humanos, adoptada en 1994, desarrolla el alcance del artículo 27 del PIDCP sobre los derechos de las personas pertenecientes a las minorías. Al respecto, afirma que, “[a]unque los derechos amparados por el artículo 27 sean derechos individuales, dichos derechos dependen a su vez de la capacidad del grupo minoritario para conservar su cultura, su idioma o su religión. En consecuencia, puede ser también necesario que los

<sup>2</sup> El fallo de la Corte Suprema de Belice, en este caso de 17 de octubre de 2007, puede ser consultado en:

[http://www.law.arizona.edu/depts/ipj/advocacy/maya\\_belize/documents/ClaimsNos171and172of2007.pdf](http://www.law.arizona.edu/depts/ipj/advocacy/maya_belize/documents/ClaimsNos171and172of2007.pdf)

<sup>3</sup> El artículo 27 del PIDCP establece que “[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura y su idioma y a practicar su religión, en común con los otros miembros del grupo”. La observación también señala que los derechos culturales de estas minorías se relacionan íntimamente con sus recursos y territorios, puesto que “la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas”, razón por la cual puede ser necesario adoptar “medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les [los] afectan”. Adicionalmente, la observación contribuye al debate general sobre la conexión entre el artículo 27 sobre los derechos de las minorías y el artículo 1º, que consagra el derecho a la libre determinación. El documento ordena no confundir ambos tipos de protección, puesto que el derecho a la libre determinación de los pueblos “se rige por disposiciones separadas del pacto” y no está reconocido por el Protocolo Facultativo, mientras que el artículo 27, al reconocer derechos de las personas individualmente consideradas, hace parte de la tercera parte del pacto y sí forma parte del Protocolo Facultativo. Sostiene que el goce de los derechos consagrados en el artículo 27 no amenaza la soberanía e integridad territorial del Estado, y destaca que el disfrute de una determinada cultura puede depender de aspectos íntimamente ligados con el territorio y el uso de los recursos naturales.

- **Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR)**

El CEDR fue constituido como órgano de seguimiento tras la entrada en vigor del Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de la Discriminación Racial en el año 1969. El CEDR, entre otros pronunciamientos, emite recomendaciones a los Estados parte, que proponen medidas específicas para dar cumplimiento al convenio. Por otro lado, el CEDR elabora recomendaciones generales sobre la aplicación de distintas disposiciones del convenio y sobre situaciones de discriminación a grupos específicos. Además, es competente para recibir casos y quejas individuales de discriminación racial de ciudadanos de los Estados parte del convenio.

- Recomendaciones del CEDR a los Estados. Las recomendaciones a los Estados del CEDR han buscado proteger a los pueblos indígenas instando a los Estados a crear marcos legislativos adecuados sobre sus derechos a las tierras y recursos, así como a determinar claramente cuáles son las tierras que tales pueblos han ocupado tradicionalmente y reconocer los derechos de los pueblos indígenas y tribales a “poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras comunales y a participar en la explotación, administración y conservación de los recursos naturales asociados a ellas”. Sin embargo, las recomendaciones del CEDR no son jurídicamente vinculantes.
- Recomendación general 23 del CEDR (1997). La recomendación general 23 de 1997, que se enfoca en el combate a la discriminación a pueblos indígenas, insta a los Estados a que “no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”.<sup>4</sup> Adicionalmente, establece la necesidad de reconocer los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios colectivos, así como la

<sup>4</sup> CEDR recomendación general 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 1997, párr. 4(d) (de aquí en adelante, CEDR, recomendación general 23).

necesidad de que el Estado promueva medidas de reparación efectivas cuando hayan sido privados de ellos. Aunque no es vinculante, esta recomendación sirve como un criterio de interpretación de las normas del convenio.

- **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)**

El CDESC es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados parte. El CDESC se estableció en 1985, por una resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC). El comité recibe informes periódicos de los Estados parte sobre el cumplimiento de las disposiciones del pacto y realiza observaciones finales con respecto a ellos. El comité también hace observaciones generales sobre las disposiciones del pacto, que sirven de pauta interpretativa de los pronunciamientos hechos por el CDESC y del pacto, pero no tienen carácter vinculante. El CDESC no tiene facultad de revisar denuncias particulares, aunque está en proceso de ratificación un proyecto de Protocolo Facultativo que se lo permitiría.

- Observaciones finales del CDESC (1989-2009). Es de destacar, que en sus observaciones, menciona las disposiciones del Convenio 169, y la necesidad de que el Estado consiga de los pueblos afectados “su consentimiento antes de la realización de proyectos de explotación de la madera o de los recursos mineros y antes de la realización de cualquier política que les [los] afecte, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT”.<sup>5</sup>

- **Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas**

El relator especial forma parte del sistema de procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Entre sus funciones está la de investigar formas de superar los obstáculos existentes para proteger los derechos de los indígenas, recopilar información sobre violaciones de dichos derechos, realizar visitas a países e informes sobre los puntos anteriores. El relator especial fue nombrado por primera vez en el 2001, y el relator actual —James Anaya— es el segundo en ocupar el cargo, que desempeña desde el primero de mayo del 2008. El relator se pronuncia fundamentalmente a través de informes anuales que presenta al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y que se centran en temas específicos de la situación de los pueblos indígenas. Adicionalmente, envía comunicaciones confidenciales con recomendaciones a los Estados basándose en información que recibe sobre violaciones o amenazas a los derechos indígenas, y realiza diferentes actividades de seguimiento a las recomendaciones a los Estados y a las agencias de las Naciones Unidas, tanto a partir de las visitas a los Estados como en los informes anuales. Entre estas actividades de seguimiento, el relator organiza seminarios, foros y redacta informes. A pesar de no ser vinculantes, los informes del relator tienen una gran visibilidad y pueden tener considerable fuerza política. Los informes pueden descargarse a través del siguiente enlace:

[http://ap.ohchr.org/documents/sdpage\\_e.aspx?m=73&t=9](http://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?m=73&t=9)

- **Foro Permanente de las Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas.**

En 2001, se creó el, compuesto por ocho representantes gubernamentales y ocho representantes indígenas. El UNPFII se reúne todos los años y miles de representantes indígenas de todo el mundo hacen uso de esta oportunidad para presentar y analizar sus

<sup>5</sup> 40. cedr, Observaciones finales sobre Colombia, 2001, párr. 33.



experiencias y cuestiones que los aquejan. El mandato del UNPFII es prestar asesoramiento y recomendaciones al Consejo Social y Económico de la ONU (ECOSOC) y al sistema de las Naciones Unidas en general sobre temas de importancia para los pueblos indígenas. Estas recomendaciones pueden tratar casi todo aspecto de las vidas de los pueblos indígenas, es decir desarrollo económico y social, cultura, medioambiente, educación, salud y derechos humanos. Los informes de los períodos de sesiones del Foro Permanente subrayan la necesidad de una participación cada vez más amplia de las comunidades indígenas en las medidas que los afectan de forma directa o indirecta, tanto en el ámbito local como internacional. Las recomendaciones plasmadas en los informes del Foro Permanente no son vinculantes, pero las recomendaciones oficiales dirigidas al ECOSOC pueden ser adoptadas por este órgano y sirven de plataforma para la realización de proyectos y prioridades de las Naciones Unidas en temas relacionados a los pueblos indígenas. Para más información visitar [www.un.org/esa/socdev/unpfii](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii).

A su vez, más de 30 organismos, fondos y programas de la ONU han establecido el Grupo Interinstitucional de Apoyo (IASG). El propósito del IASG es apoyar al UNPFII y en general coordinar con sus miembros una mejor promoción de los derechos de los pueblos indígenas dentro del sistema de la ONU. Ello en consonancia con el artículo 42 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que establece que: Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia.

- **Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.** El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue creado en 2007 por el Consejo de Derechos Humanos, el principal órgano de derechos humanos de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 6/36 como un órgano subsidiario del Consejo. Dicho mecanismo tiene como mandato proporcionar asesoría temática al Consejo de Derechos Humanos, en forma de estudios e investigación, sobre los derechos de los pueblos indígenas de la manera y la forma solicitada por el Consejo. El Mecanismo de Expertos puede también presentar propuestas al Consejo para que éste las examine y apruebe. Así, el Mecanismo de Expertos concluyó su primer estudio sobre el derecho de los pueblos indígenas a la educación en 2009, junto con la Opinión –que incluye recomendaciones– acerca de cómo podría ser aplicado el derecho de los pueblos indígenas a la educación. Otro estudio relevante sobre el que ha estado trabajando el mecanismo ha sido un estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones finalizado en 2011. Para más información <http://www.ohchr.org/SP/Issues/PIndigenas/EMRIP/Paginas/EMRIPIndex.aspx>

## II. Fuentes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos está basado en tres instrumentos: la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>6</sup>, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

<sup>7</sup> Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

Tales instrumentos son las fuentes principales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que cuenta con dos órganos centrales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, instrumento suscrito originariamente como una manifestación de aspiraciones de los Estados Americanos, pero que a partir de las reformas a la Carta de la OEA de la aplicación práctica que los Estados han dado a este instrumento, hoy es un documento vinculante para los Estados Americanos en materia de Derechos Humanos. Por último, la Convención Americana de Derechos Humanos es un tratado internacional y como tal vinculante para los Estados partes y en él se establecen las obligaciones generales para los Estados en materia de derechos humanos, un catálogo de derechos y libertades y los órganos de protección del mismo.

- **La Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) fue creada en 1959. Como consecuencia de la ratificación de la Carta de la Organización de Estados Americanos, todos los Estados del continente aceptaron la competencia de la CIDH para conocer de violaciones de derechos humanos acaecidas en sus jurisdicciones y para emitir recomendaciones en caso de encontrar que dichas violaciones han sucedido y que el Estado es responsable. Asimismo, los Estados han reconocido el catálogo de derechos consagrados en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (en adelante Declaración Americana). Encargada de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo, cumple con tal función a través de visitas a los Estados, informes sobre la situación de derechos humanos y el análisis de peticiones individuales que alegan violaciones de derechos humanos. Esa última función “cuasi-judicial” la tomó a partir de la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en 1969, que le permite recibir denuncias de individuos sobre violaciones a sus derechos por parte del Estado. En tales casos, puede intentar llegar a una solución amistosa entre los Estados y la parte denunciante o, en caso de fallar esta solución, puede remitir el caso a la Corte Interamericana si el Estado implicado ha reconocido la competencia de ella.

