

2

La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional

Meghan Morris,
César Rodríguez Garavito,
Natalia Orduz Salinas
y Paula Buriticá

**PROGRAMA DE JUSTICIA GLOBAL
Y DERECHOS HUMANOS**
DOCUMENTOS NÚMERO 2
ISSN 2145-2369

La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional

Editor General:

César Rodríguez Garavito

Coordinadora Editorial:

Camila Soto Mouraille

Colaboradores de este documento:

**César Rodríguez Garavito, Meghan Morris,
Natalia Orduz Salinas, Paula Buriticá**

Diseño y armada electrónica

Alejandro Ospina

Impreso en Colombia – Printed in Colombia

Agradecemos los comentarios y sugerencias valiosos sobre versiones anteriores de este documento, hechos por los estudiantes del Programa de Justicia Global y por René Urueña, Camila Soto Mouraille, Yamile Salinas, Tatiana Alfonso y Jorge Contesse.

Programa de Justicia Global y Derechos Humanos

Universidad de los Andes - Facultad de Derecho

Carrera 1 N° 18 A - 10, Bloque RGC

Teléfonos: [571] 332 4099 - 339 4949 ext: 3370

Página web: www.justiciaglobal.info - e-mail: justiciaglobal@uniandes.edu.co

Bogotá, Colombia.

Ediciones Uniandes

Carrera 1 No. 19 – 27, Edificio AU 6,

Teléfonos: [571] 339 4949 - 339 4999. Ext: 2133. Fax: Ext. 2158

Página web: <http://ediciones.uniandes.edu.co> - e-mail: infeduni@uniandes.edu.co

Bogotá, Colombia.

Programa de Justicia Global y Derechos Humanos - Documentos

© 2009 Justicia Global y Derechos Humanos Documentos. Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción parcial o total, su registro en o transición por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin autorización escrita de los editores.



Tabla de contenido

Presentación	5
PRIMERA PARTE	
Las fuentes de derecho internacional sobre la consulta previa	7
Pronunciamientos expedidos por el sistema de las Naciones Unidas	10
Organización de los Estados Americanos y Sistema Interamericano de Derechos Humanos	17
Organismos financieros multilaterales	20
Otros instrumentos sobre responsabilidad empresarial	22
SEGUNDA PARTE	
Los temas claves de la consulta previa en el derecho internacional	23
Tierras, territorios y los pueblos indígenas	25
Situaciones en las que debe realizarse la consulta	33
Los participantes de la consulta previa	39
Procedimiento	40
Efectos de la consulta previa	43
Reparaciones	46

Presentación

La consulta previa a pueblos indígenas y grupos étnicos se ha convertido en uno de los temas más difíciles y controvertidos del derecho nacional e internacional de los derechos humanos. En efecto, en apenas dos décadas, desde la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en 1989, pasó de ser un asunto relativamente especializado e invisible a ser el objeto de conflictos jurídicos, políticos y sociales en los que se juegan tanto intereses económicos como la supervivencia de pueblos indígenas y otras comunidades étnicas alrededor del mundo.

En América Latina, por ejemplo, son muy conocidos casos como la discusión de 15 años sobre la consulta al pueblo U'wa, en el contexto de un proyecto de exploración petrolera en el oriente colombiano. Una disputa más reciente e igualmente visible es la que se suscitó en Perú en 2009, a propósito de la falta de consulta a los pueblos indígenas amazónicos de leyes que afectaban directamente su economía y su cultura, y que generaron un violento enfrentamiento.

A pesar de la importancia económica, política y social de la consulta previa, los ordenamientos jurídicos nacionales y el derecho internacional se caracterizan por una notable dispersión y una profunda incertidumbre. No obstante la existencia de un instrumento internacional específico sobre el tema (el Convenio 169 de la OIT) y del impulso adicional a la consulta en la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), muy pocos tribunales domésticos e internacionales, y escasos parlamentos nacionales, han desarrollado jurisprudencia y legislación adecuados sobre el asunto. Los avances, aunque importantes, siguen siendo la excepción a la regla, desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana hasta la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Saramaka contra Surinam, en 2008.

Parte del desfase entre la importancia práctica y los magros avances jurídicos de la consulta se debe a la proliferación de normas de todo tipo que regulan el tema. Como se verá en las siguientes páginas, ellas van desde reglas de “derecho duro” (p.ej., leyes nacionales y tratados internacionales), vinculante estrictamente para los Estados, hasta normas de “derecho blando” (p.ej., reglas operativas de organismos financieros multilaterales y códigos de responsabilidad empresarial de firmas multinacionales), que operan más como guías de conducta que como estándares jurídicos en sentido propio.

Si bien este pluralismo jurídico no es infrecuente (especialmente en el ámbito del derecho internacional), la falta de sistematización y armonización de los estándares existentes puede ir en detrimento de la protección eficaz de los derechos de las poblaciones protegidas por ellos —en este caso, los pueblos indígenas y otros grupos étnicos (como las comunidades afrodescendientes en América Latina)—. Este es, ciertamente, el caso de la consulta previa.

Un segundo obstáculo para la garantía del derecho a la consulta previa es la tendencia de los analistas, los jueces y los gobiernos a tratar el problema como si fuese un todo, es decir, como si el dilema consistiera sólo en hacer o no hacer una consulta. Lo que esta perspectiva pierde de vista es el hecho de que la consulta consiste en un procedimiento con varios pasos y dilemas —desde la publicidad de los pormenores de un proyecto económico que se planea ejecutar en territorio indígena hasta los participantes y la duración de la consulta—, en cuyos detalles se juega el nivel de protección a los derechos de los pueblos y comunidades protegidas. Por ello, en lugar de un estudio global del tema, se requiere un análisis desagregado de los temas y pasos fundamentales de la consulta, y de las repercusiones que tienen para los Estados, los pueblos indígenas, el sector privado y otros actores.

Con base en este doble diagnóstico, el Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes emprendió un estudio sistemático de las normas internacionales sobre el tema, con el fin de elucidar los estándares aplicables a las consultas a pueblos indígenas en proyectos económicos y decisiones legislativas y administrativas que los afecten. El presente documento muestra los resultados de este análisis, en dos pasos. En la primera parte, se exponen con detalle la multiplicidad de fuentes jurídicas internacionales aplicables al asunto y se hace un esfuerzo de armonización legal para decantar el contenido del derecho internacional de la consulta previa.

En la segunda parte, el eje de análisis cambia de las fuentes jurídicas a la regulación de los problemas específicos de la consulta. Por las razones explicadas en esa sección, se han escogido seis temas para este tipo de análisis detenido: (1) el ámbito territorial de la consulta, (2) las situaciones a las que se aplica la consulta previa, (3) los participantes en la consulta, (4) el procedimiento que ésta debe seguir, (5) los efectos de la consulta previa y la ejecución de sus resultados y (6) las reparaciones de los daños ocasionados por la falta de consulta o la realización de una consulta inadecuada.

PRIMERA PARTE

Las fuentes de derecho internacional sobre la consulta previa

Siguiendo la estructura presentada en la introducción, esta parte describe las fuentes de derecho internacional sobre el derecho a la consulta previa. Para ello, revisa tres aspectos: el origen de la fuente, su evolución y su alcance jurídico. El origen de la fuente se refiere al órgano o entidad que la expide; la evolución, al curso que ha tenido cada fuente de derecho internacional en los temas relacionados con pueblos indígenas y consulta previa; y finalmente, el alcance jurídico se refiere a si la fuente es vinculante jurídicamente o no, y para quiénes lo es.

Las fuentes relevantes están organizadas según el órgano que las expidió y su grado de obligatoriedad. Por ello, se encontrarán primero aquellas de derecho duro, posteriormente las de derecho emergente (que tienen un carácter cada vez más vinculante pero todavía no obligatorio) y al final las de derecho blando. En primer lugar serán revisadas las expedidas por el sistema de 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), recorriendo 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, 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 las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas (Foro Permanente).

En segundo lugar, serán descritas las fuentes de derecho regional sobre el tema, 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). En tercer lugar, se presentarán algunas directrices de organismos multilaterales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo porque, a pesar de no ser vinculantes para los Estados por su carácter de derecho blando, emiten pronunciamientos que fijan algunos estándares sobre consulta previa, cuyo cumplimiento, según los mismos, influye en la decisión de otorgar préstamos a los Estados. Por último, serán presentados diferentes documentos sobre responsabilidad empresarial, que se pronuncian sobre la necesidad de realizar consultas previas y algunos procedimientos adecuados para lograrlas. Dichos documentos no vinculan ni a las empresas ni a los Estados, pero son instrumentos que pueden exigirles ciertos deberes, y así forman parte de la creciente normatividad aplicable al derecho a la consulta previa.

Pronunciamientos expedidos por el sistema de las Naciones Unidas

Antes de categorizar los pronunciamientos del sistema de Naciones Unidas relacionados al tema de la consulta previa, es importante hacer un breve comentario sobre las dos connotaciones que toma el término “pueblos” en la normatividad internacional, dado que es una discusión transversal en los temas indígenas del derecho internacional de los derechos humanos. Por un lado, existe consenso sobre la connotación del término “pueblos” cuando se equipara a los Estados y les confiere ciertos derechos. Ejemplo de este uso del término pueblos es la Carta de las Naciones Unidas, en cuyo preámbulo se establece que “nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a (...)”¹. No se discute que los derechos derivados de esta connotación están en cabeza de los Estados, como el derecho a la libre determinación definido por el PIDCP de la siguiente manera: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”².

Por otro lado, sí existe una gran discusión sobre el significado del término pueblos cuando se refiere a grupos indígenas y tribales. Algunas importantes fuentes que lo usan hacen explícita alguna aclaración sobre su diferencia con el significado tradicional de “pueblos” que hace referencia únicamente a los Estados. Por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT expresa en el artículo 1.3 que “[l]a utilización del término <<pueblos>> en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”³. La Guía de Aplicación para este Convenio explica que acuñó el término “pueblos” y no el de “poblaciones” para grupos indígenas o tribales después de largas discusiones, para expresar que reconoce que estos grupos tienen una identidad propia y no sólo algunas características culturales y raciales comunes⁴. Sin embargo,

esta Guía manifiesta que a pesar de que el artículo 1.3 se introdujo por preocupación de los Estados de que estos grupos se pudieran separar, el Convenio no se manifiesta ni a favor ni en contra del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales, dado que no es competente para definir el alcance de este término en el derecho internacional⁵.

De la misma manera, el PIDCP, de acuerdo con la Observación General 23 al Artículo 27 del mismo, que versa sobre los derechos de las minorías, también diferencia entre el derecho a la libre determinación y los derechos de las minorías. La Observación afirma que los derechos consagrados en el artículo 27 son derechos individuales de las personas pertenecientes a las minorías, cuyo disfrute no debe menoscabar “la soberanía y la integridad territorial de un Estado Parte” y que no deben confundirse con el derecho a la libre determinación establecido en el artículo primero del Pacto, que “se trata de un derecho perteneciente a los pueblos”⁶.

La discusión toma un giro importante con la Declaración de los Pueblos Indígenas, que reconoce explícitamente en su artículo tercero el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación⁷. En las consideraciones del mismo documento se fundamenta el derecho en varias normas anteriores como la Carta de las Naciones Unidas, el PIDESC y el PIDCP, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena, que “afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación”⁸. Asimismo, en el acápite del documento se afirma que “nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de confor-

del Convenio núm. 169 de la OIT, 2007, pág. 13 (de aquí en adelante Guía de Aplicación, Convenio 169).

5 Guía de Aplicación, Convenio 169, pág. 13.

6 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23, Derechos de las minorías (art. 27), 1994, párrs. 1, 3.1, 3.2 (de aquí en adelante Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23).

7 Naciones Unidas, Asamblea General, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007, art. 3 (de aquí en adelante Declaración de los Pueblos Indígenas).

8 Declaración de los Pueblos Indígenas, Acápite.

1 Carta de las Naciones Unidas, 1945, Preámbulo.

2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, A/RES/2200 A (XXI), art. 1(1) (de aquí en adelante PIDCP).

3 Organización Internacional del Trabajo, Convenio OIT No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989, art. 1(3) (de aquí en adelante Convenio 169).

4 Organización Internacional del Trabajo, Guía para la aplicación

midad con el derecho internacional⁹. De esta manera, la Declaración se convierte en el primer instrumento internacional en el que no se elude la atribución completa del derecho a la libre determinación a los pueblos indígenas.

En lo que sigue serán presentados los órganos y pronunciamientos de las Naciones Unidas que han contribuido tanto a la expresión y evolución del derecho a la consulta previa como al debate alrededor de los derechos humanos relacionados, tales como el derecho a la libre determinación y los derechos que tienen los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios. Se presentarán los pronunciamientos en orden, de acuerdo con su nivel de obligatoriedad y por el órgano de las Naciones Unidas que los emitió: Organización Internacional de Trabajo (OIT); Asamblea General de las Naciones Unidas; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Comité de Derechos Humanos); Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR); Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC); Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas; y Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas (Foro Permanente).

Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1989)

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue fundada en 1919, con una visión según la cual una paz duradera y universal sólo puede ser alcanzada cuando está fundamentada en el trato decente de los trabajadores, y se convirtió en la primera agencia especializada de la ONU en 1946. Sus objetivos principales son “promover los derechos laborales, fomentar oportunidades de empleo dignas, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar temas relacionados con el trabajo”¹⁰. En el año 1957 la Organización Internacional del Trabajo adoptó el Convenio 107, que consagraba de manera general algunos derechos de los pueblos indígenas sobre los territorios que habían habitado tradicionalmente, pero no tocaba el tema de la consulta a las comunidades como mecanismo de protección de esos derechos. El Convenio comenzó a ser blanco de críticas, por tender hacia la integración a la

modernidad de los pueblos indígenas, a los cuales denominaba “poblaciones”. Todo ello fue reconocido por una comisión de expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT en 1986¹¹. Como producto de la revisión del mencionado convenio, en el año 1989, la OIT adoptó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, uno de los instrumentos más antiguos e importantes de protección a las comunidades indígenas. Es una herramienta jurídica vinculante para los 20 países que lo han ratificado desde entonces, y por tanto sus contenidos se han convertido en obligaciones jurídicas de los Estados que son parte¹².

En materia de consulta previa, 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 (arts. 6 y 7) y la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (art. 15)¹³. 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 se 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”¹⁴.

Observaciones Individuales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) (1998-2009)

La CEACR fue establecida en 1926 para evaluar los informes de los Estados partes sobre los convenios que son auspiciados por la OIT. La Comisión, que está com-

⁹ Declaración de los Pueblos Indígenas, Acápite.

¹⁰ Organización Internacional del Trabajo, Acerca de la OIT, disponible en http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/lang-es/index.htm.

¹¹ Guía de Aplicación, Convenio 169, pág. 7; Organización Internacional del Trabajo, Convenio No. 107, disponible en <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang-es/index.htm>.

¹² Los Estados partes del Convenio 169 son: Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Holanda, Noruega, Paraguay, Perú, España y Venezuela.

¹³ Convenio 169, arts. 6, 7, 15.

¹⁴ Guía de Aplicación, Convenio 169, pág. 14.

puesta por 20 juristas de diferentes países, hace dos tipos de comentarios sobre la aplicación de convenios y recomendaciones por los Estados que son aplicables a la consulta previa: observaciones individuales y pedidos de información adicional. Las observaciones individuales son publicadas anualmente y consisten en comentarios sobre la aplicación del Estado parte de los convenios auspiciados por la OIT. En materia de consulta previa, se ha evaluado el cumplimiento del Convenio 169 por parte de los Estados en varias situaciones, desde el otorgamiento de licencias ambientales hasta decisiones sobre propiedad y proyectos extractivos. Las observaciones de la CEACR no son vinculantes, sino son indicadores del progreso de los Estados en la ejecución efectiva al nivel legislativo y práctico de sus compromisos bajo el Convenio.

En general, las observaciones de la CEACR interpretan ampliamente las disposiciones del Convenio, especialmente en el ámbito de las situaciones en las cuales debe realizarse la consulta, que la CEACR aplica, entre otras situaciones, a la adopción de disposiciones jurídicas sobre propiedad de la tierra, en actividades de prospección y explotación de recursos naturales, en el traslado de las comunidades y en la adopción, formulación y aplicación de medidas legislativas y administrativas, incluyendo los planes de desarrollo¹⁵. Adicionalmente, reconoce la importancia de las tierras tanto ocupadas como utilizadas por las comunidades, así como los derechos sobre la totalidad de los territorios habitados tradicionalmente por las mismas¹⁶.

Reclamaciones presentadas en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT (1996-2006)

Los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT reconocen el derecho de todas las organizaciones profesionales de empleadores o trabajadores de presentar reclamaciones contra los Estados Miembros por el incumplimiento de un Convenio de la OIT ante el Consejo de Administración de la misma organización. En el caso de presentarse una reclamación, se constituye un Comité Tripartito, compuesto de miembros del Consejo de Administración, para examinar la reclamación y presentar recomendaciones. Aunque las recomendaciones de los Comités Tripartitos no son de obligatorio cumplimiento, si la respuesta del Estado reclamado no es

satisfactoria, la reclamación y las recomendaciones correspondientes pueden ser publicadas por el Consejo de Administración¹⁷. Varias de las recomendaciones publicadas de los Comités Tripartitos sobre el cumplimiento del Convenio 169 por los Estados desarrollan el concepto de la consulta previa, su alcance y algunos aspectos del procedimiento que deben seguir los Estados para realizar una consulta eficaz y culturalmente adecuada.

Asamblea General de las Naciones Unidas

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración de los Pueblos Indígenas) (2007)

La Declaración de los Pueblos Indígenas fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2007 con 143 países a favor, cuatro en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos) y 11 abstenciones (Azerbaijan, Bangladesh, Bhutan, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Rusia, Samoa y Ucrania); 34 Estados no estuvieron presentes en la votación. Posteriormente, los gobiernos de Australia y Colombia también decidieron adherirse. Colombia, sin embargo, con las siguientes salvedades: No admite que deba obtenerse el consentimiento libre, previo e informado para ninguna situación, ni la desmilitarización del territorio indígena, como tampoco la propiedad de estos pueblos sobre el subsuelo. 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. La Declaración es el pronunciamiento más reciente e importante en materia de la consulta previa, pues 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 situaciones¹⁸. 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 informado¹⁹.

15 Ver, p.ej., Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, OIT, Observaciones Individuales sobre el Convenio No. 169, México, 1999; Perú, 1999; Costa Rica, 2001; Perú 2001.

