

LA JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO

THE JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO CONSULTATION OF INDIGENOUS PEOPLES AND FREE, PREVIOUS AND INFORMED CONSENT

Artículo Científico Recibido: 10 de enero de 2018 Aceptado: 16 de marzo de 2018

José Adriano Anaya*
j_adriano11@yahoo.com.mx

RESUMEN: El derecho internacional y la legislación interna en países del continente americano contemplan el deber del Estado de realizar consultas a los pueblos indígenas, cada vez que haya reformas legales y administrativas que alteren la vida comunitaria y los intereses de estos pueblos. De igual manera existe la obligatoriedad de la consulta y la obtención del consentimiento libre, previo e informado cuando se trate de proyectos de desarrollo. Sin embargo, son continuas las violaciones de derechos humanos a los pueblos indígenas por la inversión de proyectos de desarrollo, y hay poca efectividad en el cumplimiento de la norma, situación que compromete la responsabilidad internacional del Estado y conduce a la judicialización de la consulta ante el Sistema Interamericano. Al respecto, la Comisión y la Corte Interamericana han emitido diferentes recomendaciones y sentencias que le otorgan un efecto jurídico vinculante al derecho a la consulta.

ABSTRACT: International law and domestic legislation in countries of the American continent contemplate the duty of the State to consult indigenous peoples whenever there are legal and administrative reforms that alter community life and the interests of these peoples. Similarly, there is the obligation to consult and obtain free, prior and informed consent when dealing with development projects. However, human rights violations of indigenous peoples are continuous due to development project investments and the ineffectiveness in complying with the norm, a situation that compromises the international responsibility of the State and leads to the judicialization of consultations in the Inter-American Human Rights System. As such, both the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court have issued different recommendations and sentences that give the right to be consulted a legally binding effect.

* Doctor en Ciencias Sociales. Profesor de Tiempo Completo en la Universidad Autónoma de Chiapas, Coordinador de la Maestría en Defensa de los Derechos Humanos. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel 1.

PALABRAS CLAVES: Derecho a la consulta, judicialización de la consulta, consentimiento libre, previo e informado, proyectos de desarrollo, derechos humanos.

KEYWORDS: Right to be consulted; judicialization of the right to be consulted; free, prior, and informed consent; development projects; human rights.

SUMARIO: Introducción. I. El deber de la consulta en las normas internacionales y nacionales. II. La judicialización de la consulta. III. La jurisprudencia sobre el derecho a la consulta en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Comentarios finales. Bibliohemerografía.

INTRODUCCIÓN

A raíz de la aprobación de la Reforma Energética en México en diciembre del 2013, el Estado mexicano abrió las puertas a la inversión privada para el fomento de la exploración y explotación del subsuelo, decisión que facilita el desarrollo de proyectos extractivistas y energéticos en todo el país, creando incertidumbre y afectaciones a la propiedad colectiva en posesión del territorio de los pueblos indígenas. La aprobación de esta reforma se realizó sin considerar el cumplimiento de las responsabilidades del Estado mexicano, convenidas con organismos y tratados internacionales, en donde se establece el derecho a la consulta a los pueblos indígenas, cada vez que se “prevean medidas jurídicas o administrativas”, así como el impulso de proyectos de desarrollo que afecten a su territorio.

El proyecto de desnacionalización de la industria petrolera y de entrega del subsuelo a empresas transnacionales que contiene la Reforma Energética, fue promovida largamente por los gobiernos proclives a la apertura comercial, denominados neoliberales, que dominaron al país desde el año de 1982, logro que se obtuvo hasta el gobierno de Enrique Peña Nieto, en el que se benefició a los intereses de empresas transnacionales, y estas empresas, sobre todo extractivas, perciben como un riesgo a sus intereses, que con el cambio de gobierno, se revisen los términos de esa reforma y más aún, que se reviertan las condiciones de explotación del subsuelo.

El gobierno de Andrés Manuel López Obrador se va a encontrar en medio de la disyuntiva que representan los proyectos de desarrollo que impulsan empresas transnacionales quienes satisfacen la demanda internacional de petróleo, gas y minerales que requiere la economía globalizada y a la vez, tiene que atender el reclamo justo y

legítimo de organizaciones indígenas que exigen al Estado mexicano otorgue para todos la protección y garantía efectiva de los derechos humanos, que asegure el cumplimiento del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, así como la exigibilidad de mecanismos normativos que protejan el derecho a la consulta y garanticen los estándares internacionales de los estudios de impacto ambiental, social y cultural, a que el Estado está obligado, con la ratificación del Convenio 169 de la OIT y otros tratados internacionales.

El derecho a la consulta en México ha sido desdeñado por los gobiernos emanados del PRI y del PAN, quienes promovieron reformas jurídicas que afectan el territorio de los pueblos indígenas y promovieron, licitaron y asignaron contratos de proyectos de desarrollo dentro del territorio de estos pueblos sin tener el consentimiento libre, previo e informado establecido en la convencionalidad, situación que viene judicializando la lucha política en defensa de la tierra, los recursos y el territorio de los pueblos indígenas.

En este trabajo se hace énfasis en seis consideraciones que contienen los instrumentos internacionales, que comprometen a los Estados al cumplimiento de la realización de las consultas y al consentimiento previo, libre e informado y cuyo cumplimiento reduciría la tensión social y los conflictos así como la judicialización por responsabilidad internacional del Estado, estas consideraciones son: el reconocimiento al derecho a la libre determinación; el reconocimiento a los derechos colectivos y protección de la propiedad; el reconocimiento a la participación frente a decisiones de reformas jurídicas y administrativas o el impulso de proyectos de desarrollo; los mecanismos para el consentimiento libre, previo e informado; la protección a los derechos humanos de los pueblos indígenas; y la promoción de un verdadero diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas, mediante el cual se pueda trabajar de buena fe hacia un acuerdo.