- Informes temáticos y de países. estos informes han sido cruciales para el desarrollo del contenido de los derechos humanos de los derechos indígenas, así como la elaboración del concepto de ‘consulta previa’ y las situaciones en las cuales es aplicable. Igualmente, estos informes han contribuido directamente a la creación de nuevos instrumentos jurídicos, como la Declaración Universal de Pueblos Indígenas.
- Medidas Cautelares. La CIDH, en virtud del artículo 25 de su reglamento, también tiene la posibilidad de conceder medidas cautelares por iniciativa propia o por petición de parte para evitar daños irreparables. Tales medidas son de obligatorio cumplimiento para los Estados que han aceptado la competencia de la comisión al ratificar la Declaración Americana. En este sentido, es importante señalar que algunas de las medidas cautelares concedidas por la CIDH han sido pasos previos importantes a los pronunciamientos más detallados de la Corte Interamericana. Este fue el caso de las medidas expedidas a favor del pueblo Saramaka<sup>8</sup> para evitar los daños relacionados a la extracción de recursos de sus territorios, así como de las medidas cautelares concedidas a favor del pueblo Enxet<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> CIDH. 2002a. Medida Cautelar 155-02, Doce Clanes Saramaka / Surinam.

<sup>9</sup> CIDH, Medidas Cautelares, Comunidad Indígena Kelyenmagategma del Pueblo Enxet, Paraguay, 2004.

- Informes de Admisibilidad. Igualmente, la CIDH elabora informes de admisibilidad como en el Caso de las Comunidades Indígenas Ngöbe y sus miembros en el Valle del Río Changuinola informes de fondo como el Caso de las Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo. Belice, 12 de octubre de 2004, y el Informe del Caso Mary y Carrie Dann. Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002.

- **Corte Interamericana**

La Corte Interamericana es una institución judicial del sistema interamericano nacida de la Convención Americana de Derechos Humanos, que fue redactada en 1969. La convención entró en vigor en 1978, y la Corte empezó a funcionar en 1979. La Corte tiene como funciones: a) resolver los casos contenciosos sobre una presunta violación a la Convención por parte de un Estado parte y, b) emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención Americana. Los casos ante la Corte Interamericana sólo pueden ser presentados por la Comisión Interamericana o por el Estado parte en el caso particular. Pueden ser demandados ante la Corte aquellos Estados que han reconocido la competencia de la Corte. Los Estados Partes tienen la obligación internacional de cumplir el fallo de la Corte, pero esta no tiene imperio para hacerlo cumplir. Sin embargo, la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado. En todo caso, la Convención dispone que la Corte informe a la Asamblea General de la OEA cuando un Estado no haya cumplido con un fallo y hará las recomendaciones que estime pertinentes.

- Sentencias. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una de las principales fuentes de derecho internacional para la protección de los derechos de los pueblos indígenas. La jurisprudencia de la Corte es vinculante para los Estados parte. Entre otros, el alcance de las sentencias de la Corte han contribuido a desarrollar con alto nivel de detalle el contenido de los principios de participación y consulta, estableciendo, en algunos casos la necesidad de ir más allá de la mera consulta, destacando la necesidad de obtener el consentimiento libre, previo e informado<sup>10</sup>. Asimismo, esta jurisprudencia, ha contribuido a desarrollar el concepto del territorio para las comunidades indígenas de acuerdo con su espiritualidad y cultura. la Corte ha desarrollado con mayor alcance que la mayoría de las fuentes de derecho internacional la cuestión sobre las reparaciones, ordenando la devolución de tierras y otras formas de reparaciones no pecuniarias, así como indemnizaciones<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Saramaka vs. Surinam, 2007.

<sup>11</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Yakye Axa vs. Paraguay, 2004; Sawhoyamaya vs. Paraguay, 2006; Saramaka vs. Surinam, 2007.

## Principios y Derechos de los Pueblos Indígenas

Este manual toma como marco referencial y punto de partida los principios jurídicos de la aplicación de la legislación de los pueblos indígenas, en el marco de los principios de un Estado social y democrático de derecho, con pluralismo cultural y jurídico, y en el marco de los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas internacionalmente reconocidos. Tales principios reconocidos como principios rectores que emanan inicialmente del Convenio 169 y que igualmente guían la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas son:

- **Principio de participación, consulta y consentimiento libre e informado.** El espíritu de la consulta y la participación constituye la piedra angular tanto del Convenio núm. 169 como de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, sobre la cual se basan todas sus disposiciones. Tal y como establece la OIT, los principios de participación, consulta y consentimiento libre e informado, cuyas bases fundamentales están recogidas en los artículos 6 y 7 del Convenio 169, son primordiales para definir cómo debería aplicarse el Convenio<sup>12</sup>. En cuanto a la Declaración, 15 de los 46 artículos de la Declaración se refieren a la participación de los pueblos indígenas en todas las decisiones que afectan a sus vidas, incluida la participación efectiva en un sistema de gobierno democrático y desarrollando de manera detallada el derecho de los pueblos indígenas a que se obtenga su consentimiento previo, libre e informado. Asimismo, la Declaración prohíbe la discriminación contra los pueblos indígenas y promueve su participación plena y efectiva en todos los asuntos que les conciernen, así como su derecho a seguir siendo diferentes y a perseguir su propia visión del desarrollo económico y social<sup>13</sup>. Asimismo, tal y como desarrollaremos a continuación, la propia jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, ha contribuido a desarrollar sustancialmente el contenido de estos principios.

Los principios de consulta y participación no se relacionan únicamente con proyectos de desarrollo específicos, sino con cuestiones más amplias relacionadas con la gobernabilidad, democratización y la participación de los pueblos indígenas y tribales en la vida pública. Los principios jurídicos de participación, consulta y consentimiento previo libre e informado, deben guiar la elaboración, interpretación y aplicación de toda la legislación de los pueblos indígenas ya establecidos en el derecho internacional (tratados y acuerdos internacionales, jurisprudencia, doctrina y derecho consuetudinario), así como por los derechos intrínsecos y visión de desarrollo de los propios pueblos indígenas.

Es importante matizar que el principal énfasis del derecho de consulta y consentimiento libre, previo e informado reside sobre la garantía de procedimientos y representatividad idónea para facilitar la participación efectiva de los pueblos en las decisiones que les afectan. Su principal efecto político es la obligación del Estado de evitar decisiones unilaterales con relación a estos pueblos, sus territorios y los recursos naturales en ellos existentes. Su contenido principal hace referencia al derecho de los pueblos a participar efectivamente de las

<sup>12</sup> El derecho a la consulta de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. NANCY YAÑEZ FUENZALIDA. Observatorio Ciudadano 2011

<sup>13</sup> [http://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenousdeclaration\\_faqs.pdf](http://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenousdeclaration_faqs.pdf)

decisiones referentes a la definición de: “prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos”.

- **Principio de autodeterminación.** Partiendo de la idea del derecho de autogobierno concebido como el derecho a establecer sus prioridades en materia de desarrollo en el artículo 7 de la Convención 169 de la OIT. En este artículo, según la interpretación fidedigna de la OIT, se establecen las bases jurídicas del derecho al autogobierno y que se manifiesta en el derecho que tienen los pueblos indígenas y tribales a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.

Por su parte, uno de los principales logros de la Declaración es que enfatiza el derecho al desarrollo determinado por los propios pueblos indígenas. Esto es mencionado en el Artículo 3, el cual dice: “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”. Al igual que lo expuesto en el anterior principio, existe igualmente jurisprudencia en el sistema interamericano de derechos humanos, que ha contribuido significadamente a desarrollar el contenido de este principio considerado como fundamental para el pleno desarrollo de los pueblos indígenas.

El principio de libre determinación implica efectos tanto políticos y sociales como económicos y culturales, y por consiguiente implica un deber de fomentar y proteger el principio de la autonomía o autogobierno para los asuntos propios con disposición de los medios necesarios para el sostenimiento y fortalecimiento de sus instituciones de gobierno. Esta obligación de garantizar tales medios corresponde al Estado, que debe por tanto respetar la disposición autónoma de recursos por los Pueblos Indígenas en sus territorios y que igualmente debe hacerles partícipes del presupuesto del Estado en la medida no sólo que corresponda a la entidad de cada pueblo, sino que además compense rezagos y deudas pendientes tras esa historia, como ha dicho el preámbulo, de colonialismo y despojo<sup>14</sup>.

La tierra, el agua y el conjunto de los recursos de los territorios indígenas han de estar en principio bajo el autogobierno indígena y contar con ese parapeto de la consulta para la intervención de otros agentes en cuanto les afecte. Para la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y, el autogobierno interno y la consulta externa son manifestaciones del derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas. En la libre determinación se basan todos los derechos de la Declaración y por ende los derechos derivados del principio de consulta que deben entenderse como encaminados a la obtención del consentimiento.