16 Ver, p.ej., Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, OIT, Observaciones Individuales sobre el Convenio No. 169, Perú, 1999; Noruega, 2004; Bolivia, 2006; Colombia, 2007.

17 Organización Internacional de Trabajo, Procedimientos de la OIT por vía de Reclamación y Queja, disponible en <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/art2426s.htm>.

18 Declaración de los Pueblos Indígenas, arts. 10, 19, 28.

19 Declaración de los Pueblos Indígenas, art. 11.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

El Comité de Derechos Humanos es un órgano de monitoreo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de su Protocolo Facultativo, creado por el Pacto mismo. El Comité emite tres tipos de pronunciamientos: a) observaciones generales cuando estima oportuno aclarar alguna de las disposiciones del PIDCP (Art. 40.4 PIDCP); b) observaciones y recomendaciones a los países que son parte del PIDCP y que resultan de la revisión que el Comité hace de los informes periódicos que los Estados Parte envían sobre su cumplimiento del PIDCP; y c) sentencias sobre casos individuales de violaciones de los derechos contenidos en el PIDCP.

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. 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”²⁰. En su interpretación del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha reconocido el artículo 27 del documento, que protege los derechos individuales y culturales de las minorías, como una fuente de protección del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Interpretado junto con el reconocimiento del derecho a la libre determinación en el artículo primero del documento, el artículo 27 ha jugado un papel importante en el debate planteado al principio de esta parte sobre el significado del término “pueblos”.

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. Si bien el artículo hace referencia a derechos individuales sobre asuntos principalmente culturales, la Observación los extiende a las comunidades, pues resalta el deber de los Estados

de adoptar medidas positivas para proteger la identidad de la minoría como tal. 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 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 perfeccionándolos y a practicar su religión, en común con los otros miembros del grupo”²¹.

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 verse 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 afectan”²². De esta manera, la Observación afirma que los derechos consagrados en el artículo 27 del PIDCP sí implican el derecho de los grupos indígenas a participar en las decisiones que los afecten.

Adicionalmente, la Observación contribuye al debate general sobre la conexión entre el artículo 27 sobre los derechos de las minorías y el artículo primero, 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 Facultativo²³. 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 naturales²⁴.

²⁰ PIDCP, art. 27.

²¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23, párr. 6.2.

²² Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23, párr. 7.

²³ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23, párrs. 2, 3.1.

²⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23, párr. 3.2.

Observaciones finales a países (1997-2006)

Todos los Estados que han ratificado el PIDCP deben haber enviado un primer informe dentro del año siguiente a la ratificación²⁵. En la práctica, los informes periódicos de los países deben ser enviados cada cinco años. Con base en estos informes, el Comité emite observaciones finales a los países, que en el tema de consulta han recalcado la importancia de elaborar consultas antes de llevarse a cabo medidas legislativas y administrativas o proyectos de exploración y explotación que puedan afectar a los pueblos indígenas, de tal forma que se respeten sus derechos al territorio y como consecuencia el derecho a gozar de su propia cultura²⁶. Estas observaciones no son vinculantes para los Estados partes.

Sentencias del Comité de Derechos Humanos (1988-2000)

El Primer Protocolo Facultativo del PIDCP prevé la posibilidad y el procedimiento para que el Comité de Derechos Humanos reciba y considere comunicaciones de individuos sobre violaciones a los derechos del PIDCP²⁷. Si estas comunicaciones son admitidas por el Comité, se resuelven mediante sentencias del Comité que determinan si hubo o no violación de los derechos contenidos en el PIDCP y, en caso de haber violaciones, se hacen recomendaciones al Estado parte para repararlas²⁸.

La cantidad de quejas que ha recibido el Comité desde el momento en que inició sus actividades ha aumentado significativamente, tanto que para el año 2008 tenía 416 peticiones individuales pendientes²⁹. Las sentencias, si bien han establecido la necesidad de consultar a los pueblos indígenas frente a medidas susceptibles de afectarlos, también han determinado que sólo se ha cometido una violación de los derechos contenidos en el art. 27 del PIDCP cuando la interferencia del Estado en la ac-

tividad económica y modo de vida del grupo étnico es sustancial, al nivel de privar a las personas pertenecientes a las minorías del derecho a disfrutar de su cultura. Por lo tanto, la violación al mencionado artículo sólo se da cuando esté en juego la supervivencia de la cultura como resultado de un daño grave³⁰. Si bien estas sentencias no son vinculantes para el Estado parte, sí implican una obligación normativa de proveer las reparaciones necesarias al autor de la comunicación.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR)

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) fue constituido tras la entrada en vigor del Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de la Discriminación Racial en el año 1969, como su órgano de monitoreo. El CEDR, entre otros pronunciamientos, emite recomendaciones a los Estados partes, que proponen medidas específicas para dar cumplimiento al Convenio. Por otro lado, el CEDR también elabora recomendaciones generales sobre la aplicación de distintas disposiciones del Convenio y sobre situaciones de discriminación a grupos específicos. Además, el CEDR es competente para recibir casos y quejas individuales de discriminación racial de ciudadanos de los Estados partes del Convenio³¹. Hasta el momento, la jurisprudencia del CEDR basada en casos individuales relacionados con grupos indígenas o con consulta previa no es significativa.

Recomendaciones a los Estados del CEDR

Las recomendaciones a los Estados partes 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 estos 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"³². En materia

25 PIDCP, art. 40.1.a.

26 Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales a Australia (2000); Guyana (2000); Venezuela (2001); Suecia (2002); Surinam (2004); Canadá (2006); Estados Unidos (2006).

27 Naciones Unidas, Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entrado en vigor 1976 (de aquí en adelante Primer Protocolo Facultativo del PIDCP).

28 Primer Protocolo Facultativo del PIDCP.

29 Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Resumen estadístico de las quejas individuales consideradas por el Comité de Derechos Humanos con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2008, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/stat2.htm>.

30 Ver Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Anni Äärelä y Jouni Näkkäläjärvi v. Finlandia, U.N. Doc. CCPR/C/73/D/779/1997 (2001); Länsmann y otros c. Finlandia, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994); Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelandia, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), entre otras.

31 Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de la Discriminación Racial, 1969, art. 14.

32 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales sobre Surinam, CERD/C/64/CO/9, 28 de abril

de consulta, el CEDR ha emitido recomendaciones que exigen que existan procedimientos adecuados para realizarla y para lograr, en la medida de lo posible, un acuerdo³³. Las recomendaciones del CEDR no son jurídicamente vinculantes.

Recomendación General No. 23 del CEDR (1997)

La Recomendación General No. 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”³⁴. 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 ellos³⁵. 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 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados partes. 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 partes sobre el cumplimiento de las disposiciones del Pacto y realiza observaciones finales con respecto a los mismos. 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 existe un proyecto de Protocolo Facultativo que se lo permitiría³⁶.

de 2004, párrs. 11-12; ver también Decisión 1 (67) sobre Surinam, CERD/C/DEC/SUR/4, 1 de noviembre de 2005, párr. 4.

33 CEDR, Observaciones Finales sobre Surinam, 2004, párr. 13.

34 CEDR, Recomendación General No. 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 1997, párr. 4(d) (de aquí en adelante CEDR, Recomendación General No. 23).

35 CEDR, Recomendación General No. 23, párr. 5.

36 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Vigilancia del ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>.

Observaciones finales del CDESC (1989-2009)

Varias de las observaciones finales del CDESC instan a los Estados partes a consultar con los pueblos indígenas antes de adoptar decisiones que los afecten, y otros específicamente ordenan que se consiga el “pleno consentimiento”³⁷. En sus observaciones, referencia las disposiciones del Convenio 169, y 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 afecte, de conformidad con el Convenio No. 169 de la OIT”³⁸.

Relator 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 y realizar informes sobre los puntos anteriores. El Relator Especial fue nombrado por primera vez en 2001, y el Relator Especial actual - James Anaya - es el segundo en ocupar el cargo, que desempeña desde el primero de mayo de 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 con base 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, y de tener un bajo nivel de implementación³⁹, los informes del Relator tienen una gran fuerza política.

37 Ver, p.ej., CDESC, Observaciones finales a Ecuador, 2004, párr. 12.

38 CDESC, Observaciones finales sobre Colombia, 2001, párr. 33.

39 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Seguimiento, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/rapporteur/follow.htm>.

Informes del Relator Especial

El Relator ha desarrollado ampliamente el tema del derecho a la consulta tanto en expresarse sobre el efecto que debe tener la consulta en la práctica como en reforzar la necesidad de cumplir con el Convenio 169. En el año 2003, cuando aún se discutía el proyecto de la Declaración de los Pueblos Indígenas, 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”⁴⁰. En el año 2007, después de ser adoptada la Declaración, el Relator instó a los Estados a no imponer proyectos desde afuera, sino a garantizar que los contenidos y procedimientos del desarrollo sean participativos y que por lo tanto deben “contar con el consentimiento libre e informado de los pueblos y las comunidades indígenas, que deben participar en todas las fases del desarrollo”⁴¹ y que debe dársele prioridad a las políticas de desarrollo identificadas por los mismos pueblos indígenas⁴². En el mismo documento, el Relator citó el desarrollo del concepto del consentimiento libre, previo e informado por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, reforzando 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; debe obtenerse con suficiente antelación a cualquier autorización o inicio de actividades; debe obtenerse luego de proporcionar suficiente y amplia información comprensible y en el idioma del pueblo o comunidad afectada y debe obtenerse de las autoridades designadas por las mismas comunidades⁴³.

40 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, párrs. 66, 73.

41 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, párr. 18(b).

42 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, párr. 69.

43 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, párr. 23.

Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas

El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (Foro Permanente) es un órgano asesor del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC)⁴⁴. Su función es examinar cuestiones indígenas en los ámbitos de desarrollo económico y social, cultura, medio ambiente, educación, salud y derechos humanos para dar asesorías especializadas y recomendaciones sobre asuntos indígenas al Consejo y por conducto de éste, a programas, fondos y organismos de las Naciones Unidas⁴⁵. Desde el año 2002, el Foro Permanente se ha reunido en Nueva York anualmente para discutir asuntos que afectan a los pueblos indígenas del mundo y ha emitido múltiples recomendaciones como parte de sus informes finales de cada sesión de reuniones. Así mismo, ha elaborado varios talleres para proponer soluciones y métodos de trabajo en cuestiones de especial interés para los pueblos indígenas como la de conseguir el consentimiento libre, previo e informado de sus comunidades frente a medidas que las afecten.

Informes del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas (Foro Permanente)

Los informes sobre los períodos de sesiones del Foro Permanente propenden por 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 nivel local como en el 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”⁴⁶ y que ello es un principio para que los pueblos indígenas “puedan poseer, conservar y administrar sus territorios, tierras y recursos”, lo cual es imprescindible para “seguir existiendo con sus ca-

44 El Consejo Económico y Social (ECOSOC) fue establecido en el marco de la Carta de las Naciones Unidas como principal órgano para coordinar el trabajo de los organismos especializados y las comisiones orgánicas y regionales de las Naciones Unidas en los temas económicos y sociales. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Información Básica, disponible en <http://www.un.org/spanish/ecosoc/about/>.

45 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Foro Permanente: Origen y Desarrollo, disponible en http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/about_us.html.

46 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).

racterísticas propias⁴⁷. Los informes recomiendan a los Estados adoptar en su marco jurídico interno y sus planes de desarrollo el principio de consentimiento libre, previo e informado y que en virtud de este principio, los pueblos y comunidades indígenas deben participar en las decisiones y los beneficios que surjan de los programas que les afecten⁴⁸.

Las recomendaciones plasmadas en los informes del Foro Permanente no son vinculantes, sin embargo, las recomendaciones oficiales dirigidas a 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 indígenas⁴⁹. Adicionalmente, las recomendaciones que el Foro Permanente hace para otras agencias, fondos y programas de la ONU así como para gobiernos, organizaciones no gubernamentales indígenas y no indígenas, el sector privado y medios de comunicación, permiten la divulgación amplia de reglamento sus contenidos y como consecuencia, el ejercicio de presión política por parte de los diferentes actores interesados.

Taller del Foro Permanente sobre Metodología de Consentimiento Libre, Previo e Informado y Pueblos Indígenas (2005)

⁴⁷ Foro Permanente, Informe sobre el sexto período, párr. 6.

⁴⁸ Foro Permanente, Informe sobre el sexto período, párrs. 37, 78.

⁴⁹ Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Nuestro Trabajo, disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/es/ourwork.html>.

El Foro Permanente organizó un taller en el año 2005 con el fin de evaluar los instrumentos y prácticas relacionadas al 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 lograrlo. 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; los 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 pueblos⁵⁰. 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 la provisión de información completa sobre el motivo del proyecto, su naturaleza y alcance, los posibles riesgos y las posibilidades de beneficio para los pueblos afectados⁵¹. 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.

⁵⁰ Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Informe del Taller Internacional sobre Metodologías de Consentimiento Libre, Previo e Informado y Pueblos Indígenas, 2005, párr. 45.

⁵¹ Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Informe del Taller Internacional sobre Metodologías de Consentimiento Libre, Previo e Informado y Pueblos Indígenas, 2005, párr. 46.

Organización de los Estados Americanos y Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Organización de los Estados Americanos (OEA) reúne a los países del hemisferio occidental. Es el principal foro multilateral de la región, y se dedica a temas como el fortalecimiento de la democracia, la promoción de los derechos humanos y la lucha contra problemas compartidos. La Asamblea General de la OEA es el órgano a través del cual los países miembros establecen las políticas y los objetivos de la organización. Entre otras funciones, la Asamblea General adopta resoluciones, declaraciones y recomendaciones.

Varios de los Estados partes de la OEA han adoptado los instrumentos normativos regionales que conforman el sistema interamericano de derechos humanos, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otras Convenciones especializadas⁵². Estos

⁵² Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 1969.

instrumentos son los principales en crear el sistema interamericano de derechos humanos, lo que cuenta con dos órganos principales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No todos los Estados que hacen parte de la OEA⁵³ han ratificado la Convención Americana⁵⁴ ni han aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁵.

Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA)

En materia de la consulta previa y los pueblos indígenas, la Asamblea General de la OEA encargó a un Grupo de Trabajo la elaboración de un Proyecto de Declaración Americana sobre los Pueblos Indígenas en 1999. Este Grupo tenía como objetivo continuar la consideración del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1997. El Proyecto elaborado por la Comisión enfatiza la necesidad de lograr el consentimiento informado y la participación de los pueblos indígenas tanto en los proyectos de desarrollo de sus tierras y recursos como en el caso de proponer su reasentimiento, entre otras situaciones. El texto propuesto también incluye una amplia discusión de los derechos de los pueblos a sus tierras y territorios⁵⁶. Varios de las provisiones del Proyecto quedan en discusión, y el Proyecto todavía no ha sido aprobado por la Asamblea General⁵⁷.

53 Los Estados que hacen parte de la OEA son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

54 Los Estados que han ratificado la Convención Americana son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

55 Los Estados que han reconocido la competencia de la Corte son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela.

56 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, disponible en <http://www.cidh.org/indigenas/indigenas.sp.01/texto.htm>.

57 Los documentos del Grupo de Trabajo encargado con la elaboración del Proyecto y las resoluciones relacionadas se encuentran disponibles en http://www.oas.org/OASpage/Events/default.asp?eve_code=11.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue creada en el año 1959. Desde entonces su función ha sido la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo en esta materia. Cumple con ella 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 estos 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 la misma. La Comisión, 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 a las personas. Estas medidas son de obligatorio cumplimiento para los Estados que han aceptado la competencia de la Comisión al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Informes temáticos y de países

En materia de consulta, los informes redactados por la Comisión han interpretado de manera amplia las situaciones en que debe realizarse una consulta, especialmente para proyectos de infraestructura o de explotación de recursos dentro de territorios indígenas⁵⁸. En general, los informes sólo recomiendan lograr el consentimiento de los afectados cuando “sea jurídicamente necesario”⁵⁹ y tienen pocos avances en términos de reparaciones. Sin embargo, estos informes han sido importantes para la creación de nuevos instrumentos jurídicos, como la Declaración Universal de Pueblos Indígenas, así como la elaboración del concepto de consulta previa y las situaciones en las cuales es aplicable.

58 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú. Capítulo X, Los derechos de las comunidades indígenas, 2000.

59 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, Capítulo X, Los derechos de los indígenas en Colombia, 1999, párr. J(4).

Soluciones amistosas

Estas soluciones, que son vinculantes únicamente para las partes, no han realizado grandes avances en materia de consulta previa. Sin embargo, en algunos casos han recomendado medidas de reparación que incluyen la devolución de tierras⁶⁰ y en otros se han manifestado sobre el alcance de la consulta⁶¹, sumándose a la acumulación de pronunciamientos de derecho internacional que se han manifestado sobre estos temas.

Medidas cautelares

Las medidas cautelares son concedidas en casos de gravedad o urgencia a personas para evitar daños irreparables a las mismas, y toman la forma de una solicitud al Estado parte que adopte las medidas necesarias para evitar dicho daño. La Comisión ha concedido medidas cautelares en numerosos casos a personas pertenecientes a grupos indígenas por razones asociadas a la consulta previa, sin embargo, las razones principales por la cual se emiten las medidas cautelares generalmente están relacionadas a violaciones como la intimidación y hostigamientos a líderes⁶², los asesinatos⁶³ y las desapariciones⁶⁴. No obstante, algunas de las medidas cautelares concedidas por la Comisión han sido pasos previos importantes a los pronunciamientos más detallados de la Corte Interamericana sobre el tema específico de la consulta previa, como las medidas expedidas a favor del pueblo Saramaka para evitar los daños relacionados a la extracción de recursos de sus territorios⁶⁵ y las concedidas a favor del pueblo Enxet con relación a su desplazamiento forzado⁶⁶. Las medidas cautelares son de carácter obligatorio para los Estados implicados en la petición.

60 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad San Vicente los Cimientos v. Guatemala, Solución Amistosa, 2003.

61 En la solución amistosa del caso Mercedes Julia Huenteano Beroiza y Otras v. Chile en 2004, la Comisión reconoció la necesidad de hacer una consulta para el seguimiento y control de las obligaciones ambientales de una represa.

62 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Margarita Pérez Anchiraico y otros Comunidad San Mateo de Huanchor, Perú, 2006.

63 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Pueblo Indígena Wiwa, Colombia, 2005.

64 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Comunidad Indígena Sarayacu, Ecuador, 2003.