Los casos analizados por la Corte Constitucional Colombiana y la práctica de los Estados indican que la consulta previa establecida por el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991) es un estándar mínimo que debe:

- 1) Ser efectiva y realizada de buena fe.*
- 2) Darse antes de que empiecen a desarrollarse proyectos en sus tierras.*
- 3) Garantizar por parte de los gobiernos mecanismos procesales para asegurar el contacto regular y la participación activa de las comunidades o pueblos afectados en los procesos de adopción de decisiones.*
- 4) Realizarse de acuerdo con las tradiciones y costumbres de los pueblos.*

5) *Tener como finalidad lograr el acuerdo o consentimiento.*¹

I. EL DEBER DE LA CONSULTA EN LAS NORMAS INTERNACIONALES Y NACIONALES

Los pueblos originarios de América, pero particularmente los pueblos en el territorio mexicano, históricamente han vivido injusticias de despojo, expropiación forzada, destrucción de sus recursos naturales, discriminación, desplazamientos, trabajos forzados, disminución de la población, afectaciones a la identidad y agresiones a su cultura, religión y espiritualidad, que se remontan a los primeros días del período colonial hasta nuestros días. Esta realidad condujo, en las últimas décadas, a organismos y tribunales internacionales de derechos humanos a reconocer, legislar y proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas, a sus tierras y recursos y al derecho que les asiste para definir las prioridades del desarrollo económico, social y cultural dentro de su territorio. De esta manera los pueblos indígenas pasaron de la invisibilidad de los gobiernos a un estatus jurídico de ser reconocidos plenamente como sujetos colectivos de derechos, donde se reconoce la propiedad comunal y el derecho a la libre determinación.²

En este sentido, un elemento en común de los pactos internacionales –PIDCP y PIDESC– es el artículo 1º, en el que la redacción de ambos pactos reconoce el derecho de los pueblos a la libre determinación. Sin embargo, para la CIDH,³ el instrumento específico más relevante en el reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas y tribales es el Convenio 169 de la OIT, que en su artículo 6 reconoce el derecho a la consulta de los pueblos “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” y en el artículo 7, que reconoce “el derecho a decidir sus propias prioridades en la que atañe al proceso de desarrollo en la medida a que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones, y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan”, en este mismo artículo el Convenio 169 considera que los pueblos indígenas “deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.” Se reconoce en el artículo 14 “el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”. De igual manera el artículo 15.2 señala que “los gobiernos

¹ RODRIGUEZ, Gloria-Amparo, *Proyectos y conflictos en relación con la consulta previa (Projects and Conflicts Associated to a Prior Consultation)*. *Opinión Jurídica, special edition*, 2011, p. 65.

² ONU- DH México, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: la importancia de su implementación en el contexto de los proyectos de desarrollo a gran escala*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2011, p. 4.

³ Para mayor información Véase: CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, Capítulo IX, párr. 12.

deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras". En este convenio no se establece una fórmula específica para la realización de las consultas, para ello el artículo 34 considera que: "la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país". Este instrumento ha sido utilizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como soporte legal para emitir resoluciones en litigios de los pueblos indígenas y tribales en contra de diferentes Estados-Nación del continente, que define un carácter vinculante del mismo.

Las Naciones Unidas aprobó con mandato específico en la Asamblea General en 2007, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. A partir de su adopción, este instrumento juega un papel de guía para la implementación de normas y políticas públicas en los países, y para el Sistema Interamericano constituyen, junto con el Convenio 169, la norma fundamental aplicable en las resoluciones de litigio de los pueblos indígenas y para el reconocimiento y protección del derecho de propiedad comunal. Esta Declaración afirma que: "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" (art. 3); reconoce el derecho de los pueblos indígenas "a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos" (art 18); el derecho a la consulta "antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado" (art. 19); "Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo" (art. 23); y, "Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo" (art. 32).

De la misma forma, la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas adoptado en el año 2016, es un instrumento fundamental para el reconocimiento de la propiedad y los derechos de los pueblos indígenas para los países miembros de la OEA. En este instrumento la autoidentificación es "un criterio fundamental

para determinar a quienes se aplica la presente Declaración" (art.1); se reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas (art.3); los pueblos indígenas "tienen el derecho de participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos. Pueden hacerlo directamente o a través de sus representantes, de acuerdo a sus propias normas, procedimientos y tradiciones" (art. 21); "Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento, observancia y aplicación de los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados" (art. 24); "Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y determinar sus propias prioridades en lo relacionado con su desarrollo político, económico, social y cultural, de conformidad con su propia cosmovisión" (art.29); "Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo" (art.29).

En sus recomendaciones y resoluciones el Sistema Interamericano también ha recurrido a las interpretaciones efectuadas por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Al respecto, el Relator Especial ha promovido activamente los derechos territoriales indígenas a través de comunicaciones a los Estados, informes sobre las visitas a países e informes temáticos.⁴ James Anaya, quien fuera Relator Especial subrayó "que las consultas no sólo consisten en informar, sino que deben ser diseñadas para que los pueblos indígenas tengan oportunidad de influir de forma efectiva en las decisiones que afecten sus intereses, [...]." En el mismo sentido el Relator Especial de la ONU precisó que "en todos los casos en que se aplique el deber de celebrar consultas su finalidad deberá ser obtener el consentimiento o el acuerdo de los pueblos indígenas afectados. De ahí que las consultas deban realizarse en las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones".⁵

En términos similares la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial se pronunció en la recomendación 23, en la que se exhorta a los Estados a que: "garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y

⁴ CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 2010, párrafo 20.

⁵ *Ibid.* Párrafo 303

que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado".⁶

El Estado tiene el deber de realizar la consulta de buena fe, por medio de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo, debiendo contar con el tiempo suficiente para para la discusión interna.⁷ De igual manera, en la política oficial de los programas de Naciones Unidas no pasa desapercibida la importancia de reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas. Por ejemplo, "el PNUD promueve y apoya el derecho de los pueblos indígenas a dar libremente su consentimiento previo e informado respecto de los planes y programas de desarrollo que puedan afectarlos".⁸

En México los derechos de los pueblos indígenas están reconocidos en el art. 2o de la Constitución e inclusive en este apartado se contempla el derecho a la consulta de los pueblos indígenas para la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo. Sin embargo no profundiza en un derecho eficaz y deja en las entidades federativas la facultad de legislar sobre las características de libre determinación y autonomía "así como las normas para el reconocimiento de las comunidades como entidades de interés público". Esto generó que en varias de las Constituciones locales de las entidades federativas se reconocieran los derechos a la consulta, pero solo en las entidades federativas de San Luis Potosí y Durango se ha legislado en materia específica sobre la consulta; lo que implica vacíos legales e incumplimientos a los compromisos internacionales.