El derecho a la libre determinación se manifiesta en lo siguiente:

- Autonomía o autogobierno en materias relacionadas con sus asuntos locales e internos, así como a los medios para financiar sus funciones autónomas;
- Respeto por el principio de consentimiento libre, previo e informado en toda actividad que afecte a los pueblos indígenas;

<sup>14</sup> <http://www.movimientos.org/imagen/BOLIVIA-IV-Encuentro-GobiernosLocales3.pdf>

- Plena y efectiva participación de los pueblos indígenas en cada etapa de toda actividad que pueda afectarlos directa o indirectamente. La participación de los pueblos indígenas podrá darse a través de sus organizaciones representativas y sus autoridades tradicionales. Esta participación puede tomar la forma de coadministración (administrando un proyecto, programa, área protegida, etc., conjuntamente con las agencias del gobierno u otras organizaciones no gubernamentales);
  - Reconocimiento formal de la organización socio-política tradicional de los pueblos indígenas, sus instituciones, justicia y sistemas de resolución de conflictos;
  - Reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a perseguir y definir libremente su desarrollo económico, social y cultural.
- **Principio de mejora progresiva de derechos.** Instando por el mejoramiento progresivo de las condiciones de vida de los pueblos indígenas y tribales, la OIT determina que. “los planes de desarrollo económico que conciernan a las áreas ocupadas por las comunidades indígenas y tribales, deberán diseñarse con miras; entre otras cosas, a mejorar las condiciones de vida, las oportunidades de empleo y los logros, en materia de educación, de las referidas comunidades“ .

### **Principio de participación y consulta previa**

A continuación expondremos los artículos relevantes al principio de participación, y del principio de consentimiento previo, que se recogen en el Convenio 169 de la OIT, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, para desarrollar posteriormente la principal jurisprudencia, igualmente parte indispensable del derecho de los pueblos indígenas, emanada del sistema interamericano de derechos humanos que desarrollan su contenido.

El objetivo principal de las disposiciones de los artículos que se presentan a continuación es garantizar que los pueblos indígenas puedan tener una participación efectiva en todos los niveles de la toma de decisiones en los órganos políticos, legislativos y administrativos y en los procesos que puedan afectarles directamente. Según los términos del Convenio, la consulta se considera una forma clave de diálogo que sirve para armonizar los intereses contrapuestos y evitar, así como también resolver, conflictos. Al interrelacionar los principios de consulta y participación, la consulta no implica sólo el derecho de reaccionar sino, también el derecho de proponer; los pueblos indígenas tienen derecho a decidir cuáles son sus propias prioridades para el proceso de desarrollo y, en consecuencia, a ejercer control sobre su propio desarrollo económico, social y cultural. Como veremos a continuación, el área central de aplicación de los conceptos de consulta y participación se halla en el contexto de las relaciones entre los pueblos indígenas y los estados, así como en el de propiedad comunitaria e individual, territorios y recursos naturales.

#### **a) Participación en el Convenio 169 OIT**

El Convenio 169 requiere que los gobiernos establezcan los medios que permitan a los pueblos interesados participar en la toma de decisiones a todos los niveles y, en general, cada vez que se

adopten medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Además, en los siguientes casos:

- Antes de emprender cualquier actividad de exploración o explotación de minerales y/u otros recursos naturales que se encuentren en las tierras o territorios indígenas;
- Cada vez que sea necesario trasladar a las comunidades indígenas y tribales de sus tierras tradicionales a otro lugar;
- Antes de diseñar y ejecutar programas de formación profesional dirigidos a los referidos pueblos

Artículos concretos:

- Participación en general (art 2.1)
- Participación en la toma de decisiones (art 6.b)
- Desarrollo de las Instituciones de los Pueblos Indígenas (art 6.c)
- Participación en los planes y programas de desarrollo (art 7.1)
- Participación en la utilización de los recursos naturales (art 15.1)

### **b) Participación en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**

Los pueblos indígenas tienen derecho a 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.

Artículos concretos:

- Derecho a participar en general (art 5)
- Participación en la toma de decisiones (art 18)
- Participación planes y programas (art 23)

### **c) Consulta en el Convenio 169**

El derecho a la consulta ha sido reconocido mediante el Convenio 169 de la OIT (Convenio 169) y es considerado la base fundamental para el respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

Artículos concretos:

- Consulta para la aplicación del convenio y la adopción de medidas legislativas y administrativas (art 6.2)
- Consulta en el caso de explotación del suelo y subsuelo (art 15.2)
- Consulta en caso de enajenación de las tierras (art 17.2)
- Consulta en materia de planes educativos (art 28.1)

El Convenio 169 establece la obligación de realizar una consulta con los pueblos indígenas en una amplia variedad de casos susceptibles de afectarlos directamente, tales como la adopción de medidas legislativas o administrativas (art 6), la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo (art 6 y 7) y la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (art 15). El convenio determina que la consulta debe hacerse de buena fe y que su finalidad debe ser intentar obtener el consentimiento de la comunidad o, por lo menos, llegar a un acuerdo. Ello lo desarrolla de

manera amplia la [Guía de Aplicación del Convenio 169](#), que la OIT adoptó como respuesta a numerosas solicitudes de los Estados parte, pueblos indígenas y organizaciones sociales que buscaban conocer con mayor profundidad el significado, el alcance y los impactos del convenio. En esta guía se manifiesta que los Estados deberán celebrar consultas, incluso cuando se modifiquen disposiciones jurídicas sobre las tierras y el territorio, pero que los pueblos indígenas, como “ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país”.<sup>15</sup>

En su artículo 6, el Convenio establece un lineamiento sobre cómo se debe consultar a los pueblos indígenas y tribales:

- La consulta a los pueblos indígenas debe realizarse a través de procedimientos apropiados, de buena fe, y a través de sus instituciones representativas;
- Los pueblos involucrados deben tener la oportunidad de participar libremente en todos los niveles en la formulación, implementación y evaluación de medidas y programas que les conciernen directamente;
- Otro componente importante del concepto de consulta es el de representatividad. Si no se desarrolla un proceso de consulta apropiado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales que son verdaderamente representativas de esos pueblos, entonces las consultas no cumplirían con los requisitos del Convenio.
- El Convenio también especifica circunstancias individuales en las que la consulta a los pueblos indígenas y tribales es obligatoria.
- La consulta debe hacerse de buena fe, con el objetivo de llegar a un acuerdo. Las partes involucradas deben buscar establecer un dialogo que les permita encontrar soluciones adecuadas en un ambiente de respeto mutuo y participación plena. La consulta efectiva es aquella en la que los interesados tienen la oportunidad de influir la decisión adoptada. Esto significa una consulta real y oportuna. Por ejemplo, una simple reunión informativa no constituye una consulta real; tampoco lo es una reunión celebrada en un idioma que los pueblos indígenas presentes no comprenden.

#### **d) Consulta en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas**

Artículos concretos:

- Consulta en general, (art 19)
- Consulta para utilizar tierras para actividades mineras, (art 30.2)
- Consulta en caso de utilización de tierras y territorios para proyectos de exploración y explotación de minerales, (art 32.2 y art 32.3)
- Consulta en el ámbito del combate de la discriminación, (art 15.2)
- Consulta en relación a la protección de los niños, (art 17.2)
- Consulta en relación a pueblos divididos por las fronteras, (art 36.2)
- Consulta y cooperación con los pueblos indígenas para alcanzar los fines de la Declaración (art 38)

<sup>15</sup> Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf)



### e) Consulta en las Recomendaciones del Relator Especial James Anaya<sup>16</sup>

El Relator Especial de las Naciones Unidas ha formulado el deber general de consulta por parte de los estados en los términos siguientes: “De conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y con el Convenio No. 169 de la OIT, los Estados tienen el deber de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos especiales y diferenciados sobre los asuntos que les conciernen, con la finalidad de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Basado en el entendimiento de la marginación relativa y las condiciones desfavorables de los pueblos indígenas en relación con los procesos democráticos normales, este deber dimana del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios de soberanía popular y de gobierno por consentimiento y es un corolario de los principios conexos de derechos humanos. El deber de celebrar consultas se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por la población general del Estado, y en tales casos el deber se aplica en relación con los pueblos indígenas que se ven particularmente afectados y respecto de esos intereses particulares. El deber de celebrar consultas no solo se aplica cuando la medida propuesta se refiere a derechos sustantivos ya reconocidos en el derecho interno, como los derechos relativos a las tierras”.

Asimismo, es importante incluir las recomendaciones del Informe del Relator sobre Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile del 24 de abril de 2009<sup>17</sup>. Dicho informe, en su sección de Principios Internacionales relativos a la consulta de los pueblos indígenas enumera como elementos claves de consulta: Previa, Libre e Informada. Asimismo, define las siguientes características que debe tener una consulta:

- La consulta debe realizarse con carácter previo
- El mecanismo de consulta debe ser consensuado con las organizaciones indígenas
- No se agota con la mera información: requiere mecanismos de ida y vuelta
- La consulta debe ser de buena fe y orientarse a alcanzar un acuerdo
- Debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas
- Debe ser sistemática y transparente

### f) Participación y Consulta - Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- **Participación Efectiva.** Tal y como lo explica la CIDH en su Informe sobre Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales de 2009<sup>18</sup>, la participación efectiva de los pueblos indígenas a través de sus propias instituciones y formas propias de organización es requerida antes de la aprobación e implementación de estos planes, proyectos o concesiones, en tanto garantía de su supervivencia individual y colectiva. Asimismo, incluye que para asegurar una “efectiva participación” de los grupos indígenas o tribales el Estado tiene el deber de consultar activamente con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones; de aceptar y brindar información, lo que implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, mediante

<sup>16</sup> Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrs. 62-63

<sup>17</sup> Ver <http://es.scribd.com/doc/14612207/Informe-Relator-ONU-Principios-sobre-Consulta-a-Pueblos-Indigenas-Abril-2009>

<sup>18</sup> CIDH Informe sobre Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 diciembre 2009 Original: español. <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Indice.htm>

procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, el Estado debe consultar con el pueblo de que se trate, de conformidad con sus propias tradiciones, 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 un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, incluye, la consulta deberá tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo para la toma de decisiones.