65 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Clanes Saramaka, Surinam, 2002.

66 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Comunidad Indígena Kelyenmagategma del Pueblo Enxet, Paraguay, 2004. La Comisión también ha concedido medidas cautelares importantes relacionadas al desplazamiento forzado del territorio de los pueblos Wiwa y Kankuamo de Colombia. Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Pueblo Indígena Wiwa, Colombia, 2005; Pueblo Indígena Kankuamo, Colombia, 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos nació de la Convención Americana de Derechos Humanos, que fue redactada en el año 1969. La Convención entró en vigor en el año 1978, y la Corte empezó a funcionar en el año 1979. Puede conocer de cualquier caso presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o por un Estado parte, siempre que éste haya reconocido su competencia, y el caso pueda ser interpretado bajo las disposiciones de dicha Convención. La Corte puede, en casos en que decida que hay violación a algún derecho, ordenar que se garantice el goce del derecho y, según el caso, disponer reparaciones. La Corte también tiene la competencia de conceder medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a las personas⁶⁷.

Sentencias

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una de las fuentes de derecho internacional más garantistas en materia de consulta previa. En general, las sentencias de la Corte tienden a determinar con alto nivel de detalle los casos en los cuales debe realizarse la consulta; establecen en algunos casos la necesidad de ir más allá de la mera consulta, destacando la necesidad de obtener el consentimiento libre, previo e informado⁶⁸; desarrollan el concepto del territorio para las comunidades indígenas de acuerdo con su espiritualidad y cultura; y, entre otros aspectos, desarrollan el tema de reparaciones más que la mayoría de las fuentes de derecho internacional, ordenando la devolución de tierras y otras formas de reparaciones no pecuniarias, así como las indemnizaciones⁶⁹. La doctrina jurisprudencial de la Corte es vinculante para los Estados partes.

Medidas provisionales

El inciso segundo del artículo 63 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece que la Corte puede tomar medidas provisionales en casos de extrema urgencia y gravedad en dos circunstancias:

67 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Denuncias y consultas ante el Sistema Interamericano, disponible en http://www.corteidh.or.cr/denuncias_consultas.cfm.

68 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Saramaka v. Surinam, 2007.

69 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Yakye Axa v. Paraguay, 2004; Sawhoyamaya v. Paraguay, 2006; Saramaka v. Surinam, 2007.

en los casos que conoce, o a petición de la Comisión. Estas medidas son de carácter vinculante para el Estado. Pocas de ellas se relacionan con el tema de consulta, y generalmente dada su naturaleza tienen pocos avances en términos de protección del derecho a la consulta. No obstante, algunas medidas han reconocido la especial y

sagrada relación que tienen los pueblos con su tierra⁷⁰, aunque no van más allá de la jurisprudencia de la Corte en las garantías que ofrecen en la materia.

⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Provisionales, Pueblo Indígena Sarayaku v. Ecuador, 2004; Pueblo Indígena Kankuamo v. Colombia, 2003.

Organismos financieros multilaterales

Los organismos multilaterales financieros como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo han emitido políticas y estándares sobre pueblos indígenas y consulta previa que tienen dos tipos de implicaciones: condicionan los préstamos a determinados proyectos a su cumplimiento o sirven como mecanismos de auto-evaluación de las actividades realizadas por los mismos organismos. Dichos pronunciamientos constituyen derecho blando y por lo tanto no son jurídicamente vinculantes para los Estados, y su cumplimiento por los organismos depende del ejercicio de control y monitoreo por los organismos mismos. Sin embargo, conocerlos es pertinente por tres razones principales: porque dichos organismos suministran crédito a proyectos de desarrollo que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas y sus territorios; porque frecuentemente realizan sus actividades en torno al desarrollo y la lucha en contra de la pobreza, lo cual implica que tomen posturas en torno a los temas indígenas; y porque sus posturas y políticas formales pueden servir como herramientas políticas para los pueblos indígenas y sus aliados, quienes pueden utilizarlas para ejercer presión sobre los organismos y los Estados en los cuales financian proyectos.

Banco Mundial

El Banco Mundial es un organismo multilateral que presta asistencia financiera y técnica a países en desarrollo o transición con el objetivo de reducir la pobreza a través del logro de los objetivos de desarrollo del milenio. Más de 180 países participan en el Banco como accionistas.

El Banco ha emitido varias políticas operacionales que elaboran en detalle la política del funcionamiento del Banco en sus operaciones financieras y técnicas, algunas de las cuales establecen criterios para la realización de la consulta previa con pueblos indígenas en el marco de los proyectos de desarrollo financiados por el Banco. Adicionalmente, el Banco realizó un análisis extensivo de sus actividades en el área de la industria extractiva, que fue completado en el año 2004. Dicho análisis identificó varios problemas y retos para el tra-

bajo del Banco en el área, que dieron lugar a una respuesta elaborada por el Banco, que incluye compromisos relacionados con el tema de la consulta previa en el análisis y la realización de futuros proyectos.

La Corporación Financiera Internacional (CFI) es una institución afiliada con el Grupo del Banco Mundial, creada en 1956, que tiene como finalidad fomentar las inversiones del sector privado en países en desarrollo, en la medida en que otorga préstamos y brinda asesoría a empresas privadas. La CFI ha emitido varias recomendaciones sobre las prácticas del sector privado en cuanto a las consultas que realizan con los actores afectados por sus proyectos.

Política Operacional OP 4.01 (2005)

La Política Operacional OP 4.01, referida principalmente sobre evaluación ambiental, establece el marco normativo del Banco que pone condiciones al financiamiento de proyectos que afecten a grupos indígenas. Este documento reemplaza la Directriz Operativa 4.20 de 1991 sobre pueblos indígenas y define con mayor claridad los requisitos de los procesos consultivos⁷¹. En este documento, el Banco ordena que para el financiamiento de ciertas clases de proyectos debe realizarse un proceso de consulta con los grupos afectados en las etapas de estudio, toma de decisiones y ejecución de proyectos que les afecten⁷².

Respuesta a Informe Final de la Reseña de las Industrias Extractivas (2004)

El Informe Final de la Reseña de las Industrias Extractivas del Banco Mundial, presentado en el año 2004, provocó una aceptación de las conclusiones por el Grupo del

⁷¹ Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Primer período de sesiones, Examen de las actividades del sistema de Naciones Unidas relacionadas con los pueblos indígenas, 2002, E/CN.19/2002/2/Add.12.

⁷² Banco Mundial, Política Operacional OP 4.01, Evaluación Ambiental, párrs. 15-20.

Banco Mundial, así como varios cambios de política y de prioridades. La Respuesta del Equipo de Gestión del Grupo del Banco Mundial contiene varias precisiones sobre cómo el Grupo el Banco Mundial se compromete a dirigir sus decisiones hacia las recomendaciones del Informe Final de la Reseña. La Respuesta declara que el Banco Mundial seleccionará sus inversiones a la industria extractiva con mayor rigor, aceptando solamente proyectos “que obtengan un amplio apoyo de las comunidades afectadas [a través de] un proceso de consulta libre, previo y documentado a las comunidades afectadas”⁷³. Adicionalmente, establece que estas comunidades deben participar de los beneficios.

Manual de prácticas recomendadas para las empresas que hacen negocios en mercados emergentes (Corporación Financiera Internacional)

La Corporación Financiera Internacional, como institución afiliada con el Grupo del Banco Mundial que se ocupa del sector privado, preparó un Manual en el año 2007 que ofrece principios generales sobre relaciones comunitarias para empresas que hacen negocios en “mercados emergentes”⁷⁴. El Manual incluye recomendaciones sobre cómo entablar relaciones duraderas con todos los actores potencialmente afectados por los proyectos del sector privado, así como recomendaciones especiales sobre grupos particulares, entre ellos, los grupos indígenas. Con respecto a las recomendaciones generales, el Manual señala que es fundamental divulgar información desde el principio y de manera efectiva, consultar con las comunidades afectadas, realizar negociaciones de buena fe, elaborar informes para las comunidades afectadas, permitir a los interesados realizar seguimientos al proyecto, así como tener una buena gestión de reclamaciones⁷⁵. Con respecto a las comunidades indígenas, el Manual señala que las comunidades indígenas pueden verse expuestas a riesgos particulares por los proyectos realizados, y que un proceso de consulta más a largo plazo debe ser diseñado como uno de los primeros pasos cuando el proyecto afectare a estos grupos o las tierras que habitan tradicionalmente. El Manual también enfatiza la importancia

⁷³ Equipo de Gestión del Grupo del Banco Mundial, *Hacia un Mejor Equilibrio: El Grupo del Banco Mundial y las Industrias Extractivas, Informe Final de la Reseña de las Industrias Extractivas, Respuesta del Equipo de Gestión del Grupo del Banco Mundial*, 2004, pág. vi.

⁷⁴ Corporación Financiera Internacional, *Relaciones con la comunidad y otros actores sociales: Manual de prácticas recomendadas para las empresas que hacen negocios en mercados emergentes*, 2007, págs. 33-43.

⁷⁵ Corporación Financiera Internacional, *Relaciones con la comunidad y otros actores sociales: Manual de prácticas recomendadas para las empresas que hacen negocios en mercados emergentes*, 2007, págs. 33-43.

de identificar a los representantes legítimos, en lograr una comunicación culturalmente apropiada y en compartir la responsabilidad de la consulta y de la divulgación con el gobierno⁷⁶.

Si bien el Manual establece aspectos procedimentales importantes con respecto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que debe realizarse la consulta previa, su objetivo principal es evitar conflictos con las comunidades afectadas y así lograr mejores resultados a largo plazo en la ejecución del proyecto. Por lo tanto, establece recomendaciones de medio, pero sus recomendaciones sobre los resultados de la consulta enfatizan que la implementación de los mismos no es de carácter obligatorio para la empresa⁷⁷.

Banco Interamericano de Desarrollo

El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) presta recursos financieros a gobiernos centrales, alcaldías y empresas, y otorga donaciones a diferentes países en América Latina y el Caribe. Además presta asistencia técnica en diferentes áreas como reducción de la pobreza, educación y actividades agropecuarias. El BID ha emitido varios pronunciamientos y políticas relacionadas al tema de la consulta previa y los pueblos indígenas.

Estrategias y Procedimientos para Temas Socio-culturales en Relación con el Medio Ambiente (1990)

Esta política fue emitida por el Comité del Medio Ambiente del BID en 1990, de la cual fueron tomados muchos elementos para la política específica para pueblos indígenas en el año 2006. La Estrategia reconoce los derechos de los pueblos indígenas sobre el territorio y los recursos existentes en ello, y expresa la “necesidad de consultar a los grupos indígenas directa o indirectamente afectados por las operaciones financiadas por el Banco y de hacerlos participar en las etapas de identificación, diseño, análisis, ejecución y evaluación”, pero no especifica los efectos que se esperan de dicha consulta⁷⁸.

⁷⁶ Corporación Financiera Internacional, *Relaciones con la comunidad y otros actores sociales: Manual de prácticas recomendadas para las empresas que hacen negocios en mercados emergentes*, 2007, págs. 47-52.

⁷⁷ Corporación Financiera Internacional, *Relaciones con la comunidad y otros actores sociales: Manual de prácticas recomendadas para las empresas que hacen negocios en mercados emergentes*, 2007, pág. 40.

⁷⁸ Banco Interamericano de Desarrollo, *Comité de Medio Ambiente, Estrategias y Procedimientos para Temas Socio-culturales en Relación con el Medio Ambiente*, 1990.

Política Operativa Sectorial sobre el Reasentamiento Involuntario (1998)

Esta estrategia, que fue emitida por el BID en el año 1998, en materia de consulta, sólo ordena consultar a las comunidades afectadas cuando ya existe una decisión de implementar un proyecto y de elaborar un plan de reasentamiento. Los resultados de la consulta no son obligatorios, pero “el plan de reasentamiento incluirá los resultados de las consultas que se realicen de una manera oportuna y socioculturalmente adecuada con una muestra de personas representativas de las comunidades desplazadas y receptoras”⁷⁹.

Política Operativa sobre Pueblos Indígenas (2006)

Esta Política fue emitida por la Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario del Banco Interamericano de Desarrollo y aprobada por el Directorio Ejecutivo del BID en el año 2006. Recoge varias de las disposiciones de las políticas anteriormente señaladas y expedidas por el BID. A diferencia de ellas, contempla un universo más amplio de situaciones en las que debe realizarse la consulta previa, y determina que la misma debe realizarse a través de procesos socioculturalmente apropiados “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento”⁸⁰.

Otros instrumentos sobre responsabilidad empresarial

Las empresas transnacionales y nacionales, como principales ejecutores o co-ejecutores con los Estados de los proyectos que afectan a los territorios de los pueblos indígenas, son actores claves para el reconocimiento efectivo del derecho a la consulta previa. En los últimos años, el sector privado ha emitido varios pronunciamientos sobre el tema de la consulta. A pesar de no ser vinculantes y de la necesidad de que la empresa se auto-evalúe para resultar efectivos, dichos pronunciamientos son pasos importantes en el reconocimiento más amplio del derecho a la consulta y de las responsabilidades del sector privado, en cooperación con los Estados, de asegurar su realización plena y efectiva. Los siguientes pronunciamientos son ejemplos de este creciente reconocimiento.

79 Banco Interamericano de Desarrollo, Política Operativa OP-710, Reasentamiento Involuntario, Política operativa y documento de antecedentes, 1998, V(2).

80 Banco Interamericano de Desarrollo, Política Operativa sobre Pueblos Indígenas y Estrategia para el Desarrollo Indígena, 2006, págs. 7-12.

International Petroleum Industry Environmental Conservation Association (IPIECA) y The International Association of Oil and Gas Producers (OGP), Key Questions in Managing Social Issues in Oil and Gas Projects (2002)

La International Petroleum Industry Environmental Conservation Association (IPIECA) es una organización internacional que representa a las industrias del petróleo y gas en asuntos medioambientales, y la International Association of Oil & Gas Producers (OGP) es una asociación que agrupa a las compañías privadas y públicas más importantes de la industria del petróleo y el gas, a sus asociaciones regionales y a sus contratistas y proveedores. Las dos asociaciones en conjunto elaboraron un documento llamado “Key Questions in Managing Social Issues in Oil and Gas Projects”, que menciona la importancia de que las comunidades afectadas por sus proyectos den su consentimiento libre e informado⁸¹. Sin embargo, no exige que la consulta tenga el fin de lograr un acuerdo ni el consentimiento de los pueblos indígenas para la implementación de los proyectos, ni para la reubicación de las comunidades, aunque admite que los proyectos tendrán más posibilidad de ser exitosos si se obtiene este consentimiento.

Informe Final, Comisión Mundial de Represas

La Comisión Mundial de Represas fue un organismo mixto, conformado de forma temporal por representantes del sector civil, el sector privado, los Estados e instituciones multilaterales financieras, cuya función era analizar y evaluar los asuntos más importantes y controversiales asociados con las represas de gran escala. Como parte de su labor, la Comisión elaboró un informe final, que reconoció la necesidad de lograr el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas y tribales afectados por la construcción de represas a gran escala⁸². El documento también enfatizó la importancia de consultar a los pueblos a través de sus representantes formales e informales.

81 International Petroleum Industry Environmental Conservation Association (IPIECA) y The International Association of Oil and Gas Producers (OGP), Key Questions in Managing Social Issues in Oil and Gas Projects (2002), sección 3.4.

82 Ver World Commission on Dams, Dams and Development: A New Framework for Decision-Making, 2000.

SEGUNDA PARTE

Los temas claves de la consulta previa en el derecho internacional

Como se explicó en la introducción a este texto, además de la dispersión de fuentes normativas que documentamos en la sección anterior, una de las principales dificultades para la aplicación del derecho a la consulta previa es la complejidad del problema jurídico, político y social que trata. Esa complejidad es exacerbada, como también se mencionó en la sección introductoria, por el hecho de que, usualmente, los juristas, funcionarios públicos, analistas y activistas tratan el problema de la consulta previa como si fuera uno sólo y, por tanto, requiriera un análisis y una solución monolíticos.

Contra esta concepción, este texto sostiene que el análisis riguroso del derecho internacional sobre la consulta previa requiere no sólo de una reconstrucción del panorama de normas que existen sobre el tema, sino también de un examen detallado y específico de cada uno de las preguntas difíciles que suscita la consulta previa. De esta forma, en lugar de un estudio global del tema, se requiere un análisis desagregado de los temas y pasos fundamentales de la consulta, y de las

repercusiones que tienen para los Estados, los pueblos indígenas, el sector privado y otros actores.

Por las razones explicadas en la introducción, se han escogido seis temas para este tipo de análisis detenido: (1) el ámbito territorial de la consulta, (2) las situaciones a las que se aplica la consulta previa, (3) los participantes en la consulta, (4) el procedimiento que ésta debe seguir, (5) los efectos de la consulta previa y la ejecución de sus resultados y (6) las reparaciones de los daños ocasionados por la falta de consulta o la realización de una consulta inadecuada. A continuación, se presentarán estos ejes a través de una discusión de los debates y normas relevantes relacionados con ellos. Como en la primera parte del texto, el orden de presentación de las fuentes de derecho internacional dentro de cada acápite responderá al grado de obligatoriedad de las mismas. En primer lugar se analizarán las que vinculan al Estado, luego el derecho emergente, y por último, cuando haya lugar, las normas internacionales de “derecho blando”.

Tierras, territorios y los pueblos indígenas

El tema de la consulta previa está intrínsecamente vinculado con el de las tierras y territorios de los pueblos indígenas. El vínculo es muy estrecho por dos razones básicas: en primer lugar, por la especial relación cultural, económica, espiritual que los pueblos indígenas tienen con su territorio, la cual indica la importancia crucial del tema de la consulta previa en cualquier proyecto o medida que afecte su territorio y su relación con éste. En segundo lugar, por el gran número de proyectos y medidas existentes y potenciales, sujetos a

consulta previa que son susceptibles de tener implicaciones y efectos significativos dentro de los territorios indígenas y sobre los recursos existentes en ellos. Por esas razones, la mayoría de los pronunciamientos del derecho internacional sobre consulta previa hacen alusión a la importancia de las tierras, los territorios y los recursos para los pueblos y comunidades indígenas, y a los efectos que esa relación tiene en la consulta previa y los derechos y deberes que surgen de ella.