Pese a que el Derecho Internacional de Derechos Humanos establece deberes claros y sustanciales a ser cumplidas por los Estados, en relación a la consulta y a la implementación de proyectos de explotación de recursos sobre las tierras y territorios indígenas, en el Estado mexicano, así como en varios países miembros de la OEA, continúan las ausencias de un reconocimiento formal en una ley específica y eficaz de estos derechos, situación que genera decisiones unilaterales de expropiación de derechos colectivos a los pueblos indígenas, en el momento en que se publican licitaciones y se asignan concesiones y contratos de exploración y explotación de los recursos naturales sin que se haya cumplido con los mecanismos de consulta ni se obtenga el consentimiento libre, previo e informado.

Con el fin de subsanar el incumplimiento a la responsabilidad internacional en materia de consulta, en México, la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos

⁶ ONU, Recomendación General No. 23, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, artículo 4º párrafo (d)51º periodo de sesiones, U.N., Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 248 (1997).

⁷ Cfr. MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, Protección de la propiedad comunal, *Revista Jurídica Primera Instancia*. Número 1 julio-diciembre 2013, p. 100.

⁸ PNUD, El PNUD y los Pueblos Indígenas: Una Política de Compromiso párrafos 26-30, 1997.

Indígenas (CDI) elaboró, en febrero del 2013, meses previos a que se aprobara la Reforma Energética, un protocolo para la implementación de la consulta a pueblos y comunidades indígenas, en el que se buscó recuperar los estándares contenidos por el Convenio 169 de la OIT, así como las fuentes del derecho internacional incorporadas al derecho a la consulta. Este protocolo contempla una diferenciación importante entre la consulta a los pueblos indígenas y la consulta ciudadana y elabora de manera no limitativa los requisitos esenciales que deben estar presentes en la consulta a los pueblos, en el que se contempla el principio de buena fe; el carácter previo; el ejercicio libre; la información basta y suficiente; el respeto a la cultura y la identidad de los pueblos; el reconocimiento al derecho al desarrollo; el respeto a las formas de construcción de consensos; el consentimiento libre, previo e informado y además concibe a la consulta indígena como "un verdadero instrumento de participación".⁹

La existencia de este protocolo para instrumentar la consulta a los pueblos indígenas no significa que haya en México mecanismos para un derecho eficaz de protección a las tierras, recursos y territorios de los pueblos indígenas, que cohiba o frene la desregulación que promueve el gobierno para facilitar la inversión de proyectos extractivos o de otro tipo de desarrollo que implica un riesgo para la supervivencia física y cultural de estos pueblos.

En este sentido, para dar una respuesta que ofrezca a jueces y magistrados herramientas de interpretación jurídica sobre el derecho de los pueblos indígenas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación elaboró en el año 2013 un Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas. En ese documento se hace énfasis a la protección especial a los territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas, así como a la participación, consulta y consentimiento frente a cualquier acción que los afecte.¹⁰

De igual manera la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido sentencias favorables que definen el sentido hacia la judicialización del derecho a la consulta. Como ejemplo de ello, en la tesis aislada 2ª XXVIII/2016 10ª, de la Segunda Sala reconoce que: "La Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas es la autoridad competente en materia de consulta a las comunidades indígenas [...]".¹¹ Del mismo modo en la tesis aislada 2ª XXIX/2016 10ª, de la Segunda Sala sentencia que "los jueces

⁹ CDI, Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, México, 2013.

¹⁰ SCJN, Protocolo de Actuación para quienes Imparten Justicia en casos que involucren Derechos de Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas México, 2014.

¹¹ 2ª S. XXVIII/2016 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación, Libro 31: junio de 2016; Tomo II, p. 1211.

deberán analizar en cada caso concreto si el proceso de consulta realizado por las autoridades cumple con los estándares": que sea previa, culturalmente adecuada, informada y de buena fe.¹²

En agosto del 2016 la Comisión Nacional de Derechos Humanos emitió una recomendación al Ejecutivo federal a los ejecutivos Estatales así como al Congreso de la Unión y Congresos Locales para que se legislara sobre la creación de una Ley de Consulta a los Pueblos indígenas, exhorto que a la fecha no se le ha dado debido cumplimiento.

II. LA JUDICIALIZACIÓN DE LA CONSULTA

En todo el continente americano el territorio de los pueblos indígenas y tribales ha sufrido cambios en su tierra y en la forma de apropiación de los recursos naturales, debido a proyectos de extracción de petróleo, gas, minerales, construcción de presas, de carreteras, de proyectos madereros o de desarrollo económico, que generan transformaciones económicas y ambientales en los territorios y que son acompañados por graves tensiones sociales que derivan en conflictos, violencia, movimientos de resistencia y desconfianza de los pueblos, en donde muchos de ellos han derivado en largos litigios en tribunales en contra del Estado, al no garantizar el respeto a los derechos colectivos de propiedad y a la falta de cumplimiento con el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado de estos pueblos, que se establece en las diferentes disposiciones del derecho internacional.

En los últimos años, todas estas temáticas –la discriminación, el control sobre territorios y recursos naturales, y el acceso a los derechos sociales y económicos, por mencionar algunas– han sido objeto de procesos de judicialización en distintos países de América Latina. Como caso "fuerte" de codificación e invocación de derechos, y de judicialización de demandas ante los juzgados nacionales y regionales, la problemática de los pueblos indígenas puede contribuir mucho a un análisis del poder transformador del derecho.¹³

De igual forma, en las últimas décadas, el derecho a la consulta se ha constituido en la bandera más importante de las luchas políticas y en el instrumento jurídico fundamental para la defensa de las tierras y los recursos naturales de los pueblos indígenas.¹⁴ El eje central de estas luchas se debe al rechazo a proyectos de desarrollo que la inversión privada, fundamentalmente capital transnacional, busca desarrollar

¹² 2ª S. XXIX/2016 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación, Libro 31: junio de 2016; Tomo II, p. 1212.

¹³ SIEDER, Rachel. 13. *Pueblos indígenas y derecho (s) en América Latina*. 2011, p. 305.