- **Obligación del Estado de garantizar la consulta y participación (territorio, recursos e identidad cultural).** En su Informe de 2009 sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela<sup>19</sup>, la CIDH se refirió al desarrollo de actividades de explotación minera, tanto legal como ilegal, en el sur del país, y expresó su preocupación por los efectos que dichas actividades tenían sobre los grupos indígenas de la zona, en particular por su impacto sobre los ríos y los suelos, fuentes principales de subsistencia de dichos pueblos. La Comisión refirió haber sido informada sobre la práctica de minería ilegal y la forma como ésta atentaba contra la supervivencia de los pueblos indígenas del sur de Venezuela. En atención a tal estado de cosas, la CIDH recordó al Estado “su obligación de garantizar la consulta y participación de los pueblos indígenas en la determinación de cualquier medida que afecte sus territorios”, “tomando en consideración la especial relación entre los pueblos indígenas y tribales y la tierra y los recursos naturales”. Igualmente, de este concepto de “especial relación sobre la tierra y recursos naturales”, se desprende el concepto de identidad cultural y el derecho a ser consultado “en la medida en que la cultura puede resultar afectada por tales decisiones”. Así, tal y como desarrolla el Informe “El Estado debe respetar, proteger y promover las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas y tribales, por ser éstas un componente intrínseco de la identidad cultural de las personas que conforman tales pueblos”.
- **Participación y Proceso de Consulta Previa e Informada.** Otro informe de país destacable lo encontramos en el Informe Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia<sup>20</sup> (2007) donde se recalca el deber del Estado de garantizar que “los pueblos indígenas sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos”, particularmente en la adopción de “medidas relacionadas con los procesos de acceso y goce efectivo del territorio ancestral” con miras a la obtención del “libre consentimiento de los mismos en el diseño, ejecución y evaluación de dichos proyectos, así como la determinación de los beneficios y la indemnización por los daños, según sus propias prioridades de desarrollo”. El informe, detalla el proceso de consulta, subrayando “el proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo”. Los procedimientos de consulta, en tanto forma de garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar en los asuntos susceptibles de afectarles, deben “propender por la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños”. Es por ello por lo que indica que los procedimientos de consulta deben realizarse “antes de diseñar y

<sup>19</sup> CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009

<sup>20</sup> CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009

ejecutar proyectos de explotación de recursos naturales en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas”. El informe recuerda que través de tales procesos de consulta previa, debe garantizarse la participación de los pueblos indígenas y tribales “en todas las instancias de decisión de los proyectos de explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios, desde su diseño, licitación y concesión, hasta su ejecución y evaluación”. En este sentido, es importante subrayar la definición de los grupos que deben ser consultados “grupos que pueden resultar afectados, o bien porque poseen la tierra o territorio respectivo, o bien porque el reconocimiento de los mismos se encuentra en proceso de reivindicación”. La consulta informada también exige a los Estados garantizar que en el marco de los procedimientos de consulta previa “se establezcan los beneficios que serán percibidos por los pueblos indígenas afectados, y las posibles indemnizaciones por los daños ambientales, siempre de conformidad con sus propias prioridades de desarrollo”.

- **El derecho a la consulta previa e informada en relación a actos y decisiones que afecten territorios tradicionales.** El derecho a la consulta previa e informada cobra especial vigencia en la realización de planes o proyectos de desarrollo e inversión y en la implementación de concesiones extractivas en territorios ancestrales, puesto que tales planes, proyectos o concesiones, al menoscabar los recursos naturales que allí se encuentran, pueden afectar la supervivencia y la integridad cultural de los pueblos indígenas y sus miembros. Tal y como observo la Comisión Interamericana - Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo vs. Belice<sup>21</sup> - “uno de los elementos centrales para la protección de los derechos de propiedad de los indígenas, es el requisito de que los Estados establezcan consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales”. Añadiendo que es “el derecho a ser consultado es fundamental para el derecho a la propiedad comunal de los pueblo indígenas y tribales sobre las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente” y afirmando incluso que “la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas sin la consulta y consentimiento de los pueblos afectados viola su derecho a la propiedad”. En dicho caso, la Comisión afirma que la Declaración Americana en sus artículos XVIII y XXIII obligan a los estados a garantizar dicha consulta previa e informada y define el modo en el que debe llevarse esta consulta, determinando que un procedimiento de “consentimiento pleno e informado” requiere “como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso, y que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva”. Incluso, incluye que “la adopción en el derecho doméstico de las medidas legislativas, administrativas u otras que sean necesarias para delimitar, demarcar y titular o de otra forma aclarar y proteger el territorio en el que el pueblo indígena tiene un derecho de propiedad comunal, también debe ser realizada mediante consultas plenamente informadas, de conformidad con sus prácticas consuetudinarias de uso de la tierra y sin perjuicio para otras”, siempre “sin causar perjuicio a otras comunidades indígenas”. En cuanto al concepto de consulta informada, la Comisión exige “la provisión plena de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto a las comunidades consultadas, antes de y durante la consulta.

<sup>21</sup> CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142.

- **Participación Plena ante decisiones administrativas sobre sus territorios.** Tal y como indica el Informe del Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos<sup>22</sup>, cualquier decisión administrativa que pueda afectar jurídicamente los derechos o intereses de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios debe estar basada en un proceso de participación plena: “los artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana obligan especialmente a los Estados miembros a garantizar que toda determinación de la medida en que los reclamantes indígenas mantienen intereses en las tierras de las que han poseído tradicionalmente título y que han ocupado y utilizado, se base en un proceso de total información y mutuo consentimiento de parte de la comunidad indígena en su conjunto. Esto requiere, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad estén plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente”.
- **Participación en toma de decisiones y acceso a información.** Como afirma la CIDH en su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador (1997)<sup>23</sup>, el derecho a participar en los procesos de toma de decisiones relacionados con planes o proyectos de inversión y desarrollo o concesiones extractivas, y el derecho de acceso a la información, son dos elementos básicos para “respaldar y acrecentar la capacidad de las personas para salvaguardar y reivindicar” los derechos a la vida y a la integridad personal en situaciones de riesgo ambiental grave, y así contribuir a “lograr una protección eficaz contra las condiciones ecológicas que constituyen una amenaza para la salud humana”. Tal y como lo ha explicado la CIDH, “el acceso a la información es un prerrequisito para la participación pública en la toma de decisiones y para que los individuos puedan seguir de cerca y responder a las acciones del sector público y el privado. Las personas tienen derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, de conformidad con lo que prescribe el artículo 13 de la Convención Americana”. Por ello, en dicho informe la CIDH recomendó a los Estados: “el Estado tome medidas para mejorar los sistemas de divulgación de información sobre las cuestiones que afectan a la población, así como para dar más transparencia y oportunidades de participación del público en los procesos cuyas repercusiones inciden en los habitantes de los sectores en desarrollo”.

### g) Participación y Consulta – Jurisprudencia de la Corte Interamericana

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - vinculante para los Estados parte - es una de las fuentes de derecho internacional más garantistas en materia de participación y particularmente en consulta previa, cuyo desarrollo jurisprudencial es el resultado de la interpretación y análisis extensivos de la Convención Americana, tanto en sí misma como a la luz de otros instrumentos internacionales de derechos humanos citados anteriormente, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

<sup>22</sup> CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 140.

<sup>23</sup> CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997

### ***A - Derecho a la Participación Política<sup>24</sup>. Caso Yatama Vs. Nicaragua.***

El derecho a la consulta, y el deber estatal correlativo, se vinculan con múltiples derechos humanos individuales y colectivos, y en particular se conectan con el derecho a la participación consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana, tal y como fue interpretado por la Corte Interamericana en el caso Yatama vs. Nicaragua en la primera sentencia de la Corte sobre derechos políticos, que permitió crear jurisprudencia sobre la participación de los pueblos indígenas en las elecciones de representantes municipales, así como organización de los partidos políticos, los requisitos para ejercitar el derecho a ser elegido y los recursos contra decisiones de los organismos electorales. Tal y como recogía el artículo 23 de la Convención Americana “[t]odos los ciudadanos” a “participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”. Así, la sentencia dictaminó que en el contexto de los pueblos indígenas, el derecho a la participación política incluye el derecho a “participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos...desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”, permitiendo asimismo crear jurisprudencia sobre el derecho de los pueblos indígenas de preservar su identidad cultural y de participar en la vida pública, con el consiguiente deber del estado de generar condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos puedan ser ejercidos.

### ***B - Tierra y Territorios***

El vínculo especial y colectivo de los pueblos indígenas con sus territorios ha sido reconocido por la mayoría de pronunciamientos de derecho internacional sobre la cuestión indígena, y es fundamental para comprender los impactos de los proyectos y medidas sujetos a consulta previa.

Además de manifestar el derecho a la participación, el derecho a ser consultado es fundamental para el goce efectivo del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales sobre las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente. Mediante el análisis de cinco casos contenciosos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras, vinculados con los principios de participación, consulta y autodeterminación, la Corte Interamericana ha ido estableciendo un claro marco jurídico para resolver los conflictos que surgen entre los Estados y las comunidades indígenas o tribales. Unos conflictos que surgen principalmente, debido a las concesiones otorgadas por los gobiernos para la extracción y explotación de recursos naturales y el desarrollo de los territorios indígenas.

Todo comienza en 2001 con la sentencia emitida en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua en 2001 y se extiende con la sentencia de interpretación emitida en el Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, donde la Corte establece que “los Estados parte deben garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas, para lo cual el Estado debe consultar con [los pueblos indígenas] de conformidad con sus propias tradiciones”.

### ***I. Materias sobre las que el Estado debe Consultar - Caso Saramaka Vs. Surinam, 2008***

En la sentencia de interpretación en el Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam (2008), la Corte Interamericana profundizó el significado del deber del Estado de consultar en el contexto de extracción de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas, ordenando que, como mínimo, las consultas se lleven a cabo respecto de seis materias:

<sup>24</sup> [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_127\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf)

1. Primero, sobre todo el proceso tendiente al otorgamiento del título colectivo del territorio.
2. Segundo, sobre el proceso de reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad indígena.
3. Tercero, sobre el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para garantizar al derecho de los integrantes del pueblo indígena a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado.
4. Cuarto, sobre el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para garantizar el derecho del pueblo indígena a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres.
5. Quinto, sobre los estudios previos de impacto social y ambiental. Y sexto, en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo indígena, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten su territorio<sup>18</sup>. Además, con el propósito de asegurar una participación significativa de los grupos indígenas, los Estados tienen la obligación de “aceptar y brindar información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible”<sup>25</sup>.
6. Finalmente, la Corte Interamericana aclaró que es el pueblo indígena, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo indígena en cada proceso de consulta.