Conocer el concepto de territorio, tierras y recursos que han adoptado los diferentes pronunciamientos del derecho internacional, los derechos que han otorgado a los pueblos indígenas sobre éstos y correlativamente los deberes que les han atribuido a los Estados es pertinente para comprender las situaciones en que debe realizarse la consulta previa y los efectos que de ella se esperan. Este texto busca aclarar este contexto, y con este fin cuenta con dos partes. En primer lugar, se analizarán los derechos de los grupos indígenas sobre sus tierras y territorios y los deberes del Estado con respecto a la protección de estos derechos. Luego, se presentará el tema de los derechos sobre los recursos existentes en estos territorios y tierras.

Derechos y deberes con respecto a las tierras y los territorios

Significado de las tierras y territorios y derechos de los pueblos y comunidades indígenas sobre ellos

Aunque a simple vista, tierras y territorios de los pueblos indígenas parezcan sinónimos, es importante aclarar el sentido y alcance de cada uno por las implicaciones que tienen las diferencias entre los conceptos y la percepción que tienen los pronunciamientos de derecho internacional sobre los mismos y sobre los derechos y deberes que de allí se desprenden.

En general, el concepto de “tierras” tradicionalmente ha sido delimitado física y jurídicamente en cabeza de una persona natural o jurídica, mientras el de “territorio” abarca un área difusa, definida en virtud de usos y ocupaciones realizadas por todo un pueblo. El Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos describió el territorio de la siguiente manera: “Inicialmente debe decirse que el territorio es un espacio geográfico en el cual se desenvuelve la dinámica de las sociedades indígenas, y con el cual está vinculada la cultura, la historia y la identidad de un grupo determinado. Este espacio es reclamado como un derecho colectivo, indispensable para la sobrevivencia, identidad y reproducción como pueblos diferenciados”⁸³. Puede decirse entonces, que la adopción del término “territorio” en el derecho internacional atribuido a los grupos indígenas implica que para estos grupos existe un vínculo especial y colectivo con las tierras, del cual depende su supervivencia física y cultural.

83 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Encuentro Estratégico de Organizaciones-Redes por la Incidencia, Costa Rica, 19 a 21 de agosto de 2003, Avances de la Legislación de Paraguay y Panamá sobre Tierra y Territorio de los Pueblos Indígenas, Documento preliminar, “Tierra y Territorialidad Indígena en el Paraguay,” Rodrigo Juan Villagra Carrón; “Tierra y Territorio Indígena en Panamá,” Héctor Huertas.

El Convenio 169 de la OIT es muy enfático en este sentido, pues su artículo 13.1 manifiesta que “[a]l aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”⁸⁴. Insiste en la aplicación de las provisiones del Convenio a los territorios de los pueblos indígenas, enfatizando que “[l]a utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”⁸⁵.

El vínculo especial y colectivo de los pueblos indígenas con sus territorios ha sido reconocido por la mayoría de pronunciamientos de derecho internacional sobre el tema indígena y es fundamental para comprender los impactos de los proyectos y medidas sujetos a consulta previa sobre los pueblos y comunidades indígenas, 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 trasmite de generación en generación en función del entorno ambiental⁸⁶. También se han protegido aspectos muy espirituales de este vínculo, por ejemplo el culto a los muertos dentro del territorio, que para la comunidad N’djuka de Surinam, son importantes para mantener la paz y la salud entre la comunidad⁸⁷. 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”⁸⁸.

84 Convenio 169, art. 13.1.

85 Convenio 169, art. 13.2.

86 Corte IDH, Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay, 2004.

87 Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam, 2005.

88 Corte IDH, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, 2001, párr. 149. Ver también Corte IDH, Comunidad Moiwana v. Surinam, 2005, párr. 131; Corte IDH, Medidas Provisionales, Pueblo Indígena Sarayaku v. Ecuador, 2005.

La Corte también ha enfatizado la importancia del concepto colectivo que mantienen muchas comunidades indígenas sobre sus territorios, recalando 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 respecto⁸⁹. 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”⁹⁰.

Con respecto al derecho a la propiedad colectiva, la Corte, en la mayoría de los casos relacionados con territorios de comunidades indígenas, ha aplicado el artículo 21 de la Convención Americana. Este artículo no protege explícitamente la propiedad colectiva, sino el derecho personal sobre el uso y goce de los propios bienes⁹¹, pero la Corte la hace extensiva a ésta, armonizando la disposición con la normatividad nacional cuando se reconoce internamente este 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. La Corte, en diferentes casos, ordena 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.

Este es el caso, por ejemplo, de la sentencia *Yakye Axa v. Paraguay*, en la cual la Corte se pronuncia sobre las tierras de la comunidad Yakye Axa, que habían sido vendidas a finales del siglo XIX en la bolsa de valores de Londres y adquiridas por diferentes empresarios británicos. Los indígenas fueron empleados como mano de obra en las estancias, sin remuneraciones adecuadas, y las mujeres sufrían de abusos por parte de los obreros. A finales de los años setenta, se trasladaron a la Estancia El Estribo, propiedad de la iglesia anglicana, en donde existía un proyecto productivo para los indígenas del Chaco. Sin embargo, el entorno natural era muy diferente al que conocían y los recursos no alcanzaban para su subsistencia. En el año 1993, la comunidad decidió iniciar un proceso de reivindicación de

las tierras. La mayoría de los miembros abandonaron “El Estribo” y se asentaron en la carretera en frente de la Estancia “Loma Verde” que tradicionalmente habían habitado.

La Corte Interamericana determina que en este caso hubo una violación al derecho a la propiedad colectiva privada entendiendo que el artículo 21 de la Convención Americana debe interpretarse armónicamente con otros instrumentos jurídicos, en particular el Convenio 169 de la OIT. 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 incorporales relacionados con ello⁹². 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”⁹³.

Por su parte, la Declaración de los Pueblos Indígenas no sólo presupone esta relación especial con las tierras, sino que también otorga el derecho de mantenerla y fortalecerla, manifestando que los pueblos “tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”⁹⁴.

Incluso, pronunciamientos de derecho suave son conscientes de la importancia de esta relación. Al respecto, el Foro Permanente ha manifestado lo siguiente: “El derecho y el acceso a la tierra, así como el control sobre ella y sus recursos, son necesidades centrales para los pueblos indígenas de todo el mundo, que dependen de ese derecho y ese acceso para sobrevivir tanto en el plano material como en el cultural”⁹⁵. El Banco Mundial en su Política Operacional 4.10 de 2005 sobre poblaciones indígenas ha señalado la importancia de reconocer y proteger el estrecho vínculo de las poblaciones indígenas con sus tierras, sus bosques, el agua, la vida salvaje y otros recursos naturales⁹⁶. Por su lado, el Banco

89 Corte IDH, *Sawhoyamaxa v. Paraguay*, 2006, párr. 119.

90 Corte IDH, *Comunidad Moiwana v. Surinam*, 2005, párr. 133.

91 Convención Americana, art. 21. Derecho a la Propiedad Privada:

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

92 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 incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana

93 Corte IDH, *Yakye Axa v. Paraguay*, 2004, párr. 143. Ver también Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, 2007.

94 Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 25.

95 Foro Permanente para las Cuestiones de los Pueblos Indígenas, Informe del sexto período de sesiones, 2007.

96 Banco Mundial, OP 4.10 - Indigenous Peoples, 2005.

Interamericano de Desarrollo ha señalado que para las comunidades indígenas “la tierra [es] el elemento fundamental en la supervivencia física y en la viabilidad socio-cultural en virtud de las poderosas interrelaciones que existen entre la administración de los recursos económicos, la organización socio-política y de parentesco y la cosmogonía, y el territorio que tradicionalmente ocupan”⁹⁷.

De aquí se desprende que el derecho sobre tierras y territorios no se subordina a la existencia de una propiedad formal o del reconocimiento jurídico de la comunidad. El Convenio 169 de la OIT en el artículo 14 protege el derecho de propiedad y de posesión, pero además el derecho a utilizar las tierras que las comunidades ocupan de manera compartida con otros, así como aquellas que sencillamente utilizan, pero no ocupan permanentemente⁹⁸. Esta interpretación ha sido afirmada por la CEACR en varias observaciones individuales a países⁹⁹. La Declaración de los Pueblos Indígenas señala que estos pueblos “tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido” y que, como consecuencia, tienen “derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar” estas tierras, territorios y recursos¹⁰⁰. De igual forma, la Observación General No. 23 del CEDR enfatiza que los derechos sobre los territorios aplican a las tierras y territorios poseídos, ocupados o utilizados por los pueblos indígenas¹⁰¹.

De la misma manera, en los casos *Awas Tingni vs. Nicaragua*, *Moiwana vs. Surinam* y *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, entre otros, la Corte Interamericana ha dejado claro que la posesión de la tierra ancestral debería bastar para obtener el reconocimiento oficial de

la propiedad. En *Awas Tingni vs. Nicaragua*, declaró 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 título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”¹⁰².

En el caso *Sawhoyamaxa v. Paraguay*, la Corte reconoce las tensiones que existen entre el otorgamiento de derechos a los pueblos sobre tierras ancestralmente ocupadas para las que los mismos no tienen título, por un lado, y los posibles derechos de terceros sobre las mismas, por el otro. Sin embargo, establece claramente que dichas tensiones no deben convertirse en excusas jurídicas para denegar 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”¹⁰³. En su análisis de la jurisprudencia anterior de la Corte, la sentencia de *Sawhoyamaxa* afirma que:

“1) 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”¹⁰⁴.

Es muy importante tener en cuenta que la protección de los derechos sobre la tierra y los territorios no se limita a los pueblos que los han ocupado ancestralmente. Un ejemplo es el caso de *Saramaka vs. Surinam*, en el cual figura el pueblo *maroon* *Saramaka*, descendiente de

97 Banco Interamericano de Desarrollo, *Estrategias y Procedimientos para Temas Socio-culturales en Relación con el Medio Ambiente*, 1990.

98 Convenio 169, art. 14: “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes”. Eso lo confirma el Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, quien afirma que “los derechos indígenas de propiedad sobre sus tierras se deberán considerar derechos humanos en todo tiempo, con independencia de que estén o no jurídicamente reconocidos”. Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Informe temático, 2003.

99 Ver, p. ej., CEACR, *Observaciones Individuales sobre el Convenio No. 169*, México 1999; Noruega 2004 (afirmando que se puede reclamar como tierras propias, tierras sujetas a una larga ocupación por la comunidad); Bolivia 2006; Colombia 2007.

100 Declaración de los Pueblos Indígenas, 2008, art. 26.

101 CEDR, *Observación General No. 23*, art. 5.

102 Corte IDH, *Awas Tingni v. Nicaragua*, 2001, párr. 151; ver también *Moiwana v. Surinam*, 2005, párr. 131.

103 Corte IDH, *Sawhoyamaxa v. Paraguay*, 2006, párr. 138.

104 Corte IDH, *Sawhoyamaxa v. Paraguay*, 2006, párr. 128.

esclavos africanos y por lo tanto no tradicionalmente de la región, sino llevado a ella en el tiempo de la colonización. El Estado concedió diferentes concesiones de explotación minera y maderera en el territorio de los Saramaka 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 Saramaka. La Corte extendió los derechos colectivos de propiedad “a los pueblos tribales [como el pueblo Saramaka] 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”¹⁰⁵. 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, igual que en el caso de los pueblos indígenas que han ocupado ancestralmente la tierra.

Deberes del Estado con respecto a la protección de 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, consiste de varios deberes importantes. En lo que sigue serán analizados tres: en primer lugar, el deber de adjudicar las tierras y territorios a los pueblos indígenas, que se cristaliza en la adopción de un marco normativo adecuado y en la obligación de delimitar, demarcar y titular las tierras. En segundo lugar, será analizado el deber de proteger contra acciones de terceros que amenacen o vulneren los derechos sobre las tierras y territorios y, en tercer lugar, la obligación de disponer de mecanismos efectivos para la reclamación de tierras.

Deber del Estado de adjudicar las tierras y territorios

El Estado tiene el deber de tomar acciones para garantizar el derecho a la propiedad de la tierra tradicionalmente ocupada por pueblos o comunidades indígenas. Asimismo, en determinados casos debe garantizar la posesión o uso de los territorios o recursos que no ocupan permanente o exclusivamente. El Convenio 169 de la OIT es claro en afirmar que “[l]os gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan

tradicionalmente”¹⁰⁶. Esta manera de determinar las tierras no es especificada por el Convenio, que le da al Estado la discrecionalidad de encontrar la mejor manera de lograrlo. La Declaración de los Pueblos Indígenas, sin embargo, afirma que “[l]os Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos”¹⁰⁷ y enfatiza la importancia de la participación de los grupos afectados en este proceso:

“Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso”¹⁰⁸.

Numerosos pronunciamientos destacan el deber de realizar las actuaciones concretas de delimitar, demarcar, titular las tierras. En el caso *Yakye Axa* narrado en el punto anterior, la Corte Interamericana afirma que el derecho de las comunidades a sus tierras corresponde a la obligación del Estado de delimitar, demarcar y titular el territorio de dichas comunidades, y ordena realizar esto al Estado paraguayo¹⁰⁹. En el caso *Awas Tingni v. 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 ordenó al Estado “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”¹¹⁰.

Sin embargo, la delimitación, demarcación y titulación de las tierras ocupadas tradicionalmente por las comunidades indígenas resulta problemática cuando particulares tienen derechos de propiedad sobre las mismas, derechos que también están amparados por el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este caso lo analiza la Corte Interamericana en la sentencia de *Yakye Axa*, 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

¹⁰⁶ Convenio 169, art. 14.

¹⁰⁷ Declaración de los Pueblos Indígenas, art. 26.

¹⁰⁸ Declaración de los Pueblos Indígenas, art. 27.

¹⁰⁹ Corte IDH, *Yakye Axa v. Paraguay*, párr. 215.

¹¹⁰ Corte IDH, *Awas Tingni v. Nicaragua*, párrs. 153, 164.

¹⁰⁵ Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, 2007, párr. 86.

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 democrática¹¹¹. Asimismo, la Convención prevé el caso en el que el derecho a la propiedad privada se subordine a un interés social¹¹².

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha notado deficiencias de los Estados para delimitar, demarcar y titular las tierras y ha aconsejado en varios de sus informes que los Estados adelanten medidas normativas y financieras con este fin y en general para dar seguridad jurídica a las comunidades sobre sus tierras¹¹³. En los capítulos sobre comunidades indígenas de los informes sobre los Estados, la Comisión afirma que el Estado debe “solucionar conflictos de dominio, garantizar y dar certeza jurídica a las comunidades indígenas respecto del dominio de sus propiedades; y (...) proveer tierras estatales a las comunidades que las necesiten para su desarrollo”¹¹⁴, así como restituirse y otorgarse gratuitamente “tierras en extensión y calidad suficiente para la conservación y desarrollo de sus formas de vida”¹¹⁵. También recomienda asegurar los fondos para cumplir con lo anterior¹¹⁶.

El Foro Permanente, por su parte, también enfatiza la creación normativa y el apoyo técnico y financiero a los pueblos para lograr la demarcación de sus tierras, y recomienda que:

“los Estados, en consulta con los pueblos indígenas interesados, presten asistencia financiera y técnica a los pueblos indígenas a fin de que se demarquen los límites de sus tierras comunitarias y que, con carácter de urgencia, terminen la elaboración del marco jurídico y normativo necesario para el registro de los títulos de propiedad colectivos; también les recomienda que presten apoyo a los pueblos indígenas en la preparación de sus solicitudes para obtener títulos de propiedad colectivos”¹¹⁷.

Protección contra terceros

La protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios implica necesariamente la protección en contra de actos de terceros que afecten estos derechos. El Convenio 169 dispone que “[d]eberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos”¹¹⁸. Para ello, la Guía de Aplicación del Convenio 169 declara que los gobiernos deben tomar medidas, entre ellas sanciones, para disuadir a otros ciudadanos a invadir tierras de comunidades indígenas sin su autorización¹¹⁹. Por su parte, la Declaración de los Pueblos Indígenas establece que los Estados deberán tomar las medidas de prevención y resarcimiento por “[t]odo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos”¹²⁰.

En el caso de *Sawhoyamaya v. 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 terceros¹²¹. Si bien la Corte no se pronunció sobre la solución correcta a 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 enfatizó 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 territorios¹²².

Varias de las medidas cautelares otorgadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a miembros de grupos indígenas han sido concedidas por las actuaciones de terceros en los territorios indígenas, relacionadas con la extracción ilegal de recursos¹²³ o con los hostigamien-

111 Corte IDH, *Yakye Axa v. Paraguay*, párr. 144.

112 Convención Americana, art. 21.2: “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”.

113 Ver, p.ej., CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú, 2000, Capítulo X; CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, 1997, Capítulo IX.

114 CIDH, Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, 2001, Capítulo XI, Recomendaciones.

115 CIDH, Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, 2001, Capítulo XI, Recomendaciones.

116 CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, 2001, Capítulo IX, párrs. 50(1)-50(2).

117 Foro Permanente, Informe sobre el sexto período de sesiones, 2007, párr. 23.

118 Convenio 169, art. 17.

119 Al respecto dice la Guía de Aplicación del Convenio 169 de la OIT, en su página 7: “Los artículos 17 y 18 revisten especial importancia por exigir a los gobiernos el establecimiento de medidas disuasivas dirigidas a evitar que ciudadanos no indígenas, aprovechando el desconocimiento de las leyes nacionales por parte de los pueblos indígenas y tribales, invadan sus tierras sin autorización previa”.

120 Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 8.2.b.

121 La Corte hizo referencia en su análisis a las bases sentadas en las sentencias Corte IDH, *Awás Tingni v. Nicaragua*, 2001; Corte IDH, *Comunidad Moiwana v. Surinam*, 2005; Corte IDH, *Yakye Axa v. Paraguay*, 2004.

122 Corte IDH, *Sawhoyamaya v. Paraguay*, párrs. 129-144.

123 CIDH, Medidas cautelares, Pueblos indígenas en aislamiento

tos a líderes que se oponen a diferentes tipos de extracción legal o ilegal¹²⁴. La Comisión, en diferentes informes sobre los Estados, ha apuntado a la necesidad de que los mismos adopten medidas en contra de actuaciones perjudiciales de terceros en los territorios indígenas y sanciones para terceros y agentes estatales que realicen o permitan estas intromisiones¹²⁵. De la misma manera, recomienda tomar medidas para limitar a los colonos a las áreas en las que no afecten los territorios indígenas¹²⁶.