¹⁴ ONU-DH México, El derecho a la consulta de los pueblos indígenas... *Op. Cit.*, p.6.

dentro del territorio indígena con el respaldo y aquiescencia del Estado, en el que se priva el derecho a la consulta y con ello, el derecho de participación de los pueblos indígenas.

Frente a las concesiones que los distintos Estados han otorgado para la explotación de los recursos naturales dentro del territorio de pueblos indígenas, se tienen muchos antecedentes de respuestas que conduce a movimientos de resistencia en defensa y protección del territorio, pero de igual forma, hay experiencias significativas de cómo la organización de los pueblos indígenas se tradujo en una judicialización del derecho a la consulta, debido a la ausencia de una normatividad específica en los procedimientos para su aplicación y por la falta de acuerdos y soluciones justas que respeten los derechos humanos, que finalmente terminan en denuncias en el Sistema Interamericano por la responsabilidad internacional del Estado.

En este sentido, un problema central en la judicialización de la consulta en los pueblos indígenas es la falta de participación efectiva en la toma de decisiones sobre la implementación de proyectos de desarrollo que afecta la vida comunitaria o que tienen un impacto directo en el territorio y en la supervivencia física o cultural de estos pueblos. Esta falta de participación efectiva se inscribe en una práctica recurrente de los Estados de evadir o desentenderse de la responsabilidad de proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas, aún y cuando existe el deber del Estado de "asegurar que los miembros de los pueblos indígenas y tribales gocen efectivamente de todos los derechos humanos en pie de igualdad con el resto de la población".¹⁵ Esta situación deriva de un hecho: que las disposiciones jurídicas favorables a la consulta, así como la ratificación de los tratados internacionales, son insuficientes si no existe una práctica efectiva que asegure el goce real y efectivo de los derechos de los pueblos indígenas.¹⁶ Aquí nos encontramos en la situación en que los países americanos no están cumpliendo las disposiciones señaladas por los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en esta Convención y en los casos en que no existe reglamentación, los Estados se comprometen a adoptar medidas legislativas o de otro orden para hacer efectivos estos derechos. El incumplimiento de estas disposiciones, por acción u omisión de cualquier autoridad pública, son argumentos para ser invocados en la judicialización de la consulta de los pueblos indígenas, en virtud en que esas violaciones de derechos humanos "puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado".¹⁷

¹⁵ CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras... *Op. Cit.*, párrafo 48.

¹⁶ *Ibidem*, párrafo 44.

¹⁷ *Ibidem*, párrafo 48.

Los Estados al otorgar, sin el consentimiento previo, concesiones para la explotación petrolera, minera, maderera o de cualquier proyecto de desarrollo que pone en riesgo la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas, está violando el derecho de la propiedad, que ampara el artículo 21 de la Convención Americana y deja abierta la posibilidad de la judicialización del derecho a la consulta y con ello el riesgo en que los proyectos de inversión sean paralizados, modificados, reorientados o postergados por litigios en los tribunales.

Al respecto la Corte Interamericana en la sentencia del pueblo Saramaka Vs. Surinam, señala que las concesiones ya otorgadas dentro del territorio Saramaka sin que se hubiera realizado la consulta, el Estado debía "revisarlas, a la luz de la presente sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka".¹⁸

En la sentencia, del Caso Pueblo Indígena de Sarayaku Vs. Ecuador, la Corte Interamericana reitera que "para garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígena en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo".¹⁹

Asimismo, en otros litigios realizados en la Corte Interamericana –Yakye Axa Vs. Paraguay,²⁰ Sawhoyamaxa Vs. Paraguay²¹ y Xákmok Kásek Vs. Paraguay²²-, se tuvieron resoluciones favorables a pueblos indígenas lo que posibilita la recuperación de sus tierras y territorio; en efecto, la judicialización promovida por los pueblos o comunidades indígenas que han perdido la posesión de sus territorios en forma total o parcial, tuvieron resoluciones que les permite mantener sus derechos plenos de propiedad sobre los mismos, y tienen derecho a reivindicar y obtener su efectiva restitución.²³ La Corte Interamericana en la sentencia del caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs.

¹⁸ CORTE IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrafo 194º.

¹⁹ CORTE IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, Párrafo 177.

²⁰ CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

²¹ CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

²² CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

²³ CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras... *Op., Cit.*, párrafo 111.

Paraguay, enumeró dos situaciones de jurisprudencia respecto a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y la posibilidad de recuperación de sus tierras ancestrales, ante ello: "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 [se establece que] 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".²⁴

Gran parte de los problemas y conflictos sobre la consulta y el consentimiento libre, previo e informado –en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay y Perú–, se deben a que el Estado no está garantizando el goce ni la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, quienes en realidad no disfrutan en igualdad de condiciones los mismos derechos y oportunidades que la legislación nacional y el derecho convencional les otorga. Pero junto a este incumplimiento del deber de los Estados pervive la ausencia de mecanismos efectivos que reduzcan y eliminen las prácticas de discriminación, vejaciones y vulneración de los derechos humanos de los pueblos indígenas como el derecho a la vida, el derecho a la propiedad privada, el derecho a un ambiente sano y el derecho de decidir los proyectos de derecho que más conviene a sus intereses.

Además el deber de garantizar la participación de las mujeres. Por ejemplo, mujeres de varias nacionalidades del centro sur amazónico (Pastaza) han manifestado su preocupación por los efectos que tendría la exploración petrolera: fragmentación de sus territorios, limitación de libertades y movilidad, afectación de las prácticas de subsistencia, contaminación del agua y bosques, disminución de fauna terrestre y acuática para cacería y pesca, disminución de la productividad en las chacras al contaminarse los suelos.²⁵

Para algunas empresas la judicialización de la consulta es un proceso que busca inhibir o torpedear proyectos de inversión. Sin embargo la judicialización de la consulta es una alternativa legítima de los pueblos indígenas que tiene una importancia central; permite poner fin a controversias, pero más allá de la controversia se busca la protección y garantía de construir en los Estados una disposición jurídica efectiva de equidad y

²⁴ CoIDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, Op. Cit., párrafo 109.

²⁵ VALLEJO, Ivette. Petróleo, desarrollo y naturaleza: aproximaciones a un escenario de ampliación de las fronteras extractivas hacia la Amazonía suroriente en el Ecuador. *Antropologica*, 2014, vol. 32, no 32, p. 136.

equilibrio entre los proyectos de desarrollo con el respeto a los derechos humanos de las personas y los pueblos indígenas.