## II. Aspectos Clave de la Obligación de Consultar – Caso Saramaka Vs. Surinam, 2008

Asimismo, dicha resolución resume los siguientes aspectos clave de la obligación de consultar:

- El estado y aquéllos autorizados por él tienen la obligación de aceptar y difundir información y asegurar la comunicación constante entre las partes;
- Las consultas deben realizarse de buena fe, mediante procedimientos culturalmente apropiados y con el objetivo de alcanzar un acuerdo;
- Los pueblos indígenas y tribales deben ser consultados “de acuerdo con sus propias tradiciones, en las primeras etapas de un plan de desarrollo o inversión, y no sólo cuando aparece la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si fuera el caso. La notificación temprana da tiempo para la discusión interna de las comunidades y para un diálogo apropiado con el estado”.
- El estado debe asegurarse de que los pueblos indígenas y tribales estén al tanto de los posibles riesgos, incluyendo los riesgos ambientales y de salud, de modo que el proyecto propuesto sea aceptado con conocimiento y voluntariamente; y
- Finalmente, la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales de toma de decisiones de los pueblos indígenas y tribales.

## III. Contenido General sobre Participación y Consulta derivado de la Jurisprudencia

De los cinco casos contenciosos ya decididos por la Corte Interamericana surgen varios principios importantes que desarrollan el contenido de importantes derechos relevantes para los pueblos indígenas derivados del principio de participación y consulta, pero con alcance a otros derechos humanos de los pueblos indígenas:

<sup>25</sup> Sobre este punto específico, ver: CIDH. Informe Anual 2009. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV, Acápite 2, “Acceso a la información y derecho a la consulta de los pueblos indígenas”.

- **Primero, que el derecho a la propiedad**, garantizado por el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, abarca el derecho tanto a la propiedad privada de los particulares como a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas o tribales.
- **Segundo**, que los pueblos indígenas que viven en tierras ancestrales “de conformidad con sus tradiciones” tienen el **derecho a obtener el título sobre sus territorios** y que los Estados tienen la obligación de legalizar la relación de los pueblos indígenas con sus tierras para proteger sus intereses en la propiedad.
- **Tercero**, que el **Estado tiene el deber de consultar** con sus pueblos indígenas y tribales en materias que afecten a sus derechos e intereses. En este punto, la Corte Interamericana articuló diversos requisitos que los Estados deben observar al restringir los derechos de los pueblos indígenas y tribales de usar y gozar de su propiedad y de sus recursos naturales.
- **Cuarto**, la Corte ha creado un marco jurídico para analizar el **alcance del uso y disfrute los recursos naturales** que se encuentran en tierras de propiedad comunal por los grupos indígenas y tribales, así como bajo qué circunstancias el Estado puede restringir este derecho.

A continuación, procedemos a desarrollar con más detalle el alcance de la jurisprudencia de la Corte en relación a derechos específicos.

#### **PRIMERO - Derecho a Propiedad Colectiva**

El vínculo especial y colectivo de los pueblos indígenas con sus territorios ha sido reconocido por la mayoría de pronunciamientos de derecho internacional sobre la cuestión indígena, y es fundamental para comprender los impactos de los proyectos y medidas sujetos a consulta previa, así como los efectos de la consulta previa misma. La Corte Interamericana ha señalado que de este vínculo dependen, entre otras cosas, las tradiciones, las expresiones orales, las costumbres y lenguas, las artes, los rituales, los conocimientos relacionados con la naturaleza, las artes culinarias y, en general, todo el patrimonio cultural que se transmite de generación en generación en función del entorno ambiental.

- **Vínculo Territorio-Comunidad - Caso Awas Tingni vs. Nicaragua.** En varias oportunidades, la Corte ha establecido que la relación entre comunidad y territorio es en sí mismo objeto de protección, afirmando que [l]os indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. **Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, 2005.** También se han protegido aspectos espirituales de este vínculo, como el culto a los muertos dentro del territorio, que para el pueblo n’djuka de Surinam, son importantes para mantener la paz y la salud entre la comunidad. La Corte ha afirmado que se trata de “una ‘relación omnicompreensiva’ con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo”.
- **Deber de Respetar y Proteger efectivamente el Derecho a Propiedad Colectiva - Caso Yakye Axa vs. Paraguay, 2004.** Con respecto al derecho a la propiedad colectiva, en los casos

relacionados con territorios de comunidades indígenas, la Corte ha aplicado el artículo 21 de la Convención Americana. El artículo protege derecho personal sobre el uso y goce de los propios bienes, pero la Corte la hace extensiva a la propiedad colectiva, armonizando la disposición con las normas nacionales cuando se reconoce internamente tal derecho o cuando se han ratificado otros instrumentos vinculantes como el convenio 169 de la OIT, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De esta forma la Corte ha ordenado al Estado respetar y proteger efectivamente el derecho a la propiedad colectiva de la tierra para garantizar la supervivencia cultural y física de los grupos indígenas. Para la Corte, el derecho de propiedad colectiva se deriva del estrecho vínculo de la comunidad con el territorio y se aplica para los territorios tradicionales, recursos naturales y elementos incorporeales relacionados con esto. La Corte en este caso dice textualmente: la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Por ello 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 Convención Americana”<sup>26</sup>.

- **Propiedad Colectiva extendida a Pueblos Tribales - Saramaka vs. Surinam, 2007.** El Estado otorgó concesiones de explotación minera y maderera en el territorio de los sarakamas sin consultar al pueblo y sin contar con normatividad sobre derecho a la propiedad colectiva ni con recursos judiciales para reivindicarla o hacer respetar los territorios ocupados y utilizados por los sarakamas. La Corte extendió los derechos colectivos de propiedad “a los pueblos tribales [como el pueblo sarakama] dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo”. La vinculación con el territorio, así no sea milenaria, es el rasgo distintivo que convierte al grupo en sujeto de los derechos sobre un territorio ocupado pero no titulado, como sucede en el caso de los pueblos indígenas que han ocupado ancestralmente la tierra.

## SEGUNDO - Deber de Garantizar los Derechos a las tierras y territorios

El deber general del Estado de garantizar los derechos a las tierras y territorios de los pueblos y comunidades indígenas, establecido por las fuentes de derecho internacional, implica los siguientes deberes:

- 1) Deber de adjudicar las tierras y territorios a los pueblos indígenas (adopción de un marco normativo adecuado y obligación de delimitar, demarcar y titular y registrar las tierras).

**Propiedad por Posesión ancestral – Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.** En el caso Awas Tingni vs. Nicaragua, la Corte Interamericana ha dejado claro que la posesión de la tierra ancestral debería bastar para obtener el reconocimiento oficial de la propiedad. Así la Corte declara que [e]l derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un

<sup>26</sup> Véase también Corte idh, Saramaka vs. Surinam, 2007.



título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. En el caso *Awas Tingni vs. Nicaragua*, la Corte Interamericana afirmó que el Estado violó el artículo 21 de la convención por no delimitar ni demarcar la propiedad de la comunidad, y le ordenó “adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas”.

**Posesión tradicional como Título de Pleno Dominio, Propiedad y Registro – Caso Sawhoyamaxa vs. Paraguay.** La Corte también ha resaltado la importancia del concepto colectivo que mantienen muchas comunidades indígenas sobre sus territorios, haciendo hincapié en que los Estados deberán respetar la importancia especial de las tierras y territorios para los pueblos indígenas, “y en particular los aspectos colectivos de esa relación”, citando las provisiones del Convenio 169 al respecto. En el caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, la Corte reconoce las tensiones que existen entre el otorgamiento de derechos a pueblos sobre tierras que éstos han ocupado sin tener título legal, por un lado, y los posibles derechos de terceros sobre dichas tierras, por el otro. Contra tal telón de fondo, la Corte sostiene que dichas tensiones no deben convertirse en excusas jurídicas para rechazar las reivindicaciones territoriales de los pueblos. La Corte considera en la sentencia que: [...] el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo ‘objetivo y fundamentado’ suficiente para denegar prima facie las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias. En su análisis de la jurisprudencia anterior de la Corte, la sentencia del caso *Sawhoyamaxa* afirma que: [...] la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.

- 2) Deber de protección contra acciones de terceros que amenacen o vulneren los derechos sobre las tierras y territorios.

**Deber del Estado de evaluar “la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo” - Caso de Sawhoyamaxa vs. Paraguay.** La Corte Interamericana estableció que el Estado tenía la obligación de tomar medidas para proteger los derechos de las comunidades indígenas a sus territorios, que estaban ocupados por terceros. Si bien la Corte no se pronunció sobre la solución adecuada para las tensiones entre los derechos de las comunidades indígenas y los de los poseedores de la propiedad, recalcó la importancia del deber del Estado de evaluar “la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo” para poder restringir el derecho de uno de los actores a la propiedad, y

resaltó que el mero uso productivo de la propiedad por un tercero no era una justificación suficiente para que el Estado no garantizara el derecho de los pueblos a sus territorios.

**Pautas para definir restricciones al goce y ejercicio de derechos de tierras y territorios - Caso Yakye Axa vs. Paraguay, 2004.** Este caso es analizado por la Corte Interamericana en la cual afirma que, cuando entran en contradicción derechos de propiedad de diferentes partes, “la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber:

- a) deben estar establecidas por ley;
- b) deben ser necesarias;
- c) deben ser proporcionales, y
- d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática
- e) Asimismo, la convención prevé el caso en el que el derecho a la propiedad privada se subordine a un interés social.