El Foro Permanente también ha emitido pronunciamientos en este sentido, tales como el siguiente:

Los Estados tienen la obligación de proteger las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas de toda injerencia de cualesquiera instituciones, empresas y personas. Deberán imponerse castigos a los que lleven adelante actividades perjudiciales en las tierras y territorios de los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas deberán tener derecho a recibir indemnización por la realización de actividades de esa índole¹²⁷.

El Foro Permanente recomienda que los Estados tomen medidas eficaces para poner fin a la enajenación de las tierras de los territorios indígenas, por ejemplo, declarando una moratoria de la venta y registro de tierras, incluidas las concesiones de tierras y de otro tipo, en las zonas ocupadas por pueblos indígenas, y también, en los casos en que proceda prestando ayuda a las comunidades indígenas para que se registren como entidades jurídicas¹²⁸.

Recursos efectivos para reclamación de tierras

Para garantizar los derechos sobre el territorio, los diferentes Estados deben contar con recursos judiciales para que las comunidades indígenas puedan hacer reclamaciones de tierras y que estos procedimientos sean efectivos. La primera obligación está claramente señalada en el Convenio 169, según el cual “[d]eberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”¹²⁹.

voluntario de Mashco Piro, Yora y Amahuaca, Perú, 2007.

124 CIDH, Medidas cautelares, Pueblos indígenas Tagaeri y Taromenani, Ecuador, 2006; CIDH, Medidas cautelares, Margarita Pérez Anchiraico y otro (Comunidad San Mateo de Huanchor), Perú, 2006.

125 CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil, 1997, Capítulo VI, párr. 83.

126 CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil, 1997, Capítulo VI, párr. 83.

127 Foro Permanente, Informe sobre el sexto período de sesiones, 2007, párr. 9d.

128 Foro Permanente, Informe sobre el sexto período de sesiones, 2007, párr. 22.

129 Convenio 169, art. 14.3.

La segunda obligación, sin embargo, depende de que estos mecanismos estén diseñados para que funcionen de manera ágil y sencilla, lo cual sólo puede ocurrir si se adaptan a las particularidades culturales de los diferentes pueblos indígenas.

La Declaración de los Pueblos Indígenas señala que, para lograr un procedimiento efectivo, los Estados en el proceso de reconocer y adjudicarles a los pueblos indígenas los derechos relacionados con sus tierras, territorios y recursos, deberán establecer “conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas”¹³⁰. Sólo así se garantiza que el procedimiento realmente sea adecuado, en los términos del Convenio 169 de la OIT.

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 al establecimiento de procedimientos para el reconocimiento de derechos sobre la tierra¹³¹. En la sentencia de *Yakye Axa v. 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”¹³². En dicha sentencia, la Corte constató que sí existían procedimientos legales al nivel nacional 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 once años, ocho meses y dos días 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 inefectivo¹³³.

130 Declaración de los Pueblos Indígenas, art. 27.

131 Convención Americana, arts. 7, 8, 25.

132 Corte IDH, *Yakye Axa v. Paraguay*, 2005, párr. 65.

133 Corte IDH, *Yakye Axa v. Paraguay*, 2005, párrs. 89, 98.

Derechos sobre los recursos naturales

Entre los diferentes pronunciamientos que profundizan sobre los derechos relacionados con el territorio, pocos 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. La Declaración de los Pueblos Indígenas es tal vez el pronunciamiento más detallado en el sentido de conceder los mismos derechos sobre los recursos que los reconocidos para tierras y territorios¹³⁴. Dado ese tratamiento de los derechos sobre los recursos, todas las obligaciones de los Estados sobre territorios indígenas establecidas en la Declaración, como la de reconocerlos jurídicamente, protegerlos e indemnizar a los grupos cuando se tomen sin consentimiento previo, libre o informado, se aplican también a los recursos naturales existentes en dichos territorios.

El Convenio 169 de la OIT, por su parte, sí diferencia entre los derechos sobre el territorio y los derechos sobre los recursos. Con respecto a los últimos ordena que “[l]os derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”¹³⁵. En el mismo artículo, el Convenio condiciona el derecho de los pueblos sobre los recursos en caso de pertenecer los recursos del subsuelo al Estado, para lo cual “los gobiernos 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”¹³⁶. Ello claramente es un estándar de protección menor que el que confiere la Declaración de los Pueblos Indígenas y el establecido dentro del mismo Convenio sobre las tierras y territorios de los pueblos, pues la posibilidad de determinar y participar en el destino de sus recursos es parcial e inferior a la de controlar sus territorios.

Por su parte, la Corte Interamericana también ha participado en la precisión de los derechos de los pueblos sobre los recursos existentes en sus territorios. En las sentencias de *Yakye Axa v. Paraguay* y *Sawhoyamaya v. Paraguay*, la Corte estableció que los pueblos indígenas tienen derechos propietarios sobre los recursos existentes en sus territorios que han usado tradicional-

mente, bajo el mismo razonamiento sobre su estrecha vinculación cultural, económica y social por lo cual ha aplicado derechos propietarios sobre sus tierras y territorios¹³⁷. 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 indígena¹³⁸. El análisis de la Corte en dicha sentencia establece que el artículo 21 no se aplica a la totalidad de los recursos naturales existentes en sus territorios y que el derecho a los recursos es sujeto a ciertas restricciones; sin embargo, la Corte advierte que la extracción y explotación de recursos que la comunidad no usa tradicionalmente, sí puede afectar otros de los que sí depende¹³⁹. Por ejemplo, la minería puede contaminar el agua, y por lo tanto afectar la pesca, mientras la extracción maderera puede tener un impacto sobre los árboles en donde habitan los animales que tradicionalmente son cazados.

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. Estas restricciones son iguales a las que aplican a los derechos sobre el territorio: las que son establecidas por ley, necesarias, proporcionales y con el fin de 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 Americana¹⁴⁰. Bajo estas condiciones, se permite la restricción si el Estado también cumple con tres garantías para asegurar que la restricción no implica una denegación de su subsistencia como pueblo: que la comunidad tenga una participación efectiva de acuerdo con sus usos y costumbres y tradiciones en relación con plan de desarrollo, inversión, explotación o extracción; que obtenga un beneficio razonable del plan y, por último, que no se autorice ninguna concesión dentro del territorio hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental¹⁴¹.

134 Ver Declaración de los Pueblos Indígenas, arts. 26-29.

135 Convenio 169, art. 15.1.

136 Convenio 169, art. 15.2.

137 Corte IDH, *Yakye Axa v. Paraguay*, 2005, párr. 137; *Sawhoyamaya v. Paraguay*, 2006, párr. 118.

138 Al respecto, la sentencia establece que “[e]sta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad”. Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, 2007, párr. 122.

139 Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, 2007, párrs. 126-127.

140 Corte IDH, *Yakye Axa v. Paraguay*, 2005, párr. 144; Convención Americana, art. 21.

141 Convención Americana, art. 1.1; *Saramaka v. Surinam*, 2007, párrs. 128-129.

Dada la importancia especial que tienen las tierras y territorios y los recursos existentes en ellos para los pueblos indígenas, y las posibilidades que el derecho a la consulta previa presenta para su protección, la consulta se ha convertido en una de las herramientas políticas más importantes para los pueblos indígenas, así como uno de sus campos de batalla más debatidos. Los siguientes temas – que tratan las situaciones en las que debe realizarse la consulta, los participantes en ella,

el procedimiento que debe seguir y las reparaciones que podrían otorgarse a los pueblos – son elementos claves de este campo de batalla. Algunos de ellos son concretados en el derecho internacional, mientras para otros todavía existen vacíos normativos serios. A continuación se discutirán estos elementos, las normas aplicables a ellos y las consecuencias que tienen para los pueblos indígenas y la protección de sus tierras y territorios.

Situaciones en las que debe realizarse la consulta

El Convenio 169 de la OIT establece que los Estados deben consultar todas las medidas administrativas y legislativas que afecten a los pueblos indígenas y tribales (arts. 6 y 7), así como los proyectos de prospección y explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras (art. 15). Asimismo, el Convenio menciona específicamente que las comunidades indígenas deberán ser tenidas en cuenta en la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo (Arts. 6 y 7), y que, cuando por circunstancias excepcionales sea necesario el traslado y la reubicación de pueblos indígenas, éste solo podrá llevarse a cabo con su consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa (Art. 16.2)¹⁴².

El Convenio 169 es una de las fuentes internacionales que ha contemplado un mayor número de situaciones en las que debe consultarse a los pueblos indígenas y, en ese sentido, ha sido uno de los instrumentos más protectores de este derecho de las comunidades. Paulatinamente, las situaciones contempladas en este Convenio han sido adoptadas por otros instrumentos jurídicos y pronunciamientos de las instancias internacionales. En algunos casos, éstos han contemplado nuevas situaciones en las que existe el deber de consultar a las comunidades o han delimitado con un mayor grado de especificidad las situaciones en que deben llevarse a cabo las consultas.

En esta sección se presentará primero una discusión de los pronunciamientos de derecho internacional que han contemplado el derecho a la consulta previa en las situaciones establecidas por el Convenio 169: (A) medidas legislativas y administrativas y (B) proyectos de prospección y explotación de recursos naturales. A

continuación, se analizarán (C) los pronunciamientos que contemplan el derecho a la consulta en situaciones adicionales a las del Convenio 169 y (D) los que establecen el derecho de forma menos detallada, en situaciones en las que resulten afectadas las comunidades indígenas en general.

Consulta en medidas legislativas y administrativas

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) es un organismo bastante protector de los derechos de los pueblos indígenas, que se ha encargado de recalcar, en los casos particulares que lo han ameritado, el deber de consultar a las comunidades en las situaciones contempladas en el Convenio 169 de la OIT. A través de las observaciones individuales que hace a los países sobre su cumplimiento con el Convenio 169, la CEACR ha establecido que “el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio núm. 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo”¹⁴³. En esa medida, ha instado a los gobiernos a respetar el derecho a la consulta cuando una medida legislativa o administrativa sea susceptible de afectar a los pueblos indígenas y ha hecho un llamado de atención a varios países que han ratificado este instrumento por no haber consultado a comunidades en estos eventos.

Algunos ejemplos donde la CEACR ha llamado la atención a los países por incumplir su deber de consulta en medidas legislativas y administrativas, son las observaciones individuales sobre el Convenio 169 a

¹⁴² Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989, arts. 6, 7, 15, 16.

¹⁴³ CEACR, Observación Individual sobre el Convenio No. 169, Argentina, 2005.

Perú, en 1999 y 2001, y a Paraguay, en el 2003. En la Observación Individual a Perú de 1999, se estudió una reclamación presentada por la Confederación General de Trabajadores del Perú, en la que se aducía que la ley 26845, del 26 de julio de 1997 (ley de titulación de las tierras de las comunidades campesinas de la costa peruana), había sido adoptada sin consultar a las comunidades indígenas que habitaban la zona a la que hacía referencia esta ley¹⁴⁴. En esa oportunidad, la CEACR recordó al Estado que era necesario consultar a los pueblos indígenas cuando con una medida se considerara enajenar sus tierras o transmitir sus derechos de propiedad. Por otro lado, en su Observación Individual a Perú en 2001, esta organización volvió a llamar la atención al gobierno de este país por no haber consultado a la comunidad campesina de Santo Domingo de Olmos, comunidad indígena del departamento y la provincia de Lambayeque, sobre un decreto en virtud del cual se expropiaron más de cien mil hectáreas de las tierras ancestrales de la comunidad¹⁴⁵.

Así mismo, en la Observación Individual a Paraguay del año 2003, la CEACR llamó la atención a este país por haber omitido el deber de consulta antes de expedir una ley que regulaba el funcionamiento de los organismos responsables de la política indigenista, y que conllevaba a la derogación del Estatuto de las Comunidades Indígenas y la disolución del Instituto Paraguayo del Indígena (INDI). De acuerdo con la Comisión Nacional de Trabajadores, los efectos de la ley, anteriormente señalados, implicaban un grave retroceso en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas¹⁴⁶.

Otras observaciones individuales a países en las que la CEACR se ha pronunciado sobre el deber de consulta en medidas legislativas y administrativas incluyen una observación a Noruega en 2004, en la que la CEACR alentó al gobierno de este país a continuar con las consultas con el pueblo Sami sobre una medida legislativa susceptible de afectarlos y una observación a México en 2008, en la que instó a este gobierno a realizar consultas con las comunidades indígenas respecto de políticas de salud que pudieran afectarlos¹⁴⁷.

En el mismo orden de ideas, el Comité Tripartito encargado por el Consejo de Administración de la OIT de examinar el cumplimiento del Convenio 169 por México afirmó que la categoría de medidas legislati-

vas y administrativas en el sentido del artículo 6 del Convenio también embarcaba las reformas constitucionales¹⁴⁸. En el caso bajo consideración, dichas reformas incluían alteraciones constitucionales sobre los derechos indígenas y la cultura indígena.

Otro órgano que ha establecido el deber de realizar consultas con los pueblos indígenas, respecto de medidas legislativas susceptibles de afectarlos, es el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En la sentencia del caso *Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda* (2000), el Comité estaba resolviendo una comunicación de algunos miembros del pueblo Maorí sobre una ley de pesquerías adoptada por el gobierno, en la cual se realizaron varias consultas con los pueblos afectados pero que, según los autores de la comunicación, violaba sus derechos territoriales y ponía en riesgo la supervivencia cultural de este pueblo. El Comité afirmó en su sentencia que “la admisibilidad de las medidas que afecten a las actividades económicas de valor cultural de una minoría, o que interfieran en ellas, dependerá de que los miembros de esa minoría hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas y de que sigan beneficiándose de su economía tradicional”¹⁴⁹.

Así mismo, en el año 2000, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas recomendaron a Australia asegurar la participación efectiva de las comunidades indígenas, en particular respecto de unas enmiendas de leyes sobre títulos de tierras que podían menoscabar sus derechos a las tierras que habitaban¹⁵⁰.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como parte de las reparaciones decretadas en los casos de las comunidades *Yakye Axa v. Paraguay*¹⁵¹, *Moiwana v. Surinam*¹⁵² y *Saramaka v. Surinam*¹⁵³, ha establecido el deber de estos Estados de tomar medidas, administrativas y/o legislativas, en consulta con las comunidades cuyos derechos han sido vulnerados, para delimitar y titular las tierras de dichas comunidades.

148 Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT) en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, GB.283/17/1; GB.289/17/3, 2001, párr. 83.

149 Comité de Derechos Humanos, Sentencia del caso *Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda*, 2000, párr. 9.5.

150 CEDR, Observación Final a Australia, 2000; Comité de Derechos Humanos, Observación Final a Australia, 2000.

151 Corte IDH, *Yakye Axa v. Paraguay*, párrs. 215.

152 Corte IDH, *Moiwana v. Surinam*, párrs. 209-211.

153 Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, párr. 194.

144 CEACR, Observación Individual sobre el Convenio No. 169, Perú, 1999.

145 CEACR, Observación Individual sobre el Convenio No. 169, Perú, 2001.

146 CEACR, Observación Individual sobre el Convenio No. 169, Paraguay, 2003.

147 CEACR, Observaciones Individuales sobre el Convenio No. 169, Noruega, 2004; México, 2008.

Consulta en proyectos que afecten la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en las tierras y territorios de los pueblos indígenas

Existe un consenso, más o menos generalizado en los pronunciamientos de derecho internacional sobre la necesidad de consultar a los pueblos indígenas sobre los proyectos que afecten la utilización, administración y conservación de los recursos existentes en sus tierras y territorios. Esto puede verse reflejado en la variedad de órganos y actores que adoptan este estándar, dentro de los que se encuentran no sólo los organismos del sistema de Naciones Unidas y del sistema interamericano de derechos humanos (como la CEACR, el CEDR, el Comité de Derechos Humanos y la Corte IDH), sino también los organismos multilaterales como el BID y el BM, y actores privados como la Asociación Internacional de Productores de Petróleo y Gas, que han establecido estándares de derecho blando sobre el tema.

Sin embargo, es precisamente respecto de este asunto donde los Estados más han fallado en cumplir con el deber de consultar a los pueblos indígenas. Prueba de ello son los múltiples pronunciamientos de la CEACR, en los que se ha tenido que llamar la atención a varios Estados por la omisión de consulta antes de autorizar proyectos de exploración y explotación de recursos naturales, tales como proyectos petroleros, concesiones madereras, explotación minera de níquel, cultivos extensivos de palma aceitera y proyectos de ganadería, entre otros, ubicados en zonas habitadas por pueblos indígenas¹⁵⁴.

La situación se refleja adicionalmente en las recomendaciones que el Comité de Derechos Humanos ha hecho a algunos países instándolos consultar a las comunidades antes de emprender este tipo de actividades en sus territorios. El Comité ha considerado que la omisión de consulta en casos de explotación y exploración de recursos naturales en los territorios indígenas atenta contra el derecho de las minorías étnicas a preservar su propia cultura, contemplado en el artículo 27 del PIDCP. En ese sentido, el Comité ha realizado, en sus observaciones finales a países, recomendaciones indicando la necesidad de consultar este tipo de proyectos con las comunidades afectadas¹⁵⁵.

154 CEACR, Observaciones Individuales sobre el Convenio No. 169: México, 1999; Ecuador, 2003; Bolivia, 2003, 2005 y 2006; Guatemala, 2006, 2007 y 2008; Colombia, 2007.

155 Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, observaciones finales a: Guyana, 2000; Venezuela, 2001; Suecia, 2002; Surinam, 2004; Canadá, 2006.

El CEDR también ha analizado la falta de consulta antes de emprender proyectos de este tipo, refiriéndose en particular a su Recomendación General No. XXIII, en la cual exhorta a los Estados partes que “[g]aranticen que los miembros de las poblaciones indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”¹⁵⁶. En la Recomendación General No. XXIII, el CEDR resalta la necesidad de obtener el consentimiento informado antes de adoptar cualquier decisión que afecte a los pueblos indígenas sin mencionar explícitamente los proyectos de exploración y explotación. Sin embargo, ha enfatizado en varias observaciones finales a los Estados partes la necesidad de obtener dicho consentimiento en estos casos. Ejemplo de lo anterior es la observación final que realizó el CEDR a Ecuador en el año 2003, en la que anotó que “en cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, el Comité observa que con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación general N° XXIII del Comité, relativa a los derechos de las poblaciones indígenas. El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa”¹⁵⁷.