De igual manera, en el imaginario de la población se tiene la consideración en que los proyectos de desarrollo ayudan a los pueblos indígenas a mejorar las diferencias sociales y de bienestar. Sin duda, han habido inversiones que han sido importantes en la realización de los derechos humanos, pero también se debe discriminar que no todas las concepciones de desarrollo ni todos los proyectos son compatibles con los derechos humanos, sobre todo, porque existen inversiones que han generado graves perturbaciones a la vida comunitaria. De allí que lo razonable es que los estados promovieran inversiones y proyectos de desarrollo que estuviesen en armonía y fueran compatibles con los derechos humanos.²⁶

Existe un debate sobre si la obtención del consentimiento libre, previo e informado constituye un poder de veto de los pueblos indígenas. Para el Relator Especial el consentimiento no implica un derecho al veto, sino que implica una distribución aceptable de los beneficios del plan o proyecto y la implementación de mecanismos independientes para la solución de controversias.²⁷

III. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han desarrollado considerables recomendaciones y jurisprudencias sobre el derecho a la consulta, en el que se reconoce la libre determinación de los pueblos indígenas, los derechos colectivos y la propiedad comunal, el derecho a la participación, la protección de los derechos humanos, el consentimiento libre, previo e informado y la promoción de un verdadero diálogo. De igual manera los informes presentados por el Relator Especial resultan significativas para aclarar, precisar y orientar sobre la importancia de la libre determinación, la participación y el diálogo como derechos fundamentales sin los cuales “no pueden ejercerse plenamente los derechos humanos de los pueblos indígenas, tanto los colectivos como los individuales”.²⁸

²⁶ ONU-DH México, *Op. Cit.*, pp. 6-9.

²⁷ RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo y Donoso, Gina, “Pueblos indígenas y la Corte Interamericana: fondo y reparaciones” en AA. VV, *Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 2012, p. 76

²⁸ ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, 2009, párrafo 41.

1. La libre determinación

Las disposiciones internacionales más importantes reconocen expresamente el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas: La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; el Convenio 169 de la OIT; los dos pactos internacionales, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Culturales, Sociales y Ambientales y la Convención Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La libre determinación está relacionada por los derechos a la tierra, al territorio y al goce de los recursos naturales. En este sentido la Corte Interamericana en el caso *Saramaka Vs. Surinam* se refirió a que los pueblos pueden “provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural” y pueden “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se los prive de “sus propios medios de subsistencia”.²⁹ En la misma resolución del pueblo de Saramaka, la Corte reconoció “el derecho a utilizar y gozar de las tierras que los miembros del pueblo (...) poseen tradicionalmente [ello] implica, necesariamente, gozar de un derecho similar respecto de los recursos naturales que son necesarios para su supervivencia”.³⁰

La relación entre libre determinación con tierra y territorio permitió a la Corte elaborar dos consideraciones significativas que se articulan entre sí: una, la falta de acceso a las tierras y “al territorio ancestral impide a los pueblos indígenas y tribales el derecho a la libre determinación”³¹ y, otra, se deposita en el Estado “la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar el derecho a la propiedad comunal de los miembros de las comunidades indígenas y tribales sobre dicho territorio”.³² Ambas consideraciones fueron utilizadas por la Corte cuando estableció el criterio de devolución de las tierras y el territorio ancestral en las resoluciones *Yakye Axa Vs. Paraguay*, *Sawhoymaxa Vs. Paraguay* y *Xákmok Kásek Vs. Paraguay*.

De esta manera “el sistema, que se encuentra en constante evolución, debe ser interpretado de acuerdo al contexto dado al momento en que se requiere la interpretación del instrumento en cuestión, siguiendo de esa forma la tesis sobre la interpretación de los documentos internacionales formulada por la Corte Internacional de Justicia. Por consiguiente, la fuerza legal de la Declaración Americana no puede ser determinada a la luz de lo que los Estados firmantes consideraron en 1948, sino que debe para ello tenerse en consideración la evolución general del sistema. De esta manera,

²⁹ CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras... *Op. Cit.*, párrafo 166.

³⁰ CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, *Op. Cit.*, párrafo 141.

³¹ CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras... *Op. Cit.*, párrafo 165.

³² *Ibidem.*, párrafo 166.

enfatisa la idea de que la interpretación en este campo debe ser una interpretación dinámica".³³

Bajo esta perspectiva las autorizaciones o concesiones que el Estado realiza para la explotación de los recursos naturales en el territorio de los pueblos indígenas o tribales sin que se realice la consulta para el consentimiento libre, previo e informado, viola los derechos a la libre determinación de estos pueblos y pone en riesgo las tierras, el territorio y la supervivencia física y cultural de esta población, que por sus condiciones históricas de vulnerabilidad requiere de protección especial del Estado.

2. Derecho a la propiedad comunal

La Corte Interamericana en una interpretación progresiva del artículo 21 de la Convención Americana³⁴ reconoce que el derecho a la propiedad tiene un carácter privado y uno colectivo, y consideró que ese artículo protege "el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal".³⁵ En esa misma resolución de *Awas Tingni Vs. Nicaragua*, la Corte reconoció que entre los indígenas "existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad".³⁶

En la jurisprudencia interamericana resalta el fundamento de que la propiedad comunal no la otorga el Estado a través de un título de propiedad sino en el uso y posesión tradicional de las tierras; "les pertenecen por su uso u ocupación ancestral".³⁷ En este mismo sentido en el caso del pueblo Saramaka la Corte Interamericana, con el fin de proteger los derechos humanos de la población, sostuvo que "los miembros de los pueblos indígenas y tribales precisan ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, en especial respecto del goce de sus derechos de propiedad, a fin de garantizar su supervivencia física y cultural".³⁸

³³MARGAROLI, Josefina y MACULAN, Sergio L. "Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Ediciones Cathedra Jurídica. Buenos Aires, 2011, pp. 59-60

³⁴ El artículo 21 de la Convención Americana dispone: "1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley."

³⁵ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafo 148.

³⁶ OSWALDO RUÍZ y GINA DONOSO, *Op. Cit.*, p. 44

³⁷ CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras... Op., Cit.*, párrafo 68.