### 3) Obligación de disponer de mecanismos efectivos para la reclamación de tierras.

**Principio de Plazo Razonable (para reivindicación de derechos sobre tierras y territorios) – Caso Yakye Axa vs. Paraguay.** Para garantizar los derechos sobre el territorio, los Estados tienen el deber de ofrecer recursos judiciales efectivos en caso de violaciones de los derechos a la tierra y el territorio. La Convención Americana también establece principios destinados al diseño de procedimientos efectivos para la reclamación de tierras, entre otros. En particular, el principio del plazo razonable consagrado en la Convención Americana para proteger el derecho al debido proceso ha sido aplicado por la Corte a la creación de procedimientos para el reconocimiento de derechos sobre la tierra. En la sentencia de Yakye Axa vs. Paraguay, la Corte estableció que se debe valorar el principio de plazo razonable teniendo en cuenta tres aspectos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales”. En dicha sentencia, la Corte constató que sí existían procedimientos legales en Paraguay para el reconocimiento de derechos sobre tierras ancestrales, pero que éstos violaban el principio de plazo razonable y no eran efectivos. En este caso en particular, después de casi doce años de haber iniciado el proceso de reivindicación de tierras, no se había tomado ninguna decisión al respecto, mientras que la mayoría de miembros de la comunidad afectada seguía viviendo en la carretera en una situación extrema de pobreza y privada de sus derechos sobre sus territorios y recursos. Al respecto, la Corte señaló que, “a pesar de la demostrada complejidad del procedimiento administrativo de reivindicación de tierras en el presente caso, las actuaciones de las autoridades estatales competentes no han sido compatibles con el principio del plazo razonable” y, por lo tanto, el procedimiento de reivindicación de las tierras ancestrales resultó completamente inefectivo.

## TERCERO – Deber de Consulta

- **Omisión de Deber de Consulta como Violación de Derechos sobre Territorio - Caso Saramaka vs. Surinam.** En este caso, la Corte Interamericana consideró que, al omitir el deber de consulta al pueblo saramaka, el Estado de Surinam había violado los derechos de este pueblo a usar y gozar de los recursos naturales que se encontraban dentro del territorio que ocupaban tradicionalmente, los cuales eran necesarios para su supervivencia. Por lo anterior, la Corte estableció en su decisión que, en el futuro, el Estado sólo podía otorgar concesiones de exploración y explotación de los recursos naturales que se hallan en los territorios del pueblo

saramaka si garantiza la participación de esta comunidad en el otorgamiento de dichas licencias y en los beneficios derivados de tales proyectos. La Corte precisó que el derecho a la participación se concretaba, en estos casos, en la realización de consultas activas con dicha comunidad.

- **La participación en el proceso de estudios de impacto - Caso Saramaka vs. Surinam.** La sentencia de la Corte en el caso Saramaka exige que los Estados garanticen a los pueblos indígenas la participación en el proceso de los estudios previos de impacto social y ambiental. Esta exigencia también se incluye en el Convenio 169 de la OIT, que establece que los estudios de impacto o incidencia deberán efectuarse “en cooperación con los pueblos interesados”. En términos generales, los estudios de impacto o incidencia “deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo [indígena o tribal correspondiente]”. La participación de los pueblos indígenas en las actividades relativas a los procesos de estudios de impacto o incidencia es una exigencia que deriva de la propia naturaleza y contenido de dichos estudios. En la medida en que los estudios de impacto o incidencia pretenden documentar los posibles impactos negativos de los planes de desarrollo o inversión sobre la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios tradicionales, se requiere necesariamente del conocimiento de los miembros de los pueblos indígenas para identificar dichos impactos, así como para la identificación de posibles alternativas y medidas de mitigación.
- **Deber de consulta en reparaciones - Yakye Axa vs. Paraguay.** La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que también es necesario consultar a las comunidades sobre las reparaciones a que haya lugar por violación de su derecho a la consulta o por los daños que les hayan causado medidas o proyectos realizados en sus territorios. Esta regla se plasmó en la sentencia de Yakye Axa vs. Paraguay del 2004, en la que la Corte afirmó que las reparaciones “no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario”. Dicha regla luego fue ratificada en el 2005 en el caso Moiwana vs. Surinam y en el 2007 en el caso Saramaka vs. Surinam.

#### **CUARTO. Derechos y Restricciones al derecho sobre recursos naturales.**

Entre las fuentes que profundizan sobre los derechos relacionados con el territorio, algunos se enfocan en los derechos de los pueblos indígenas sobre los diferentes recursos naturales existentes en sus tierras o en las justificaciones para su limitación. Por su parte, la Corte Interamericana también ha contribuido en la precisión de los derechos de los pueblos sobre los recursos existentes en sus territorios.

- **Derecho sobre recursos naturales por uso tradicional – Caso Yakye Axa vs. Paraguay y Sawhoyamaya vs. Paraguay.** En este caso la Corte estableció que los pueblos indígenas tienen derechos de propiedad sobre los recursos existentes en sus territorios que han usado tradicionalmente, bajo el mismo razonamiento sobre su estrecha vinculación cultural, económica y social con el cual ha sostenido la existencia de derechos de propiedad sobre las tierras y los territorios. Si bien la Corte otorga protecciones específicas al derecho sobre los recursos naturales de los pueblos indígenas, también establece claramente las restricciones sobre dicho derecho. Tales restricciones son iguales a las que aplican a los derechos sobre el

territorio: las que son establecidas por ley y son necesarias, proporcionales y encaminadas a lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, o las que subordinan el derecho a los recursos a un interés social bajo el artículo 21 de la Convención Americana.

- **Derecho sobre recursos naturales por uso y ocupación ancestral - Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua.** Los derechos sobre los recursos naturales no están condicionados a la existencia de un título formal de propiedad ni a que se hayan realizado los procesos de delimitación o demarcación correspondientes, sino que “existen aún sin actos estatales que los precisen”, ya que dichos pueblos tienen “derechos comunales de propiedad sobre tierras y recursos naturales con base en patrones tradicionales de uso y ocupación ancestral”. Ello conlleva la aplicación de las garantías de propiedad sobre los recursos naturales a las comunidades que carezcan de un título real. Los Estados violan el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad cuando otorgan concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales que se encuentran en los territorios ancestrales que no han sido delimitados, demarcados o titulados. En consecuencia, los Estados están obligados, en virtud del artículo XXIII de la Declaración Americana, a abstenerse de “otorgar concesiones madereras y petroleras a terceros, para utilizar los bienes y recursos que podrían quedar comprendidos por las tierras que deben demarcar, delimitar y titular o aclarar y proteger por otra vía, en ausencia de consultas efectivas y del consentimiento informado del pueblo”; idéntica obligación es impuesta por el artículo 21 de la Convención Americana.

Sin embargo, a pesar de lo citado anteriormente, en varios países de la región, existen disposiciones constitucionales o legales que asignan la propiedad de los recursos naturales del subsuelo y de los recursos hídricos al Estado. El sistema interamericano de derechos humanos no excluye este tipo de medidas; es en principio legítimo que los Estados se reserven formalmente la propiedad de los recursos del subsuelo y del agua. Esto no implica, sin embargo, que los pueblos indígenas o tribales no tengan derechos que tienen que ser respetados en relación con el proceso de exploración y extracción mineral, ni tampoco implica que las autoridades estatales tengan plena libertad para disponer de dichos recursos a su discreción. Por el contrario, la jurisprudencia interamericana ha identificado derechos de los pueblos indígenas y tribales que los Estados deben respetar y proteger cuando pretendan extraer los recursos del subsuelo o explotar los recursos hídricos incluyendo el derecho a un medio ambiente seguro y sano, el derecho a la consulta previa y, en ciertos casos, al consentimiento informado, el derecho a la participación en los beneficios del proyecto, y el derecho de acceso a la justicia y a la reparación.

- **Definición y extensión derecho sobre recursos naturales - Caso Saramaka vs. Surinam.** En el caso Saramaka, la Corte afirmó que el derecho a la propiedad sobre los bienes se deriva del artículo 21 de la Convención Americana, y que se refiere a aquellos recursos que han sido usados tradicionalmente y que, por lo tanto, son importantes para el desarrollo y la supervivencia física y cultural del grupo indígena.
- **Restricciones al derecho sobre recursos naturales con garantías para subsistencia - Caso Saramaka vs. Surinam.** La Corte Interamericana ha establecido que el Estado puede restringir los derechos a la propiedad contemplados en el artículo 21 de la Convención Americana si tal restricción responde “a los intereses de la sociedad”. Para que pueda considerarse “de interés de la sociedad” se requiere que las restricciones:
  - 1) hayan sido previamente establecidas por ley;
  - 2) sean necesarias;

- 3) sean proporcionales; y
- 4) tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.
- 5) Además, si la restricción afecta los derechos a la propiedad comunitaria, la Corte Interamericana requiere que se satisfaga un quinto elemento: la limitación no puede “implica[r] una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”.