Otra escena de la lucha de los pueblos de lograr el reconocimiento de su derecho a ser consultados sobre los proyectos que les afecten ha sido el sistema interamericano. El derecho a la consulta en los casos de explotación y exploración de recursos naturales se ha visto reflejado en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁵⁸, y particularmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En el caso del pueblo de Saramaka ventilado ante la Corte en el año 2007, la Corte analizó la autorización del Estado de Surinam, en la década de los sesenta, de la construcción de una reserva hidroeléctrica en los territorios de los Saramaka sin consultar a esta comunidad. Dicha construcción tuvo como efecto la inundación del territorio tradicional del pueblo Saramaka, lo cual obligó a esta comunidad a desplazarse hacia unos pueblos de “transmigración”. Adicionalmente, esta construcción implicó la destrucción de los sitios sagrados de los Saramaka, la reducción de sus recursos de subsistencia y el irrespeto hacia los restos enterrados de sus miembros fallecidos. Para agra-

156 CEDR, Recomendación General XXIII (51), sobre los derechos de las poblaciones indígenas, 1997, art. 4(d).

157 CEDR, Observaciones finales a Ecuador, 2003, párr. 16; ver también CEDR, Observaciones finales a Surinam, 2004.

158 Ver, p.ej., CIDH, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 1999, capítulo X; CIDH, Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, 2000, capítulo X.

var la situación, cuando el caso llegó a la Corte, Surinam había otorgado concesiones mineras y madereras, omitiendo también el deber de consulta sobre recursos que se encontraban dentro del territorio de los Saramaka, y planeaba incrementar el nivel de la reserva para aumentar los suministros de energía¹⁵⁹.

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 estos proyectos¹⁶⁰. La Corte precisó que el derecho a la participación se concretaba, en estos casos, en la realización de consultas activas con dicha comunidad¹⁶¹.

Aunque el reasentamiento generalmente es más un componente o una implicación de la realización de proyectos de explotación o exploración de los recursos naturales, o de construcción de grandes obras de infraestructura, algunas fuentes de derecho internacional mencionan específicamente el deber de consultar a los pueblos indígenas cuando algún tipo de proyecto que se pretenda llevar a cabo en los territorios indígenas implique el reasentamiento de estas comunidades. En algunos casos, esta necesidad también puede ser producto de la adopción de medidas legislativas o administrativas. En todo caso, el reasentamiento normalmente ocurre durante o después de la implementación del proyecto, y así está incluido en algunas de las normas emitidas sobre el derecho a la consulta.

El Convenio 169, en su artículo 16, enfatiza que los pueblos no deben ser trasladados de las tierras que ocupan; sin embargo, reconoce que en el caso excepcional en el cual el traslado y la reubicación de las comunidades sea necesario, “sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa”¹⁶². La CEACR ha recalcado la importancia de la consulta en esa fase de la realización de un proyecto, y estableció la existencia de este deber en su Observación Individual a Costa Rica de 2001. En esa oportunidad, la CEACR se pronunció sobre la posibilidad que estaba siendo considerada por el Instituto Eléctrico de Costa Rica de trasladar a poblaciones indígenas para poder construir una presa hidroeléctrica. Al respecto, la

Comisión afirmó: “el artículo 16 del Convenio establece varios mecanismos para velar por la seguridad de los pueblos indígenas en sus territorios y dispone que cuando el traslado de pueblos indígenas se considere necesario como medida excepcional, este traslado tendrá lugar únicamente con su consentimiento libre y voluntario, y tras haber sido informados al respecto”¹⁶³.

Ahora bien, en el tema de la consulta previa es recurrente la aparición de compañías privadas que tienen intereses en explotar los recursos existentes en los territorios habitados por las comunidades indígenas. Como se vio en el caso Saramaka, la omisión del derecho a la consulta puede dar paso a que los intereses de las empresas, o de los Estados, prevalezcan sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios, vulnerándose los derechos de estas comunidades y causándoles daños graves. Pero a la vez, la vulneración de sus derechos puede motivar a estas comunidades a movilizarse en pro de la garantía de estos mismos, buscando una reivindicación y una reparación, lo que se convierte en un problema para las empresas y los Estados que no han consultado o llegado a un acuerdo previo, antes de empezar a explotar los recursos existentes en los territorios de estas comunidades. Y es ésta una de las razones por las que la necesidad de conciliar los intereses en conflicto ha empezado a ser reconocida por los propios actores privados y los organismos financieros internacionales (que muchas veces financian este tipo de proyectos), quienes han contemplado en sus políticas operativas y en sus recomendaciones en la elaboración de proyectos, el deber de consultar a las comunidades indígenas antes, durante e inclusive después de terminar un proyecto específico. Si bien dichas políticas son ejemplos de derecho blando no vinculantes, cuya implementación efectiva depende mucho de la voluntad de las entidades que las emiten, representan un desarrollo importante en las herramientas políticas disponibles a los pueblos indígenas para exigir su derecho a la consulta.

Por ejemplo, en el año 1999 el Banco Mundial, a través de su Política Operacional No. 4.01, estableció que existe el deber de llevar a cabo consultas antes y durante la implementación de proyectos de categoría A y B financiados por el Banco donde pueda afectarse a grupos indígenas y a otro tipo de comunidades. Los proyectos que implican la exploración y/o explotación de los recursos existentes en los territorios de los pueblos indígenas caben perfectamente dentro de este supuesto, pues los proyectos de categoría A son aquellos que tienen efectos ambientales significativamente adversos, irreversibles y difíciles de mitigar, mientras que los de categoría B son aquellos que pueden tener efectos negativos adversos que son mitigables¹⁶⁴.

159 Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, 2007, párrs. 11, 12 y 154.

160 Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, 2007, párr. 158.

161 Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, 2007, párr. 129.

162 Convenio 169, OIT, 1989, art. 16.

163 CEACR, *Observación Individual a Costa Rica de 2001*.

164 Banco Mundial, *Política Operacional 4.01*, 1999, párr. 15.

Así mismo, el BID estableció en 1999, en un documento titulado “Estrategias y procedimientos para temas socioculturales en relación con el medio ambiente”, “la necesidad de consultar a los grupos indígenas directa o indirectamente afectados por las operaciones financiadas por el Banco y de hacerlos participar en las etapas de identificación, diseño, análisis, ejecución y evaluación” de proyectos que pudieran afectarlos, donde se incluyen la exploración y explotación de recursos existentes en sus territorios¹⁶⁵. Adicionalmente, en su Política Operativa sobre Pueblos Indígenas de 2006, esta organización estableció que en proyectos de manejo o extracción de recursos naturales o gestión de áreas protegidas, abordaría, en la medida de lo factible y apropiado, la promoción de mecanismos de consulta y de participación en la gestión de los recursos naturales y de participación en los beneficios de los proyectos por parte de los pueblos indígenas, en cuyas tierras y territorios los proyectos se desarrollen¹⁶⁶.

Por otro lado, el deber de consultar a los pueblos indígenas durante todas las etapas del desarrollo de proyectos de exploración y explotación de petróleo y gas, e incluso después de concluir dichos proyectos, fue contemplado en un documento conjunto de la Asociación Internacional de Productores de Petróleo y Gas y la Asociación Internacional de Conservación Ambiental de la Industria del Petróleo, elaborado en el año 2002¹⁶⁷. Así mismo, el deber de consultar a los pueblos indígenas afectados por la construcción de represas a gran escala fue reconocido en el Informe Final de la Comisión Mundial de Represas, un organismo mixto en el que confluyen representantes del sector civil, el sector privado, los Estados e instituciones multilaterales financieras¹⁶⁸.

Consulta en situaciones adicionales a las contempladas en el Convenio 169

Si bien la mayoría de las fuentes de derecho internacional afirman el derecho a la consulta en las situaciones establecidas en el Convenio 169, también existen normas y órganos que han respetado el derecho a la

consulta previa en situaciones adicionales a las establecidas en el Convenio.

Los ejemplos más destacados de ese fenómeno son la Declaración de los Pueblos Indígenas y el Proyecto de la OEA, que aún está en discusión. En primer lugar, dichas normas adoptan algunos estándares del Convenio 169: establecen que los pueblos indígenas deben ser consultados antes de adoptar medidas legislativas y administrativas que los afecten¹⁶⁹ y antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y los recursos existentes en ellas¹⁷⁰. En el mismo orden de ideas, establecen que el consentimiento libre, previo e informado es imprescindible en casos de traslados o reubicaciones de comunidades¹⁷¹.

Adicionalmente, estos dos textos incluyen algunas situaciones no contempladas por el Convenio 169 y especifican en un mayor grado el tipo de medidas susceptibles de ser consultadas. La Declaración de los Pueblos Indígenas, por ejemplo, establece el deber de realizar consultas antes de utilizar las tierras o territorios de las comunidades indígenas para actividades militares (art. 30), provisión que no está específicamente contemplada en el Convenio 169¹⁷². Por su parte, el Proyecto de la OEA contempla los siguientes casos específicos en que deben llevarse a cabo consultas: en el diseño de medidas para proteger el derecho de los pueblos indígenas a preservar sus lenguas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de conocimientos, escritura y literatura (art. XIII); en el diseño de políticas para preservar, respetar y proteger sus sitios y objetos sagrados, incluidos sus lugares de sepultura, restos humanos y reliquias (art. XV); en el diseño y ejecución de los planes, políticas públicas y programas y acciones, incluidas aquellas que el Estado acuerda con instituciones financieras multilaterales (art. XXII), y en la adopción de las medidas para garantizar que los acuerdos y regímenes nacionales o internacionales provean el reconocimiento y la protección adecuada del patrimonio cultural y la propiedad intelectual de los pueblos indígenas (art. XXVIII)¹⁷³. De esta forma, el Proyecto de la OEA es un desarrollo del Convenio 169, en la medida que regula, de una manera más amplia y detallada que el Convenio, las situaciones en que debe proceder la consulta previa.

¹⁶⁵ Banco Interamericano de Desarrollo, Comité de Medio Ambiente, Estrategias y procedimientos para temas socioculturales en relación con el medio ambiente, 1999.

¹⁶⁶ Banco Interamericano de Desarrollo, Política Operativa sobre Pueblos Indígenas, 2006, párr. 4.3(f).

¹⁶⁷ International Petroleum Industry Environmental Conservation Association and International Association of Oil & Gas Producers, Key Questions in managing social issues in oil and gas projects, 2002.

¹⁶⁸ World Commission on Dams, Dams and Development: A New Framework for Decision-Making, 2000.

¹⁶⁹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007 (Declaración de las Naciones Unidas), art. 19; Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de Estados Americanos (Proyecto de la OEA), arts. XXII, XXIX.

¹⁷⁰ Declaración de las Naciones Unidas, art. 32; Proyecto de la OEA, arts. XVIII, XXIV.

¹⁷¹ Declaración de las Naciones Unidas, art. 10; Proyecto de la OEA, art. XXV.

¹⁷² Declaración de las Naciones Unidas, art. 30.

¹⁷³ Proyecto de la OEA, arts. XIII, XV, XXII, XXVIII.

El deber de consultar a las comunidades afectadas sobre los mismos mecanismos de consulta, tampoco contemplado en el Convenio 169, ha sido establecido en varios pronunciamientos de derecho internacional y regional. Este deber fue contemplado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Saramaka v. Surinam* y la interpretación del mismo, que afirmó que “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”. Así mismo, en el año 2006 el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, resaltó la necesidad de que todas las medidas sobre mecanismos de consulta y participación, así como todas las normas orgánicas y reglamentarias necesarias para la aplicación de los derechos indígenas, fueran desarrolladas en consulta¹⁷⁴.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que también es necesario consultar a las comunidades sobre las reparaciones a que haya lugar por violación de su derecho a la consulta y/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 v. Paraguay* del año 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 No. 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”¹⁷⁵. Dicha regla luego fue ratificada en el año 2005 en el caso *Moiwana v. Surinam*¹⁷⁶ y en el 2007 en el caso *Saramaka v. Surinam*¹⁷⁷.

Por su parte, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas (Foro Permanente) es una entidad que además de ratificar el deber de consultar en situaciones establecidas por el Convenio 169

de la OIT¹⁷⁸, propende por la ampliación del derecho de consulta, estableciendo la conveniencia de tener en cuenta las opiniones de las comunidades, no sólo respecto de las situaciones que las afectan directamente sino también sobre aspectos que afectan a toda la humanidad. En las recomendaciones realizadas en el año 2008 por esta entidad, incluidas en su Informe sobre el séptimo período de sesiones, que giró en torno al tema de los retos que implica el cambio climático y la forma como las comunidades indígenas podían contribuir a resolver este problema, expresó que los conocimientos ancestrales de las comunidades indígenas del mundo podían contribuir a mitigar el impacto negativo que los humanos hemos tenido en el planeta¹⁷⁹. En ese sentido, estableció la conveniencia de que los pueblos indígenas fueran consultados respecto de: (1) cualquier intervención externa en las regiones del Ártico y del Amazonas; (2) en el diseño, la ejecución y la evaluación del servicio de asociación del Banco Mundial para el carbono forestal; (3) en las decisiones sobre los programas y políticas forestales a todos los niveles que administren justicia y contribuyan al desarrollo sostenible, la protección de la diversidad biológica, la mitigación del cambio climático y la adaptación a éste; y (4) en las reformas en las políticas para evitar la deforestación o reducir las emisiones derivadas de ésta¹⁸⁰.

De las fuentes de derecho internacional que han contemplado la existencia del deber de consultar en situaciones adicionales a las previstas en el Convenio 169 de la OIT, sólo la Declaración de los Pueblos Indígenas y las sentencias de la Corte Interamericana son vinculantes para los Estados. Sin embargo, la consagración en estas fuentes de situaciones adicionales en las que debe realizarse la consulta u obtenerse el consentimiento libre, previo e informado es una forma de seguir avanzando en la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas y de ir abriendo espacios de diálogo que permitan un eventual compromiso mayor de los Estados, empresas y otros actores sociales en la protección y ampliación de los derechos de los pueblos indígenas.

174 Rodolfo Stavenhagen, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, Informe temático 2006.

175 Corte IDH, Caso *Yakye Axa v. Paraguay*, 2004, párr. 151.

176 Corte IDH, Caso *Moiwana v. Surinam*, 2005, párr. 210.

177 Una de las reparaciones decretadas fue la creación de un fondo para la realización de proyectos en beneficio del pueblo Saramaka, el cual debía ser administrado por un comité. En la sentencia la Corte afirmó que: “El Comité deberá consultar con el pueblo Saramaka antes de que las decisiones se tomen e implementen”. Corte IDH, Caso *Saramaka v. Surinam*, 2007, párrs. 201 y 202.

178 Al igual que en el Convenio 169 de la OIT, en su Informe sobre el taller de metodología de consentimiento previo e informado (2005) y en su Informe de la sexta sesión de reuniones (2007), el Foro ha afirmado que los pueblos indígenas deben ser consultados en la formulación de políticas y leyes que los afecten. Así mismo, el Foro ha establecido que debe consultarse a las comunidades antes de adoptar decisiones y poner en práctica proyectos sobre sus tierras y recursos, incluyendo los proyectos donde se pretenda el uso y explotación de los recursos naturales, los recursos biológicos y genéticos, así como de otros conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas que puedan ser explorados y desarrollados.

179 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Informe sobre el séptimo período de sesiones, 2008, párrs. 4-9.

180 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Informe sobre el séptimo período de sesiones, 2008, párrs. 17, 40, 44, 45.

Los participantes de la consulta previa

Para que la consulta sea efectiva y cumpla el fin de proteger los derechos de los pueblos indígenas que puedan resultar afectados por cualquiera de las situaciones mencionadas anteriormente, es necesario que la consulta previa se lleve a cabo con las comunidades afectadas, las personas que las representen legítimamente y las personas u organizaciones que ellas mismas designen para tal efecto. Al respecto, el Convenio 169 señala que se debe “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”¹⁸¹ Esta disposición ha sido afirmada por la CEACR en sus observaciones finales a países¹⁸². La Declaración de los Pueblos Indígenas, entre otras fuentes de derecho internacional¹⁸³, también ha enfatizado que los pueblos indígenas interesados deben ser consultados en particular a través de sus instituciones representativas¹⁸⁴. Si bien está reconocido que la forma representativa de los pueblos indígenas en sí misma es diversa, y que la representatividad no debe ser un concepto rígido, los órganos de control de la OIT han establecido que lo importante es que las instituciones representativas “sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”¹⁸⁵.

La importancia de consultar a las comunidades afectadas a través de sus representantes legítimos y sobre la identificación misma de dichos representantes, ha sido recalcada por la Corte Interamericana, en particular en su sentencia en *Saramaka v. Surinam*, en la que señaló que “el Estado tiene la obligación de consultar con el pueblo Saramaka para efectos de cumplir con varios de los puntos ordenados en la Sentencia, y que los Saramaka deben determinar, de conformidad con sus costumbres y

tradiciones, cuáles miembros de la tribu estarán involucrados en dichas consultas” y 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”¹⁸⁶.

No obstante existir este consenso generalizado sobre la necesidad de consultar a las comunidades a través de sus representantes u organizaciones legítimas, hay fuentes de derecho internacional que han sido menos protectoras en este aspecto, como el Comité de Derechos Humanos, que sigue refiriéndose genéricamente a “las comunidades” para establecer quién debe participar en las consultas, sin desarrollar el concepto de la participación de la representación tradicional o legítima de dichas comunidades en el proceso de consulta¹⁸⁷.

Adicionalmente, si bien existe un relativo consenso dentro de las fuentes de derecho internacional sobre quiénes son los interlocutores legítimos al interior de las comunidades, lo que no han logrado establecer claramente es cuáles comunidades afectadas son las que deben consultarse en cada uno de los casos previstos en el Convenio 169 y en los demás instrumentos que lo complementan. Así, casi ningún órgano o norma de derecho internacional ha logrado dar una respuesta a casos en que a primera vista parece que una comunidad no se está viendo afectada por una medida (por ejemplo, cuando no se encuentra asentada en el territorio donde se va a llevar a cabo la exploración o la explotación de recursos naturales), pero que, sin embargo, sí puede resultar afectada por ésta (por ejemplo, cuando se va a realizar una construcción en sus sitios sagrados que quedan fuera de sus territorios oficialmente reconocidos). Esta problemática ha sido señalada por la CEACR en algunas de sus observaciones a países, en las cuales se ha manifestado que deben consultarse no sólo a las comunidades que habitan esos lugares sino también a aquellas que los utilizan de alguna manera o se ven perjudicadas por una medida o proyecto¹⁸⁸. Sin embargo, la mayoría de sus pronunciamientos se enfocan en la importancia de consultar a las comunidades que ocupan las zonas donde pretendan realizarse actividades de exploración y explotación de recursos naturales¹⁸⁹.