³⁸ CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, *Op. Cit.*, párrafo 85.

En dos casos en que el Estado entregó concesiones para explotación madereras y petroleras a terceros, en tierras y territorio tradicional de pueblos indígenas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resolvió en uno de ellos, que Nicaragua había violado el derecho a la propiedad al otorgar concesiones para la explotación maderera en territorio indígena; “sostuvo que el Estado de Nicaragua “es responsable por violaciones al derecho de la propiedad ... al otorgar una concesión ... sin el consentimiento de la Comunidad Awas Tingni”.³⁹ En el segundo caso, “la Comisión concluye que las concesiones madereras y petroleras fueron otorgadas por el Estado a terceros para utilizar bienes y recursos que podrían estar comprendidos dentro de las tierras tradicionales del pueblo maya del Distrito de Toledo y que el Estado no adoptó las medidas apropiadas y adecuadas para consultar con el pueblo maya en relación con estas concesiones. En base a estos actos y omisiones, la Comisión concluye que el Estado de Belice violó también el derecho de propiedad consagrado en el artículo XXIII de la Declaración Americana en perjuicio del pueblo maya”.⁴⁰

La Corte al establecer la relación entre los recursos naturales del territorio y la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas incorpora en la interpretación jurídica el contexto sociocultural de las comunidades indígenas, pues reconoce que la tierra y el territorio representan la base fundamental de su cultura y espiritualidad. En la resolución del caso *Yakye Axa Vs. Paraguay* la Corte sostuvo que la cultura en estos pueblos “corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”.⁴¹

La noción de propiedad comunal desarrollada por la Corte contiene distintas dimensiones: la simbólica, representada por la pertenencia ancestral del territorio estén o no en uso y posesión de la tierra; la económica, que tiene que ver con las formas de apropiación de los recursos naturales del territorio y con la supervivencia física; la espiritual y religiosidad de los pueblos que mantiene vínculos estrechos con la madre tierra y con lugares sagrados; y, la cultural, que busca preservar las instituciones, la organización comunitaria y transmitir la identidad a las generaciones futuras. En esta perspectiva, la afectación de la propiedad comunal ocasionada por la autorización de concesiones que

³⁹ FERGUS MacKay, *Derechos de los pueblos indígenas y el consentimiento libre, previo e informado y la RIE del Banco Mundial, Forest, People Programme*, 2004, p. 24.

⁴⁰ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, 12 de octubre de 2004, párrafo 144.

⁴¹ CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *Op. Cit.*, párrafo 135

realizan los estados para la explotación de los recursos naturales sin la consulta y sin el consentimiento de los pueblos indígenas, trastoca la armonía y el equilibrio de estos pueblos y les ocasiona graves riesgos de supervivencia física y cultural. Por la propia vulnerabilidad y discriminación de los pueblos indígenas la Corte ha emitido resoluciones para que los Estados adopten medidas específicas de protección con el fin de prevenir los daños que los proyectos de desarrollo pueden llegar a ocasionar en las tierras, el territorio y los recursos naturales de estos pueblos.

3. Derecho a la participación

El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre decisiones que les afecte se relaciona directamente con el derecho a la participación, pues sin ésta es imposible obtener el consentimiento libre, previo e informado, que establecen los instrumentos internacionales. En este sentido la Corte Interamericana en sus resoluciones vincula el derecho a la consulta con el artículo 23 de la Convención Americana⁴², tal y como lo refiere en el caso de Yatama vs Nicaragua donde considera que 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”.⁴³

La consulta a los pueblos indígenas representa todo un proceso que no se circunscribe a un acto formal de consentimiento o no de las inversiones y proyectos de desarrollo dentro de las tierras y territorio perteneciente a las comunidades. La realización de estas consultas es un deber del Estado, y dentro de las resoluciones de la Corte ha resuelto “que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas [...] puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, [...]”.⁴⁴

La Comisión Interamericana también ha emitido criterios sobre la participación de las comunidades en la consulta. Al respecto la CIDH considera que 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”.⁴⁵ Para la Corte, al Estado le corresponde llevar a cabo tareas de fiscalización y de control con el fin de demostrar

⁴² CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras... *Op. Cit.*, párrafo 274.

⁴³ CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *Op. Cit.*, párrafo 249.

⁴⁴ CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *Op. Cit.*, párrafo 225.

⁴⁵ OSWALDO RUIZ y GINA DONOSO, *Op. Cit.*, p. 69

que la participación de los pueblos indígenas en todas las etapas del proceso de consulta previa fueron efectivamente garantizados, situación que busca poner fin a la exclusión histórica a la que han sido sometido los pueblos indígenas.

4. La protección de los derechos humanos

Hay proyectos de desarrollo que no son compatibles con los derechos humanos, que generan despojos, desplazamientos forzados, deterioro de los recursos naturales, destrucción de los lugares sagrados y que criminalizan la lucha por la defensa de la tierra y del territorio. Para contrarrestar esos efectos negativos del desarrollo, en las últimas tres décadas el derecho convencional visibilizó la exclusión y vulnerabilidad en la que viven los pueblos indígenas y tribales y creó los instrumentos jurídicos internacionales para reconocer y proteger los derechos humanos de estos pueblos, en donde el derecho a la consulta previa se convirtió en la piedra angular de estas disposiciones.

Al respecto, la Corte Interamericana ha creado una jurisprudencia que deposita en el Estado “la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar el derecho a la propiedad comunal de los miembros de las comunidades indígenas y tribales sobre dicho territorio”⁴⁶. De igual manera la Corte ha señalado que: “La falta de acceso a la tierra y a los recursos naturales puede producir condiciones de miseria para las comunidades indígenas afectadas, ya que la falta de posesión y acceso a sus territorios les impide el uso y disfrute de los recursos naturales que necesitan para abastecerse de los bienes necesarios para su subsistencia, desarrollar sus actividades tradicionales de cultivo, caza, pesca o recolección”.⁴⁷

Para la CIDH:

“[,,] la falta de acceso a los territorios ancestrales, y la inacción estatal al respecto, exponen a los pueblos indígenas y tribales a condiciones de vida precarias o inhumanas en materia de acceso a alimentación, agua, vivienda digna, servicios básicos y salud y consecuentemente repercuten – entre otras- en mayores índices de mortalidad y desnutrición infantil, y mayor vulnerabilidad a enfermedades y epidemias. En esta medida, la falta de garantía por el Estado del derecho de los pueblos indígenas y tribales a vivir en su territorio ancestral puede implicar someterlos a situaciones de desprotección extrema que conllevan violaciones del derecho a la vida, a

⁴⁶ CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras... *Op. Cit.*, párrafo 166

⁴⁷ CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *Op. Cit.*, párrafo 164.