- **Requisitos especiales en casos de concesiones para exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas o tribales. Condiciones obligatorias para el Estado - Caso Saramaka vs. Surinam.** Para efectos de otorgar concesiones extractivas o de realizar planes y proyectos de inversión y desarrollo que afecten los recursos naturales en territorios indígenas o tribales, la Corte Interamericana ha identificado tres condiciones obligatorias que se aplican cuando los Estados contemplan aprobar tales planes o proyectos:

1. el cumplimiento del derecho internacional sobre la expropiación, tal y como se refleja en el artículo 21 de la Convención Americana;

Según explicó la Corte en este sentido, “el artículo 21 de la Convención establece que ‘la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad’. Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática<sup>583</sup>. En consonancia con esta disposición, el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio”. El artículo 21.2 dispone que “[n]inguna 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.” En este punto también es relevante la precisión hecha por la Corte Interamericana, en el sentido de que “el derecho a recibir el pago de una indemnización conforme al artículo 21.2 de la Convención se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad”

2. no aprobación de cualquier proyecto que pueda amenazar la supervivencia física o cultural del grupo; y

El Estado no puede otorgar una concesión, ni aprobar un plan o proyecto de desarrollo o inversión, que pueda afectar la supervivencia del pueblo indígena o tribal correspondiente de conformidad con sus modos ancestrales de vida. En términos de la Corte Interamericana: “respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”<sup>586</sup>. Bajo el artículo 21 de la Convención Americana, el Estado puede restringir el derecho de un pueblo indígena o tribal al uso y goce de las tierras y recursos naturales que tradicionalmente les pertenecen, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos allí establecidos y, además, cuando no deniegue su supervivencia como pueblo indígena o tribal. En este caso, la noción de “supervivencia” no se identifica con la mera existencia física: “La Corte enfatizó en la Sentencia que la frase ‘supervivencia como una comunidad tribal’ debe ser entendida como la capacidad de los Saramaka de ‘preservar, proteger y garantizar la relación especial que [ellos] tienen con su territorio’, de tal forma que puedan ‘continuar viviendo su modo de vida

tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas (...). Por tanto, el término 'supervivencia' significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física". En los mismos términos, para la Corte, "el término 'supervivencia' no se refiere solamente a la obligación del Estado de garantizar el derecho a la vida de las víctimas, sino también a la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar la relación continua del pueblo Saramaka con su territorio y su cultura".

3. aprobación sólo después de consultas de buena fe –y, cuando sea aplicable, del consentimiento–, de un estudio previo de impacto ambiental y social realizado con participación indígena, y con participación razonable en los beneficios.

Según la Corte, "el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías:

1. **Participación Efectiva.** asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo [correspondiente] de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (...) que se lleve a cabo dentro del territorio [ancestral].
2. **Beneficio Razonable.** garantizar que los miembros del pueblo [correspondiente] se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Este requisito es un requisito confirmado por el Convenio 169 de la OIT en su artículo 15.2. Asimismo, en caso de que surja un conflicto interno entre los miembros del pueblo indígena o tribal correspondiente sobre quién puede beneficiarse de los proyectos de desarrollo e inversión, ello debe ser resuelto por el pueblo mismo de conformidad con sus propias costumbres y normas tradicionales, y no por el Estado<sup>605</sup>. En general, como indicó la Corte en el caso Saramaka, "todos los asuntos relacionados al proceso de consulta con el pueblo Saramaka, así como aquellos relacionados a los beneficiarios de la 'justa indemnización' que se debe compartir, deberán ser determinados y resueltos por el pueblo Saramaka de conformidad con sus costumbres y normas tradicionales, y según lo ordenado por el Tribunal en la Sentencia".
3. **Estudio de Impacto social y ambiental previo.** garantizar la realización de un estudio de impacto social y ambiental previo. (ver "la participación en el proceso de estudios de impacto - Caso Saramaka vs. Surinam")

## Principio de consentimiento previo, libre e informado

El consentimiento es el resultado de un proceso de toma de decisiones por parte de las comunidades indígenas que es colectivo, independiente y libremente determinado. Es por ello muy importante subrayar que Las consultas y la participación son componentes fundamentales de un proceso de consentimiento y por tanto, la legislación y jurisprudencia aplicable, desarrollada en la sección anterior, viene íntimamente encaminada para la obtención de dicho consentimiento.

Así pues, el consentimiento es un proceso mediante el cual los pueblos indígenas toman sus decisiones colectivas - de acuerdo a sus leyes y prácticas consuetudinarias - en asuntos que los afectan, para ejercer su derecho a la tierra, territorios y recursos, su derecho a la autodeterminación y a la integridad cultural. La inclusión de la perspectiva de género y la participación de las mujeres indígenas son esenciales, así como también la participación de los niños y jóvenes según corresponda. En algunos casos, los pueblos indígenas pueden decidir expresar su consentimiento por medio de procedimientos e instituciones que no están formalmente o totalmente basados en el derecho consuetudinario y la práctica, como los consejos estatutarios o gobiernos tribales. Independientemente de la naturaleza del proceso, los pueblos indígenas afectados conservan su derecho de denegar su consentimiento, o denegarlo hasta que se cumplan ciertas condiciones.

Previo	Libre	Informado
<ul style="list-style-type: none"> <li>• El estado o terceros que están planificando actividades deben buscar su consentimiento informado con suficiente antelación, y su autorización final para la implementación;</li> <li>• Tiempo suficiente para entender y analizar la información que reciben y para definir y tomar una decisión colectiva;</li> <li>• Los plazos para la difusión de información deben ser compatibles con la situación de los pueblos indígenas;</li> <li>• Los plazos para los procesos de consulta y consenso entre los indígenas deben ser definidos por las comunidades indígenas y no impuestos.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sin coerción o libre de ideas patrocinadas o acciones manipulativas o engañosas para lograr el consentimiento;</li> <li>• Proceso de toma de decisiones compatible con las leyes consuetudinarias indígenas.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho a recibir información pertinente sobre la actividad/proyecto/programa planeado para que la comunidad pueda encarar un proceso informado de toma de decisión. Esto también incluye el derecho a acceder a información relacionada.</li> <li>• Incluye la revelación completa y legalmente precisa de información en una forma que sea tanto accesible como comprensible (el lenguaje) para ellos.</li> </ul>

### **h) ¿Consulta o consentimiento? El consentimiento como efectos de la Consulta previa**

Antes de abordar con más detalle las referencias y el desarrollo del contenido del principio de consulta y sus implicaciones, es necesario plantear el debate oscilan entre la figura de la consulta previa, por un lado, y la figura del consentimiento previo, libre e informado, por el otro. Este es uno de los aspectos más polémicos que concierne al principio de la consulta previa, visto desde el punto de vista de sus consecuencias.

En virtud de la consulta, los pueblos indígenas tienen derecho a que se escuche su opinión como condición para la toma de una decisión general o la realización de un proyecto que los afecte. El estándar del consentimiento sin embargo, es más alto, en la medida en que fija como condición que los pueblos y comunidades den previamente su consentimiento libre e informado para que proceda la medida o proyecto que los afecten.

El lenguaje del consentimiento previo ha sido incorporado, como veremos con más detalle a continuación en la Declaración de los Pueblos Indígenas y en los pronunciamientos del Foro Permanente. Sin embargo, la mayoría de las fuentes de derecho internacional sobre el tema incorporan el lenguaje de consulta previa, sin exigir que los Estados y terceros logren el consentimiento de las comunidades afectadas, lo que resulta en una ambigüedad sobre el efecto que dichas consultas deben tener en el contenido y la realización de los proyectos y medidas consultadas.

Dada esta ambigüedad, y las consecuencias que tienen las diferentes posturas sobre el problema, tanto por terceros como por los Estados y los pueblos indígenas involucrados, el efecto que debe tener la consulta sigue siendo uno de los asuntos más polémicos en las discusiones jurídicas y políticas sobre esta cuestión. La diferencia práctica central entre este concepto de consentimiento y la figura predominante de la consulta previa consiste en los efectos contrastantes de cada una en los casos en los que las comunidades afectadas se oponen a la medida o proyecto en cuestión. En tanto que algunos pronunciamientos de derecho internacional resaltan que el fin de la consulta es llegar a un acuerdo entre las partes (lo que se acerca a la idea del consentimiento previo, libre e informado), otras establecen que sólo existe un deber de incorporar algunos de los criterios de las comunidades consultadas en los planes de acción o mitigación de impactos de los proyectos o medidas realizadas (lo que se acerca a la concepción dominante de la consulta).

En el presente manual nos limitaremos a poner de relevancia el contenido que tanto el sistema internacional como el interamericano de derechos humanos han desarrollado para dar contenido a este principio del Consentimiento.

#### **a) Consentimiento en el Convenio 169 OIT**

De acuerdo con el Artículo 6 del Convenio núm. 169, el objetivo de las consultas es alcanzar acuerdos o lograr el consentimiento. En otras palabras, es necesario que los acuerdos o el consentimiento sean la meta a alcanzar de las partes, para lo que es fundamental que existan verdaderos esfuerzos para alcanzar acuerdos o lograr consentimientos.

El consentimiento es un estándar vinculante exigido en el Convenio 169 OIT para casos específicos los siguientes artículos concretos:

- Medidas a favor de los Pueblos indígenas (bienes, trabajo, cultura y medio ambiente) no deben contrariar los deseos libremente expresados de los Pueblos Indígenas (art 4.2)
- Prohibición general de desplazamiento forzoso (art 16.1);
- Consentimiento en el caso de traslado o reubicación (art 16.2);
- Derecho a regresar a sus tierras (art 16.3)



## b) Consentimiento en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración involucra plenamente el principio del consentimiento libre, previo e informado para el traslado de grupos indígenas de sus tierras, así como para la adopción y aplicación de medidas legislativas y administrativas que los afecten, entre otras situaciones. Adicionalmente, ordena a los Estados reparar todos aquellos bienes de orden intelectual, cultural o espiritual que los grupos indígenas hayan perdido sin su consentimiento libre, previo e informado

En la Declaración, los artículos que están relacionados con el Consentimiento Libre, Previo e Informado son los siguientes:

- Artículo 10: Los pueblos indígenas no pueden ser removidos de manera forzosa de sus tierras y territorios ni ser reubicados sin su consentimiento libre, previo e informado.
- Artículo 11: Los pueblos indígenas deben recibir reparación por sus bienes espirituales, religiosos, intelectuales y culturales que hayan sido tomados sin su consentimiento libre, previo e informado.
- Artículo 19: El consentimiento libre, previo e informado debe ser obtenido antes de adoptarse o ejecutarse medidas legislativas o administrativas que afecten a los pueblos indígenas.
- Artículo 28: Los pueblos indígenas tienen el derecho a la reparación por las tierras, territorios y recursos que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.
- Artículo 29: No almacenar ni eliminar materiales peligrosos en tierras indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.
- Artículo 32: El consentimiento libre, previo e informado debe ser obtenido previamente a la aprobación de cualquier proyecto que afecte las tierras, territorios y recursos indígenas, en particular la explotación de minerales, de agua y otros recursos.