181 Convenio 169, art. 6.

182 CEACR, OIT, observaciones individuales a: Perú, 2001; Ecuador, 2003; Paraguay, 2003; Noruega, 2004; Argentina, 2005; México, 2008; Guatemala, 2008.

183 El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas y el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas también se han manifestado sobre la participación de las comunidades afectadas en la consulta directamente y a través de sus representantes y autoridades legítimas. Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas de las Naciones Unidas, Rodolfo Stavenhagen, Informes temáticos, 2003, 2006; Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Informe del Taller de Consentimiento previo, libre e informado, 2005.

184 Declaración de los Pueblos Indígenas, arts. 19, 30.

185 Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR), 2001, párr. 102.

186 Corte IDH, Interpretación del Caso *Saramaka v. Surinam*, párrs. 18 y 15.

187 Ver, por ejemplo: Comité de Derechos Humanos, *Ilmari Länsman y otros v. Finlandia*, 1994; Comité de Derechos Humanos, *Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda*, 2000.

188 CEACR, Observaciones Individuales sobre el Convenio 169 a: Perú, 1999; Guatemala 2008.

189 CEACR, Observaciones Individuales sobre el Convenio 169 a: México, 1999, 2007; Bolivia, 2003; Colombia, 2007.

Procedimiento

Aunque el deber de consultar a las comunidades indígenas sobre situaciones que puedan afectarlas se encuentra claramente contemplado y ampliamente desarrollado en varios pronunciamientos de derecho internacional, pocos de ellos han dado respuesta a la cuestión de cuál y cómo sería el procedimiento mediante el cual puede darse cumplimiento al deber de consultar a estas comunidades. Los pocos pronunciamientos y textos jurídicos internacionales que se han referido al tema, han establecido unos parámetros generales comunes, como el deber de realizar las consultas de buena fe y la necesidad de que éstas se lleven a cabo antes de adoptar una medida susceptible de afectar a las comunidades. No obstante, estos parámetros siguen dejando vacíos sobre aspectos prácticos puntuales, como cuánto debe durar un proceso de consulta y qué pasos deben seguirse en su realización.

Por un lado, estos vacíos crean un ambiente en el cual el deber de consultar a los pueblos indígenas puede ser interpretado de manera flexible, dependiendo de las condiciones y circunstancias de cada país o región, tal como manifiesta el Convenio 169, que establece que “[l]a 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 país¹⁹⁰. Sin embargo, los parámetros generales comunes que se han establecido son criterios mínimos claves que sirven para guiar el proceso de consulta y limitar la discrecionalidad que tienen los Estados en su realización.

El principio de buena fe

Uno de esos criterios mínimos, el deber de llevar a cabo las consultas de buena fe, está contemplado en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, el cual establece que “las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas¹⁹¹. Así mismo, en la Declaración de los Pueblos Indígenas, se establece que “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas” antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas y de aprobar proyectos que los afecten¹⁹².

190 Convenio 169, art. 34.

191 Convenio 169, art. 6.

192 Declaración de los Pueblos Indígenas, arts. 19, 32.

El contenido del concepto de buena fe, tan abstracto en principio, ha sido esclarecido por algunos pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, a través de los cuales se ha desarrollado el contenido del precitado artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Al respecto, en su Observación Individual sobre el Convenio 169 a Bolivia, la CEACR estableció que “el concepto de la consulta a las comunidades indígenas (...) comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común¹⁹³. Un Comité Tripartito de la OIT, en su análisis del cumplimiento de Guatemala del Convenio 169, enfatizó la importancia de la creación de un clima de confianza con los pueblos indígenas para poder llevar a cabo un diálogo productivo de buena fe¹⁹⁴.

La consulta informada

Más allá del principio de buena fe, también se ha desarrollado la necesidad de suministrar información completa a las comunidades consultadas. Por su parte, la Corte Interamericana ha establecido que el deber de consultar “requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes¹⁹⁵. Así mismo, ha sostenido que el Estado debe asegurarse que los miembros de las comunidades consultadas “tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento¹⁹⁶.

Sobre el particular, el Foro Permanente ha establecido que las comunidades deben tener, como mínimo, información sobre “a. La naturaleza, el tamaño, la reversibilidad y el alcance de cualquier proyecto o actividad propuestos; b. Las razones por las que se quiere llevar a cabo dicho proyecto, c. la duración del mismo; d. las áreas que serían afectadas; e. las asesorías preliminares donde se establezcan los posibles impactos

193 CEACR, Observación Individual sobre el Convenio No. 169, Bolivia, 2005.

194 Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), GB.294/17/1; GB.299/6/1, 2005, párr. 53.

195 Corte IDH, Saramaka v. Surinam, párr. 133.

196 Corte IDH, Saramaka v. Surinam, párr. 133.

económicos, sociales, culturales y ambientales de los proyectos; f. el personal que estaría involucrado en la ejecución del proyecto propuesto; e. los procedimientos que tendrían que llevarse a cabo para la realización del proyecto¹⁹⁷. Sin embargo, la CEACR ha afirmado que la simple provisión de información en ningún caso se puede equiparar con la consulta previa de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT¹⁹⁸.

Una consulta culturalmente adecuada

Otro factor importante para la realización de una consulta efectiva, que no se limita a la mera provisión de información, es el desarrollo de procedimientos de consulta que sean culturalmente adecuados. Si bien el Convenio 169 y la Declaración de los Pueblos Indígenas simplemente ordenan que la consulta sea a través de “procedimientos apropiados”¹⁹⁹, la importancia de respetar las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas en el desarrollo de las consultas ha sido reconocida y desarrollada por la CEACR en sus Observaciones Individuales a Colombia de 2004 y a México de 2005.

En la primera Observación, la CEACR afirmó que la consulta, para que realmente permita la participación, debe adaptarse a los modelos culturales y sociales de los pueblos²⁰⁰. En el caso de México, la CEACR recomendó al Estado que determinara “un mecanismo de consulta adecuado, teniendo en cuenta al determinarlos los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e incluso formas de concebir la consulta de los pueblos indígenas”²⁰¹. Por su parte, la Corte Interamericana también ha sostenido que los procedimientos de consulta deben ser culturalmente apropiados y según los “costumbres y tradiciones” de las comunidades consultadas²⁰². Asimismo, las consultas deben “tener en

cuenta los métodos tradicionales del pueblo (...) para la toma de decisiones”²⁰³.

Si bien los pronunciamientos de derecho internacional no han establecido tiempos fijos dentro de los cuales se debe realizar la consulta, la cuestión de tiempo ha sido vinculada al respeto por las costumbres y formas de tomar decisiones de los pueblos indígenas. La CEACR ha afirmado que “una consulta efectiva requiere que se prevean los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y pueden participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales”²⁰⁴. En su análisis de la realización de una consulta del pueblo U’wa por el Estado de Colombia, afirmó que dada la desconfianza entre el pueblo y el Estado, la consulta no se agoraba con una reunión²⁰⁵. Igualmente, un Comité Tripartito de la OIT encontró que la provisión de los tiempos necesarios para la toma de decisiones de una manera cultural y socialmente adecuada era un requisito fundamental de la consulta²⁰⁶. Por su parte, el informe del Foro Permanente sobre metodologías de consulta interpreta el término “previo” de tal forma que para que una consulta sea previa, debe realizarse respetando los requisitos de tiempo que tengan los procesos comunitarios de consulta²⁰⁷.

El propósito de llegar a un acuerdo

Adicionalmente, de acuerdo con estos pronunciamientos, el procedimiento de consulta debe tener como propósito llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento, dependiendo de la fuente de derecho internacional que se revise²⁰⁸. En todo caso, el estándar mínimo sobre consulta entiende que no debe ser concebida como un simple procedimiento por el cual se socializan algunas decisiones ya tomadas sobre una medida específica, independientemente de las opiniones que puedan tener las comunidades afectadas al respecto, sino que debe entenderse y desarrollarse como un verdadero meca-

197 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe del Taller sobre Metodología de Consentimiento Previo e Informado, 2005, párr. 46.

198 CEACR, Observación Individual sobre el Convenio No. 169, Bolivia, 2005, párr. 6 (citando al Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), documento GB 282/14/2, párr. 38).

199 Convenio 169, art. 6; Declaración de los Pueblos Indígenas, art. 30.

200 CEACR, Observación Individual sobre el Convenio No. 169, Colombia, 2004, párr. 3 (citando GB.282/14/3, párr. 79).

201 CEACR, Observación Individual sobre el Convenio No. 169, México, 2005, párr. 3.

202 Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, párr. 133-134.

203 Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, párr. 133.

204 CEACR, Observación Individual sobre el Convenio No. 169, Colombia, 2004, párr. 3 (citando GB.282/14/3, párr. 79).

205 CEACR, Observación Individual sobre el Convenio No. 169, Colombia, 2007, párr. 8.

206 Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), 1999, párr. 79.

207 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe del Taller sobre Metodología de Consentimiento Previo e Informado, 2005, párr. 46.

208 Ver, p.ej., Convenio 169, art. 6; Declaración de los Pueblos Indígenas, art. 19.

nismo de consulta, participación y conciliación, cuyo objetivo sea lograr un acuerdo entre las partes.

De otra parte, la consulta no debe ser concebida como una serie de procedimientos aislados, en que se entablan diálogos con las comunidades indígenas para poder realizar el proyecto o la medida. Al contrario, la CEACR ha establecido que la consulta prevista por el Convenio 169 no se limita a un procedimiento en un caso preciso, sino que “tiende a que todo el sistema de aplicación de las disposiciones del Convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas”, lo cual supone “un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines”²⁰⁹.

El carácter previo de la consulta

Ahora bien, en cuanto al momento en que debe realizarse la consulta, los pronunciamientos de distintos organismos internacionales han coincidido en afirmar que ésta tiene que llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades. En el caso de medidas legislativas y administrativas, si bien el Convenio 169 no ordena específicamente en cuál etapa debe llevarse a cabo la consulta, la CEACR ha establecido que debe realizarse previamente a la adopción de las medidas²¹⁰. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que la admisibilidad de las medidas que afecten a los pueblos indígenas, incluidas las legislativas, depende de que las comunidades “hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas”²¹¹.

En cuanto a los proyectos de exploración y explotación de los recursos naturales, tanto el Convenio 169 como la Declaración de los Pueblos Indígenas establecen explícitamente que la consulta debe realizarse antes de su aprobación²¹². Adicionalmente, la CEACR, el CEDR, el Comité de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han reforzado este punto, afirmando que la consulta debe hacerse antes de otorgarse las licencias ambientales u otorgar permisos sobre los proyectos que aprovechen recursos. Dentro de los pronunciamientos de la CEACR al respecto, se encuentra la Observación Individual a Bolivia de 2003, en la cual este organismo recogió un

queja que había sido presentada por la Central Obrera Boliviana, en la que acusaba a la Superintendencia Forestal Nacional de haber otorgado 27 concesiones madereras, que se sobreponían a 6 territorios indígenas tradicionales sin que se hubieran realizado consultas previas. Por lo anterior, el CEACR instó al gobierno a establecer “procedimientos adecuados de consultas que deben llevarse a cabo antes de iniciar cualquier actividad de prospección y de explotación de los recursos naturales, tal como lo dispone el Convenio”²¹³.

Por su parte, en su Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia, la Comisión Interamericana solicitó al Estado colombiano asegurar “que antes de autorizarse la explotación de los recursos naturales que se encuentren en las tierras de los indígenas se celebren las consultas pertinentes con las comunidades indígenas afectadas”²¹⁴. Así mismo, el Comité de Derechos Humanos sostuvo en sus observaciones finales a Canadá en el año 2006, que el Estado parte debía “consultar con [la comunidad indígena] la Band antes de conceder licencias para la explotación económica de las tierras objeto de controversia y garantizar que en ningún caso la explotación de que se trate atente contra los derechos reconocidos en el Pacto”²¹⁵.

El CEDR, por su parte, en su recomendación final del año 2004 a Surinam, pidió a este Estado que en lo posible busque acuerdos con los pueblos antes de otorgar concesiones²¹⁶. Esta recomendación tenía como fundamento los informes que había recibido el Comité indicando la poca frecuencia de las consultas a las comunidades antes de otorgar concesiones forestales y mineras sobre los recursos dentro de sus tierras, no obstante existir un mecanismo para notificar a las comunidades en estos casos.

Respecto de los planes de desarrollo o inversión, el Convenio 169 establece que los pueblos interesados tienen el derecho a participar en todas las fases de los planes y programas al respecto, lo que implica una participación previa a la realización de los mismos²¹⁷. La Corte Interamericana, en el caso del pueblo Saramaka v. Surinam, estableció que los pueblos indígenas deben ser consultados “en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la

209 CEACR, Observación Individual sobre el Convenio No. 169, Paraguay, 2007, párr. 4.

210 CEACR, Observación Individual sobre el Convenio No. 169, Argentina, 2005, párr. 8.

211 Comité de Derechos Humanos, *Apirana Mahuika v. Nueva Zelanda*, párrs. 9.5, 9.8.

212 Convenio 169, art. 15(2); Declaración de los Pueblos Indígenas, art. 32.

213 CEACR, Observación Individual sobre el Convenio No. 169, Bolivia, 2003, párr. 5. Otros pronunciamientos de la CEACR, en el mismo sentido, incluyen las Observaciones Individuales a México, 1999; Guatemala, 2007; y Paraguay, 2007.

214 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 1999, Capítulo X, Los derechos de los indígenas en Colombia, J(4).

215 Comité de Derechos Humanos, Observación Final a Canadá, 2006, párr. 9.

216 CEDR, Observaciones finales a Surinam, 2004, párr. 13.

217 Convenio 169, art. 7.

necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso²¹⁸. A juicio de la Corte, este aviso temprano es importante pues “proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado²¹⁹.”

Los organismos multilaterales financieros, como el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial, también han establecido que deben realizarse consultas durante todas las etapas de los proyectos de desarrollo que sean susceptibles de afectar a las comunidades. En el documento Estrategias y Procedimientos para Temas Socio-culturales en Relación con el Medio Ambiente, el BID estableció “la necesidad de consultar a los grupos indígenas directa o indirectamente afectados por las operaciones financiadas por el Banco y de hacerlos participar en las etapas de identificación, diseño, análisis, ejecución y evaluación²²⁰.” En ese mismo sentido, esa entidad estableció, en su Política Operativa Sectorial sobre el Reasentamiento Involuntario de 1998, que las consultas se realizarán durante las etapas de diseño, ejecución y seguimiento del plan²²¹.

El Banco Mundial también se pronunció al respecto, en su Política Operacional 4.01, señalando que en los proyectos que puedan afectar a las comunidades indígenas deben realizarse “por lo menos dos consultas con estos

grupos: a) poco después del estudio ambiental preliminar y antes de finalizarse los términos de referencia para la evaluación ambiental, y b) una vez que se haya preparado un borrador de informe de la evaluación ambiental²²². Además, se establecía que en estos casos el prestatario debe consultar a dichos grupos durante todas las fases de ejecución del proyecto para atender a los asuntos que los afecten²²³.

Es importante concluir que los pronunciamientos de derecho internacional han establecido principios importantes que deben ser tenidos en cuenta en el diseño de los procedimientos para realizar las consultas, como la buena fe y la adecuación cultural. El establecimiento de principios claros y flexibles en vez de un procedimiento fijo y rígido responde a la necesidad de que los procesos de consulta se adapten a las particularidades de cada caso y a las características culturales de cada pueblo, especialmente a sus propios procesos deliberativos y de toma de decisiones. Dichos principios deben ser implementados de manera que garanticen la participación efectiva de los pueblos y el respeto a sus costumbres y cosmovisiones, y que tiendan hacia el objetivo de llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento libre, previo e informado según el caso. No obstante, existen grandes interrogantes sobre aspectos puntuales del procedimiento de la consulta, frente a los cuales el derecho internacional carece de respuestas claras que podrían solucionar problemas sin sacrificar la flexibilidad que debe tener el proceso, tal como quién debe financiar la realización de la consulta previa.

218 Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, párr. 133.

219 Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, párr. 133.

220 BID, Comité de Medio Ambiente, *Estrategias y procedimientos para temas socioculturales en relación con el medio ambiente*, 1999.

221 BID, *Política Operativa Sectorial sobre el Reasentamiento Involuntario*, 1998.

222 Banco Mundial, *Política Operacional OP 4.01*, párr. 15.

223 Banco Mundial, *Política Operacional OP 4.01*, párr. 15.

Efectos de la consulta previa

Uno de los aspectos más polémicos de la consulta previa es el efecto que esperan las partes de ella, o el impacto de los resultados de la consulta en la realización de la medida o el proyecto. El debate oscila entre la posibilidad de los pueblos indígenas de incidir en el proyecto o medida en tanto se tenga en cuenta su opinión o en su posibilidad real de vetarlo en caso de estar en desacuerdo con su realización. Los pueblos indígenas han luchado por lograr que se reconozca la necesidad de contar con su consentimiento previo, libre e informado antes de tomar una medida o realizar un proyecto que pueda afectarlos para que no sólo sean consultados antes de la adopción de dicha medida, sino que,

además, ésta no pueda llevarse a cabo sin su aprobación. Así, el lenguaje del consentimiento previo que ha sido incorporado, por ejemplo, en la Declaración de los Pueblos Indígenas y en los pronunciamientos del Foro Permanente, propende por el poder de veto de las comunidades frente a una medida que las afecte. 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.

Consentimiento libre, previo e informado

Si bien la mayoría de los demás pronunciamientos principales de derecho internacional sobre el tema de consulta previa, como el Convenio 169 y varias sentencias de la Corte Interamericana, otorgan derechos y deberes relacionados a la consulta previa sin exigir el consentimiento o aprobación de las comunidades afectadas antes de realizar un proyecto o medida, en los últimos años se han venido dando algunos avances en el reconocimiento jurídico del consentimiento. La Declaración de los Pueblos Indígenas, por ejemplo, establece en su artículo 19 que “[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”²²⁴. Adicionalmente, el artículo 32 establece que los Estados deben celebrar consultas con los pueblos indígenas interesados “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”²²⁵.