*la integridad personal, a la existencia digna, a la alimentación, al agua, a la salud, a la educación y los derechos de los niños, [...].*⁴⁸

Frente a la vulnerabilidad de los pueblos indígenas y a la práctica reiterada de los Estados en otorgar autorizaciones, contratos y concesiones a empresas petroleras, mineras y madereras sin que se realice la consulta previa, denota que los Estados continúan sin cumplir la obligación de "adoptar medidas especiales para garantizarles el goce efectivo de sus derechos humanos, sin restricciones, así como incluir medidas que promuevan la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos, y culturales, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones".⁴⁹

*El derecho humano al agua es un derecho humano indispensable para vivir, sin el cual no podríamos ejercer otros derechos humanos. El derecho al agua es un derecho de tercera generación debido a que son aquellos derechos que exige que los Estados sean solidarios con los otros Estados, requieren para su cumplimiento de la solidaridad internacional, que exista cooperación de los Estados y pueblos para su cumplimiento.*⁵⁰

5. El consentimiento libre, previo e informado

En los países americanos está claramente identificada la obligatoriedad de la consulta previa cada vez que haya modificaciones legales o se autoricen proyectos de desarrollo que puedan afectar los derechos e intereses de los pueblos indígenas y tribales. La consulta de acuerdo a las disposiciones internacionales y resoluciones de la Corte, lo que busca es el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, en el que se debe garantizar la participación efectiva de éstos y se debe proporcionar la información correspondiente de los beneficios, riesgos y consecuencias para la vida, las tierras, los recursos naturales y el territorio, el consentimiento de la inversión y el proyecto de desarrollo.

La Corte en la resolución del pueblo de Saramaka señaló: "cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena o tribal], el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar [a los pueblos en cuestión], sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y

⁴⁸ CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras... *Op. Cit.*, párrafo 23

⁴⁹ CORTE IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, párrafo 125.

⁵⁰ ISLAS COLÍN, Alfredo, *Derecho humano al agua*, en Derechos económicos, sociales y culturales, Martínez Lazcano, Alfonso Jaime (Comp), Nueva Jurídicas, Bogotá, 2017, t. I, pp. 130.

previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”⁵¹. Con esta resolución la Corte explicita que consulta es distinta a consentimiento; ello implica adicionalmente a la consulta, escuchar las voces de los pueblos, promover la participación efectiva, proporcionar información veraz para la toma de decisiones, construir un diálogo entre los pueblos y el Estado para llegar a un acuerdo. Pero a la vez, “al declarar que la consulta se debe realizar ‘de conformidad con sus costumbres y tradiciones’, la Corte reconoció que es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal”.⁵²

Las resoluciones de la Corte, así como todas las disposiciones jurídicas convencionales señalan que el consentimiento libre e informado debe obtenerse previo a la planeación, concesión y ejecución de planes y proyectos de desarrollo que puedan afectar los derechos de propiedad de los pueblos indígenas.⁵³ Al respecto la Corte expresó que: “el Estado tiene el deber, desde el inicio de la actividad que se propone, de consultar activamente con el pueblo Saramaka, de buena fe, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, lo cual a su vez requiere que el Estado acepte y brinde información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible. Además, dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo Saramaka”.⁵⁴

El consentimiento libre, previo e informado representa tres momentos que deben cumplirse. Libre implica que no haya coerción, amenazas ni intimidación ni se busque corromper a liderazgos comunitarios. Previo significa obtener el acuerdo de consentimiento con antelación al inicio de los proyectos de desarrollo. Informado representa poner a disposición de los pueblos indígenas el proyecto y los estudios de impacto social cultural y ambiental, para que conozcan de los riesgos y consecuencias que tiene el proyecto sobre la vida comunitaria, los recursos naturales del territorio y la organización social.

En la resolución del pueblo de Sarayaku la Corte señaló el deber del Estado de consultar de manera informada con la comunidad:

“Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo o la comunidad, de conformidad con sus

⁵¹ CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, Op. Cit., párrafo 134.

⁵² CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párrafo 18.

⁵³ CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras...* Op. Cit., párrafo 319.

⁵⁴ CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones, Op. Cit., párrafo 17.

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. Asimismo, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. Por último, la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones. El incumplimiento de esta obligación, o la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados".⁵⁵

6. La consulta como diálogo

La consulta es un acto de buena fe cuya finalidad es la de construir un acuerdo mutuo. Esto no se puede lograr sin diálogo y sin negociación. En este sentido la Corte Interamericana para el caso del pueblo Sarayaku considera que "la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como "un verdadero instrumento de participación", "que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas". En ese sentido, es inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de "un clima de confianza mutua" y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros [...]".⁵⁶

En el caso Sarayaku la Corte identificó que el Estado de Ecuador dejó en manos de la empresa petrolera CGC la obtención del consentimiento. Esto ocasionó que se dejaran de respetar las estructuras de autoridad del pueblo Sarayaku, la empresa se dedicó a ofrecer dinero y beneficios económicos, creó conflictos intercomunitarios al brindar apoyos a otras comunidades aledañas al pueblo y utilizó procedimientos fraudulentos para la obtención de firmas de apoyo. Todas estas acciones fueron desacreditadas por la Corte quien finalmente señaló, "que la búsqueda de un "entendimiento" con el Pueblo Sarayaku llevado a cabo por la misma empresa CGC, no puede ser entendida como una consulta de buena fe en la medida que no consistió en un diálogo genuino como parte de un proceso de participación con miras a alcanzar un acuerdo"⁵⁷. Situación que condujo a la Corte a considerar que los procedimientos empleados por la empresa

⁵⁵ CORTE IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, párrafo 177.

⁵⁶ *Ibid.*, párrafo 186.

⁵⁷ *Ibid.*, párrafo 200.

petrolera no son los adecuados y accesibles para la consulta y la obtención del consentimiento libre, previo e informado.