## c) Consentimiento en la Recomendación general 23 del CEDR (1997)

La recomendación general 23 de 1997 del CEDR, que se enfoca en el combate a la discriminación a pueblos indígenas, insta a los Estados a que “no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”. Adicionalmente, establece la necesidad de reconocer los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios colectivos, así como la necesidad de que el Estado promueva medidas de reparación efectivas cuando hayan sido privados de ellos. Aunque no es vinculante, esta recomendación sirve como un criterio de interpretación de las normas del convenio.

La importancia del cumplimiento del estándar de consentimiento ha sido puesta de relieve por el CEDR en sus observaciones finales a los Estados, como la observación que hizo a Ecuador en el 2003<sup>27</sup>, en la cual sostuvo que la consulta a las comunidades antes de iniciar la explotación de recursos no cumplía con la recomendación general xviii del comité, por lo que recomendó al Estado obtener el consentimiento de las comunidades con conocimiento de causa. Las observaciones finales del CEDR también han resaltado la importancia del “pleno consentimiento” de los pueblos afectados antes de la extracción de recursos naturales de sus tierras<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> CEDR, Observación Final a Ecuador, 2003, párr. 16.

<sup>28</sup> CDESC, Observaciones finales a Ecuador, 2004, párr. 12.

#### **d) Consentimiento en las Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (1989-2009)**

Varias de las observaciones finales del CDESC instan a los Estados parte a consultar con los pueblos indígenas antes de adoptar decisiones que los afecten, y otros específicamente ordenan que se consiga el “pleno consentimiento”<sup>29</sup>. En sus observaciones, menciona las disposiciones del Convenio 169, y la necesidad de que el Estado consiga de los pueblos afectados “su consentimiento antes de la realización de proyectos de explotación de la madera o de los recursos mineros y antes de la realización de cualquier política que les [los] afecte, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT”<sup>30</sup>.

#### **e) Consentimiento en los Informes del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas**

En el 2003, cuando aún se discutía el proyecto de la Declaración de los Pueblos Indígenas, el Relator Especial manifestó en un informe 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 que éste, “así como el derecho de libre determinación de las comunidades y pueblos indígenas, han de ser condiciones previas necesarias de esas estrategias y proyectos”<sup>31</sup>.

En el 2007, después de ser adoptada la declaración, el relator instó a los Estados a no imponer proyectos económicos desde afuera y a garantizar que los contenidos y procedimientos de éstos sean participativos y que, por lo tanto, cuenten “con el consentimiento libre e informado de los pueblos y las comunidades indígenas, que deben participar en todas las fases del desarrollo”, de tal forma que se le dé prioridad a las políticas de desarrollo identificadas por los mismos pueblos indígenas.<sup>32</sup> En el mismo documento, el relator citó el concepto de ‘consentimiento libre’, previo e informado elaborado por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas e insistió en la necesidad de seguir los siguientes criterios mencionados por ese órgano:

- no debe haber coerción, intimidación ni manipulación;
- el consentimiento debe basarse en la buena fe y debe obtenerse con suficiente antelación a cualquier autorización o inicio de actividades;
- alcanzarse luego de proporcionar suficiente y amplia información comprensible y en el idioma del pueblo o comunidad afectada;
- y solicitarse a las autoridades designadas por las mismas comunidades.

<sup>29</sup> Ver, p. ej., cedr, observaciones finales a Ecuador, 2004, párr. 12.

<sup>30</sup> CEDR, Observaciones finales sobre Colombia, 2001, párr. 33.

<sup>31</sup> Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Informe temático, “El impacto de los grandes proyectos de desarrollo en los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas y comunidades”, 2003.

<sup>32</sup> Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Informe temático, “Mejores prácticas en la implementación del enfoque de derechos humanos al desarrollo de los pueblos indígenas: los pueblos indígenas como sujetos de derechos”, 2007.

## f) Consentimiento en los Informes del Foro Permanente de las Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas (Foro Permanente)

Los informes de los períodos de sesiones del Foro Permanente subrayan la necesidad de una participación cada vez más amplia de las comunidades indígenas en las medidas que los afectan de forma directa o indirecta, tanto en el ámbito local como internacional. Establecen que “[n]o podrán ponerse en práctica proyectos [sobre tierras y recursos] sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas”,<sup>33</sup> y que ello es un principio, de tal forma que los pueblos indígenas “puedan poseer, conservar y administrar sus territorios, tierras y recursos”, lo cual es imprescindible para “seguir existiendo con sus características propias”.

**Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, E/C.19/2005/3 (17 de febrero de 2005).** El Foro Permanente organizó un taller en el 2005 con el fin de evaluar los instrumentos y prácticas relacionados con el consentimiento libre, previo e informado, identificar los retos existentes sobre el tema y hacer recomendaciones sobre el contenido del concepto y las posibles metodologías para aplicarlo.

En el taller, se identificaron varias áreas en las cuales es relevante lograr el consentimiento libre, previo e informado, especialmente en lo relacionado con

- tierras y territorios, lugares sagrados, acuerdos y arreglos entre Estados y los pueblos indígenas,
- la exploración o explotación de recursos o territorios indígenas,
- acceso a recursos naturales o conocimiento indígena,
- los proyectos de desarrollo que puedan afectar a los pueblos,
- estudios realizados sobre posibles impactos en los pueblos,
- políticas y legislación relacionadas o con posibles efectos a los pueblos indígenas y
- políticas de reasentamiento de los pueblos.

Adicionalmente, se identificaron varios principios que un proceso debe tener para lograr un verdadero consentimiento libre, previo e informado, tales como

- la ausencia de coerción o manipulación,
- el respeto por el tiempo requerido por los pueblos y
- el suministro de información completa sobre el motivo del proyecto, su naturaleza y alcance, los posibles riesgos y
- las posibilidades de beneficio para los pueblos afectados.

Si bien los resultados del taller no son vinculantes, sirven de pautas interpretativas para el concepto de ‘consentimiento libre’, previo e informado y cómo éste podría ser logrado en la práctica.

## g) Consentimiento – Comisión Interamericana de Derechos Humanos

**Consentimiento para decisiones que puedan afectar jurídicamente derechos de propiedad indígenas.** Tal y como observó la Comisión Interamericana - Comunidades Indígenas Maya en el

<sup>33</sup> Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Informe sobre el sexto período de sesiones, 2007, E/C.19/2007/12, párr. 9(b) (citando la Declaración de los Pueblos Indígenas) (de aquí en adelante Foro Permanente, Informe sobre el sexto período).

Distrito de Toledo vs. Belice<sup>34</sup> - un procedimiento de “consentimiento pleno e informado” requiere “como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso, y que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva”. Asimismo, según la Comisión, se requiere la consulta previa y la obtención del consentimiento del pueblo respectivo para adoptar cualquier decisión del Estado que pueda jurídicamente afectar, modificar, reducir o extinguir los derechos de propiedad indígenas; en criterio de la CIDH, “los artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana obligan especialmente a los Estados miembros a garantizar que toda determinación de la medida en que los peticionarios indígenas mantienen intereses en las tierras por las que han poseído tradicionalmente un título y han ocupado y usado, se base en un proceso de consentimiento previamente informado de parte de la comunidad indígena en su conjunto”. Por otro lado, tal y como recuerda el informe los Estados no pueden otorgar concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales que se encuentran en los territorios que no han sido delimitados, demarcados o titulados, sin consulta efectiva y sin el consentimiento informado del pueblo. En consecuencia, los Estados violan el artículo XXIII de la Declaración Americana y el artículo 21 de la Convención Americana, a menos que se abstengan de “otorgar concesiones madereras y petroleras a terceros, para utilizar los bienes y recursos que podrían quedar comprendidos por las tierras que deben demarcar, delimitar y titular o aclarar y proteger por otra vía, en ausencia de consultas efectivas y del consentimiento informado del pueblo”.

### g) Consentimiento – Corte Interamericana de Derechos Humanos

**Consentimiento para planes de desarrollo o de inversión a gran escala. Caso Saramaka vs. Surinam.** En la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Saramaka vs. Surinam en el 2007, la Corte adoptó por primera vez un estándar que incluye la necesidad de lograr, en ciertas circunstancias, el consentimiento de las comunidades afectadas. En esa sentencia, la Corte estableció que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”. En este caso, requisito del consentimiento debe interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos. El deber de obtención del consentimiento responde, por lo tanto, a una lógica de proporcionalidad en relación con el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos.

### g) Consentimiento – Casos mínimos requeridos

El desarrollo de los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo aquellos fijados por el sistema interamericano, hace posible identificar una serie de circunstancias donde la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas es obligatoria.

<sup>34</sup> CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142.

1. La primera de estas situaciones, identificada por el Relator Especial de Naciones Unidas, es la de los planes o proyectos de desarrollo o inversión que impliquen el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales, es decir, su reubicación permanente. El requisito del consentimiento en estos casos se establece en el artículo 10 de la Declaración de Naciones Unidas: “Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras territorios, No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento previo, libre 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”. (Convenio 169, art. 16,2; Declaración, art. 10, Caso Saramaka vs. Surinam, Informe de la CIDH párr. 334,1).
2. El consentimiento de los pueblos indígenas también se requiere, según la Corte Interamericana en el caso Saramaka, en los casos en que la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales privaría a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia (Declaración, art. 29; Informe de la CIDH, párr. 334, 3).
3. Otro caso en el que, como apunta el Relator Especial, resulta exigible el consentimiento de los pueblos indígenas, es el de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos o tóxicos en tierras o territorios indígenas, según dispone el artículo 29 de la Declaración de Naciones Unidas
4. Toda decisión que pueda afectar, modificar, reducir o extinguir los derechos de propiedad indígena (Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo vs. Belice).
5. Actividades militares (Declaración, art. 30).
6. En la adopción de medidas especiales de salvaguarda de personas, bienes, trabajo, culturas y medio ambiente (CV 169 OIT, art. 4)