COMENTARIOS FINALES

En las últimas tres décadas el derecho internacional cambió el rostro de los mecanismos de protección, reconocimiento, respeto, garantía y defensa de los derechos de los pueblos indígenas. En los últimos años los pueblos indígenas reivindican en su lucha la acción judicial de la consulta. Este proceso ha permitido transitar del reconocimiento de los derechos humanos a su ejercicio, y están trasladando ese derecho a la facultad de decidir qué hacer sobre su territorio, situación que crea y fortalece capacidades para disputar sentidos políticos en su territorio frente a decisiones de empresas transnacionales que cuentan con el respaldo y aquiescencia del Estado.

Es bajo esta disputa, en que las organizaciones indígenas con mayor participación política reconocen en el derecho a la consulta previo, una garantía para su supervivencia no sólo económica sino cultural, tal y como fue considerado por la Corte Interamericana en las resoluciones del pueblo de Saramaka Vs. Surinam y del pueblos Sarayaku Vs. Ecuador, las cuales representan las dos sentencias más significativas en torno al derecho a la consulta, situación que proporciona otros sentidos políticos en torno a la judicialización de la consulta y a la exigibilidad de sus derechos en condiciones de igualdad jurídica.

En esta judicialización de la consulta la dimensión política ha tenido una importancia imprescindible, porque a través de la lucha política se modifican las perspectivas de las comunidades, se construyen nuevas subjetividades políticas y se ejerce la presión social para que la judicialización tenga la importancia que se requiere para constituirse en un litigio de mayor impacto. Finalmente la mezcla entre lo jurídico y lo político es lo que mueve a los gobiernos al diálogo y a la concertación. Sobre todo porque la eficacia y cumplimiento del derecho no depende exclusivamente del marco jurídico sino que los contextos sociopolíticos ejercen una relevancia significativa, al grado que la articulación de los sujetos con los contextos sociopolíticos termina propiciando los cambios en los marcos jurídicos y transforman la aplicación del derecho. Tal y como sucedió primero, en el derecho internacional con la elaboración y aprobación de la normatividad que promueve la protección, reconocimiento, defensa y garantía de los derechos de los pueblos indígenas y tribales y luego con las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha creado jurisprudencia para los países miembros de la OEA, misma que ha venido orientando reformas constitucionales en estos países sobre el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado.

Los opositores a la consulta suelen argumentar que el Convenio 169 de la OIT, no es vinculante, y se le considera un instrumento débil debido a que existen ausencias en los procedimientos para la realización de las consultas en la legislación en los países americanos, donde la aplicación de este Convenio no constituye una alternativa integral que obligue a los gobiernos a la consulta y a la obtención del consentimiento libre, previo e informado. Esta consideración es insostenible a la luz de las resoluciones de la Corte Interamericana como sucedió en los casos de Saramaka Vs. Surinam y el de Sarayaku Vs. Ecuador, entre otras resoluciones revisadas a lo largo de este texto, donde estas sentencias se convierten en jurisprudencia de aplicación obligatoria para los países miembros de la OEA, y a la vez constituyen razones objetivas y razonables para considerar al Convenio 169 de la OIT como un instrumento vinculante.

Hay quienes ven a la consulta como una resistencia o rechazo al desarrollo, pero en realidad la tensión social que se genera es más por el avasallamiento y las violaciones a los derechos humanos que algunos proyectos de desarrollo encarnan en deterioro de las tierras, los recursos naturales y el territorio de los pueblos indígenas. Pero esta situación es conciliable en los términos en que lo plantea el Relator Especial, en el que reitera que el consentimiento no implica un derecho al veto, sino que implica una distribución aceptable de los beneficios del plan o proyecto y la implementación de mecanismos independientes para la solución de controversias.⁵⁸

Finalmente las disputas que terminan en procesos de judicialización se deben a la negativa del Estado de cumplir con la obligación de la consulta previa así como por la ausencia de un consentimiento libre, previo e informado; situación que entraña un gran desafío: hacer compatible los proyectos de desarrollo con los derechos humanos.

BIBLIOHEMEROGRAFÍA

MACKAY FERGUS, Derechos de los pueblos indígenas y el consentimiento libre, previo e informado y la RIE del Banco Mundial, Forest, People Programme, 2004.

MARGAROLI, Josefina y MACULAN, Sergio L. "Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Ediciones Cathedra Jurídica. Buenos Aires, 2011.

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, Protección de la propiedad comunal, Revista Jurídica Primera Instancia. Número 1 julio-diciembre, 2013, p. 92-106

⁵⁸ OSWALDO RUÍZ y GINA DONOSO, *Op. Cit.*, p. 76.

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime (Comp), Derechos económicos, sociales y culturales, Nueva Jurídicas, t. I, Bogotá, 2017.

OSWALDO RUÍZ y Gina DONOSO, Pueblos indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones, 2012.

RODRIGUEZ, Gloria-Amparo. Proyectos y conflictos en relación con la consulta previa (Projects and Conflicts Associated to a Prior Consultation). *Opinión Jurídica, special edition*, 2011, p. 57-72.

SIEDER, Rachel. 13. Pueblos indígenas y derecho (s) en América Latina, 2011, p. 303-330.

VALLEJO, Ivette. Petróleo, desarrollo y naturaleza: aproximaciones a un escenario de ampliación de las fronteras extractivas hacia la Amazonía suroriente en el Ecuador. *Anthropologica*, 2014, vol. 32, no 32, p. 115-137.

ONU

ONU. Recomendación General No. 23, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51° periodo de sesiones, U.N., Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 248 (1997).

ONU. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. 2009.

ONU- DH México. El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: la importancia de su implementación en el contexto de los proyectos de desarrollo a gran escala, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México. 2011.

PNUD (2001). El PNUD y los Pueblos Indígenas: Una Política de Compromiso párrafos 26-30.

SCJN

SCJN. Protocolo de Actuación para quienes Imparten Justicia en casos que involucren Derechos de Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas. 2014.

CDI

CDI. Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. 2013.

CIDH

- CIDH (2001). Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, Capítulo IX.
- CIDH (2010). Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09.

Corte IDH

- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Corte IDH.
- Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185.
- Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.
- Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros Vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 junio de 2012.