El CEDR, en su Recomendación General No. 23, también adoptó ese estándar, exhortando a los Estados que “[g]aranticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”²²⁶. La importancia del cumplimiento del estándar de consentimiento en vez de una simple consulta ha sido enfatizada por el CEDR en sus observaciones finales a los Estados, como la observación que hizo a Ecuador en el año 2003, en la cual sostuvo que la consulta a las comunidades antes de iniciar la explotación de recursos no cumplía con la Recomendación General No. XVIII del Comité, por lo que recomendó al Estado a obtener el consentimiento de las comunidades con conocimiento de causa²²⁷. Las observaciones finales del CDESC también han enfatizado la importancia del “pleno consentimiento” de los pueblos afectados antes de la extracción de recursos naturales de sus tierras²²⁸.

En la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Saramaka v. Surinam* en 2007, la Corte adoptó por

primera vez un estándar que incluye la necesidad de lograr el consentimiento de las comunidades afectadas bajo ciertas circunstancias. 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”²²⁹.

En el mismo orden de ideas, también se han dado algunos avances en el desarrollo del concepto de consentimiento en algunas fuentes de derecho suave. Por su parte, el Relator Especial sobre Pueblos Indígenas, en su informe temático de 2003, enfatizó que

“[T]odo proyecto o estrategia de desarrollo a largo plazo que afecte a zonas indígenas debe contar con la plena participación de las comunidades indígenas, siempre que sea posible, en las fases de diseño, ejecución y evaluación. El consentimiento libre, previo e informado, así como el derecho de libre determinación de las comunidades y pueblos indígenas, han de ser condiciones previas necesarias de esas estrategias y proyectos. Los gobiernos deben estar preparados a trabajar estrechamente con los pueblos y organizaciones indígenas a fin de llegar a un consenso sobre los proyectos y estrategias de desarrollo, y establecer los mecanismos institucionales adecuados para abordar esas cuestiones”²³⁰.

Los documentos del Foro Permanente no sólo enfatizan la importancia de lograr el consentimiento de las comunidades afectadas, sino que también presentan varios elementos que conforman el concepto de consentimiento desde el punto de vista de los pueblos indígenas. En el resumen de su Taller de Metodología de Consentimiento Libre, Previo e Informado de 2005, el Foro Permanente informó que varios de los participantes relacionaron el principio del consentimiento libre, previo e informado con los derechos a la autodeterminación y los derechos sobre sus tierras y recursos²³¹. Adicionalmente, informaron que “algunos participantes veían el consentimiento previo, libre e informado como un proceso evolutivo que podría llevar a una eventual co-administración y decisión de las comunidades indígenas sobre programas y proyectos que las afectarían”²³².

229 Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, párr. 134.

230 Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, Informe Temático, 2003, párr. 73.

231 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe del Taller sobre Metodología de Consentimiento Previo e Informado, 2005, párr. 15.

232 Foro Permanente, Informe del Taller sobre Metodología de Consentimiento Previo e Informado, 2005, párr. 17.

224 Declaración de los Pueblos Indígenas, art. 19.

225 Declaración de los Pueblos Indígenas, art. 32.

226 CEDR, Recomendación General No. 23, 1997, art. 4(d).

227 CEDR, Observación Final a Ecuador, 2003, párr. 16.

228 CDESC, Observaciones finales a Ecuador, 2004, párr. 12.

Los efectos de la consulta previa en la ausencia de un derecho al consentimiento

Si bien existen avances importantes en el desarrollo del concepto de consentimiento libre, previo e informado, todavía no se ha logrado un consenso con respecto al reconocimiento de este derecho. Por ello, existe una ambigüedad entre las fuentes de derecho internacional y confusión en la práctica sobre los efectos que debe tener la consulta previa. Mientras algunos pronunciamientos de derecho internacional enfatizan la importancia de tener un diálogo con las comunidades con el fin de llegar a un acuerdo entre las partes, otros 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.

Por lo general, los Estados han abogado por un entendimiento limitado del efecto de la consulta previa, en el cual el deber de consultar se agota en la realización de un diálogo con las comunidades, cuyo resultado no vincula al Estado. Varias formas de esta manera de entender la consulta han sido establecidas en los pronunciamientos de derecho internacional, entre ellos el Convenio 169, que en general establece estándares que se diferencian por el tipo de proyecto o medida consultada. El artículo 6 del Convenio establece que las consultas deben tener la finalidad de lograr un acuerdo o el consentimiento acerca de las propuestas²³³. Por su parte, el artículo 7 del Convenio establece que los estudios que los Estados deben realizar con los pueblos interesados para evaluar su impacto social, espiritual y cultural deben servir como criterios fundamentales en la ejecución de las “actividades de desarrollo”²³⁴. Con respecto a los programas de prospección y explotación de recursos, el artículo 15 contempla que los gobiernos deben estudiar cómo los proyectos afectan o perjudican los intereses de los pueblos indígenas²³⁵. Estos artículos han sido interpretados, tanto por los Estados como por la propia OIT, como una negación del derecho a vetar los proyectos y medidas consultadas²³⁶,

²³³ Convenio 169, art. 6.

²³⁴ Convenio 169, art. 7.

²³⁵ Convenio 169, art. 15.

²³⁶ La única provisión del Convenio 169 que específicamente establece el derecho a consentimiento, para casos en los cuales el traslado y la reubicación de los pueblos se consideren necesarios, también establece una excepción a esa regla, sosteniendo que “cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional”. Convenio 169, art. 16. Lo anterior afirma que, en últimas, el consentimiento de las comunidades respecto de las medidas que necesariamente implican su traslado, no es necesario siempre y

puesto que no exigen el consentimiento libre, previo e informado, sino un adecuado estudio con la participación de los pueblos de los impactos que pueda tener la actividad, con el fin de mitigarlos en lo posible y lograr un acuerdo entre las partes.

En la Guía de Aplicación del Convenio 169, la OIT afirma que las disposiciones del Convenio no implican que las comunidades tengan poder de veto sobre las políticas de desarrollo. Por el contrario, sostiene que “ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo”, y luego aclara que “el artículo 7 exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan *el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones*”, lo cual significa que “los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo”²³⁷. Es decir, los Estados tienen el deber de permitir a las comunidades participar en el proceso de toma de decisiones sobre políticas que puedan afectar su desarrollo económico, social o cultural, pero no tienen el deber de adoptar las opiniones de las comunidades respecto de este tipo de políticas.

Si bien las provisiones del Convenio 169 y su interpretación dejan claro que no existe un derecho al consentimiento dentro de la consulta previa, no establecen un estándar claro sobre el efecto que los resultados de la consulta deben tener. Mientras su artículo 6 sostiene que las consultas deben llevarse a cabo con la finalidad de llegar a un acuerdo, el artículo 15 afirma que las consultas sobre proyectos de explotación tienen el fin de determinar si los pueblos serían perjudicados, y en qué medida, y el artículo 7 manifiesta que los resultados son criterios fundamentales para la ejecución de actividades de desarrollo. Esta ambigüedad se ha reproducido en los pronunciamientos de la CEACR sobre el tema, que han incorporado distintos estándares. Por ejemplo, en su observación individual a Noruega en 2004, sostiene que la consulta sobre un proyecto de ley sobre la administración de tierras debe llevarse a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo”, tal como establece el artículo 6²³⁸. En su observación individual a Guatemala en 2006, la CEACR estableció que antes de emprender o autorizar cualquier programa de explotación o exploración de recursos naturales en territorios indígenas, el gobierno debe efectuar un estudio en cooperación con los pueblos interesados, y que los “resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fun-

cuando el Estado siga los procedimientos legales adecuados.

²³⁷ OIT, Guía de Aplicación del Convenio 169. Este documento puede ser consultado en: <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten.htm#apli>

²³⁸ CEACR, Observación Individual sobre el Convenio No. 169, Noruega, 2004.

damentales para la ejecución de las actividades”²³⁹. En su observación individual a Guatemala en el año 2008, la CEACR enfatizó la importancia de consultar “con los pueblos interesados, para determinar si los intereses de esos pueblos fueron perjudicados y en qué medida” con el fin de incorporar los criterios recibidos en los planes de indemnización para exploración minera²⁴⁰.

Las fuentes de derecho suave sobre el tema también manifiestan una ambigüedad sobre el nivel al cual las instituciones financieras y el sector privado deben incorporar los criterios de las comunidades afectadas por los proyectos y medidas que adelantan. La política operacional del Banco Mundial incorpora un estándar poco

protector, que exige simplemente que el Banco escuche los puntos de vista de los afectados y las organizaciones que los acompañen²⁴¹. Sin embargo, algunos grupos de industria han elaborado pronunciamientos detallados sobre la incorporación de los resultados de las consultas en planes de acción y mitigación para identificar factores ambientales y sociales, establecer buenas relaciones con los grupos afectados y eventualmente reducir el costo del proyecto²⁴².

Dada esta ambigüedad, y las consecuencias que tienen las diferentes posturas sobre el tema, tanto por terceros como por los Estados y los pueblos indígenas involuntarios, el efecto que deben tener los resultados de la consulta seguirá siendo uno de los elementos más debatidos y polémicos del tema de la consulta previa.

239 CEACR, Observación Individual sobre el Convenio No. 169, Guatemala, 2006.

240 CEACR, Observación Individual sobre el Convenio No. 169, Guatemala, 2008. Ver también CEACR, Observación Individual sobre el Convenio No. 169, Bolivia, 2003.

241 Ver Banco Mundial, Política Operacional 4.01.

242 Ver IPIECA y OGP, Key Questions in Managing Social Issues in Oil and Gas Projects, 2002.

Reparaciones

En el caso de ocurrir una violación del derecho a la consulta previa, bien sea por la realización de una consulta inadecuada o por la omisión completa de una consulta de la población afectada por una medida o proyecto, tanto la violación del derecho a la consulta como la consiguiente violación de otros derechos relacionados, tales como los derechos al territorio, a la participación, a la autodeterminación y a la identidad cultural, resultan en una obligación de reparar las víctimas de dichas violaciones. La obligación general de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos está establecida en diferentes instrumentos del derecho internacional, y adquiere ciertas características propias cuando se trata de reparar a pueblos y comunidades indígenas y a sus miembros por violaciones a sus derechos. En esta parte del texto se presentarán los pronunciamientos de derecho internacional sobre el deber de reparar a los pueblos indígenas por violaciones de sus derechos a ser consultados y otros derechos relevantes, así como las formas de reparación que se han implementado en casos concretos de violación del derecho a la consulta previa. En primer lugar, se explicará brevemente el deber general del Estado de reparar la violación del derecho a la consulta previa, otros derechos relacionados y los daños sufridos, así como algunas características propias de la reparación a los pueblos indígenas. En segundo lugar, se mostrarán las formas de reparación que los instrumentos internacionales han creado, relacionados con el tipo de daños que buscan reparar.

Deber general de reparar

El principio general de derecho internacional del deber de reparar los daños causados por violaciones del derecho internacional quedó establecido desde 1928, con un fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre el caso *Usine de Chorzow*, que afirmó que “es un principio de derecho internacional que toda violación de un compromiso internacional implica la obligación de reparar de una forma adecuada”²⁴³. Posteriormente, este principio y la consiguiente responsabilidad de los Estados de reparar las violaciones que cometan, ha sido afirmado durante décadas por órganos e instrumentos internacionales y regionales como uno de los pilares fundamentales del derecho internacional.

De acuerdo con los principios y directrices básicos sobre reparación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario”²⁴⁴.

243 Corte Internacional Permanente de Justicia, caso *Usine de Chorzow*, sentencia No. 8, 1927, Serie A, No. 9, pág. 21; Sentencia de fondo No. 13, 1928, CPJI, Serie A, No. 17, pág. 29.

244 Naciones Unidas, Asamblea General, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a in-

Este instrumento entiende por víctima de una violación “a toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario”²⁴⁵.

El deber general de reparar también está contemplado en varios instrumentos de derecho internacional, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴⁶. Esta segunda, establece el deber del Estado de reparar de la siguiente manera:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada²⁴⁷.

Por su parte, la Corte Interamericana también ha cristalizado y afirmado el deber a reparar a través de una serie de fallos, que han indicado que “constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los pilares fundamentales del actual derecho de gentes tal como lo ha reconocido esta Corte (...) y la jurisprudencia de otros tribunales”²⁴⁸. Adicionalmente, la Corte Interamericana ha destacado que el Estado no puede eludir esta responsabilidad de reparar con base en su derecho interno²⁴⁹.

Situaciones y aspectos propios de la reparación a los pueblos indígenas

terponer recursos y obtener reparaciones, A/RES/60/147, 24 de octubre de 2005, Principio 15.

245 Naciones Unidas, Asamblea General Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, A/RES/60/147, 24 de octubre de 2005, Principio 8.

246 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 63.1.

247 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 63.1.

248 Corte IDH, *Aloeboetoe y otros v. Surinam*, 1993, párr. 43. Ver también Corte IDH, *Velásquez Rodríguez v. Honduras, Reparaciones y Costas*, 1989, párr. 25.

249 Corte IDH, *Yakye Axa v. Paraguay*, 2005, párr. 181; Corte IDH, *Velásquez Rodríguez v. Honduras, Reparaciones y Costas*, 1989, párr. 30.

Sin perjuicio de que cualquier daño deba ser reparado siempre, existen situaciones particulares en las que se vulneran los derechos propios de los pueblos indígenas, tanto individuales como colectivos,. Por otro lado, la manera de repararlos puede ser distinta a la general, pues se admite en algunos casos la reparación colectiva y algunas fuentes de derecho internacional establecen que las medidas de reparación mismas deben ser consultadas con los pueblos indígenas. Varios pronunciamientos de derecho internacional han perfilado estas particularidades, entre ellos el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Pueblos Indígenas.

En cuanto a circunstancias propias en las que pueblos indígenas deben ser reparados, el Convenio 169 de la OIT exige indemnizar los daños que sufran los pueblos indígenas en virtud de actividades de prospección y explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras²⁵⁰. También establece que deberá haber una indemnización a las personas por cualquier daño que sufran en virtud de un desplazamiento²⁵¹. De la misma manera, cuando sean trasladados de su territorio y su retorno no sea posible, deberán recibir otras tierras de por lo menos la misma calidad y estatuto jurídico a las anteriores, pero si los pueblos así lo desean, deberán recibir una indemnización²⁵².

La Declaración de los Pueblos Indígenas, a diferencia del Convenio 169 de la OIT, exige reparaciones no solamente cuando los pueblos hayan sido desposeídos de sus tierras o hayan sufrido un daño como consecuencia de una actividad de prospección o explotación, sino también en cualquier situación en la que sus tierras, territorios o recursos “hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado” o cuando hayan sido desposeídos de sus medios de subsistencia²⁵³. En cuanto al tipo de daños que deben ser reparados, la Declaración tiene en cuenta una amplia gama, pues incluye todos los de “orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual” que causen las actividades que afecten a sus tierras o territorios y otros recursos²⁵⁴. La Declaración también le da una gran importancia a los daños inmateriales surgidos como consecuencia de la privación de bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales y establece que deberán repararse siempre que esta privación se haya dado “sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres”²⁵⁵.

250 Convenio 169, art. 15.2.

251 Convenio 169, art. 16.5.

252 Convenio 169, art. 16.4.

253 Declaración de los Pueblos Indígenas, **arts. 20, 28, 32.**

254 Declaración de los Pueblos Indígenas, art. 32.

255 Declaración de los Pueblos Indígenas, art. 11.

Algunos pronunciamientos han expresado que el vínculo mismo de los pueblos con su territorio es un bien que si se perjudica, debe ser reparado. Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció en el caso de *Moiwana v. Surinam* que “la conexión de los miembros de la comunidad con su territorio ancestral fue interrumpida de forma brusca – provocando su dispersión por todo Surinam y la Guyana Francesa. Dado que la relación de una comunidad N’djuka con su tierra tradicional es de vital importancia espiritual, cultural y material, el desplazamiento forzado ha lesionado emocional, espiritual, cultural y económicamente a los integrantes de aquélla”²⁵⁶. Dada esta relación especial con la tierra, la Corte ordenó medidas de reparación para estos daños inmateriales al pueblo maroon N’djuka, que fue desplazada por operaciones militares que arrasaron con la aldea *Moiwana*. Estas medidas incluyeron reparación por el rompimiento de la relación de la comunidad con la tierra, su desplazamiento, la consiguiente imposibilidad del pueblo N’djuka de realizar sus ritos mortuorios ni darles sepultura de los restos de sus seres queridos y el miedo y angustia que sufrieron los miembros de ese pueblo²⁵⁷.

En la misma dirección de proteger el vínculo con el territorio, la Corte Interamericana en el caso *Yakye Axa v. Paraguay*, señaló que en las consideraciones sobre las reparaciones se deben tener en cuenta aspectos como la falta de acciones estatales dirigidas a hacer efectivo el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas²⁵⁸. De manera similar, en *Awas Tingni v. Nicaragua*, la Corte manifestó que el Estado tenía que reparar al pueblo *Awas Tingni* por el incumplimiento del deber internacional de delimitar, demarcar y titular sus tierras²⁵⁹. En el mismo orden de ideas, los daños ambientales han adquirido una connotación especial cuando están relacionados con pueblos indígenas, pues deben considerarse las consecuencias de estos daños en relación con el vínculo espiritual de los pueblos con sus tierras. En su sentencia en el caso de *Saramaka v. Surinam*, la Corte señaló que había establecido tanto los daños ambientales y la destrucción de tierras y recursos utilizados por el pueblo *Saramaka* como el impacto material y espiritual

que esos daños causaron. La Corte concluyó que “[t]odo ello constituye una denigración de sus valores culturales y espirituales. La Corte considera que el daño inmaterial que estas alteraciones causaron en el tejido de la sociedad misma del pueblo *Saramaka* les da el derecho de obtener una justa indemnización”²⁶⁰.

La manera de reparar los daños causados a los pueblos indígenas también tiene matices distintos a las reparaciones generales. Uno de estos aspectos es el carácter colectivo que, en muchos casos, deben tener las medidas de reparación, sin perjuicio de que haya también reparación de carácter individual de acuerdo a las circunstancias presentadas. Tanto el Convenio 169 como la Declaración de los Pueblos Indígenas señalan que debe repararse a “los pueblos”, como sujeto colectivo de derechos con derechos colectivos sobre sus tierras y territorios²⁶¹.

No obstante, la aplicación judicial de esta manera de reparación no ha sido unívoca. La Corte Interamericana ha establecido casos en los cuales reconoce el carácter colectivo del daño, pero considera que los beneficiarios de la reparación son los miembros de una comunidad afectada en vez de la comunidad en su conjunto. En la sentencia en el caso *Moiwana v. Surinam*, por ejemplo, la Corte manifestó que las medidas de satisfacción ordenadas tenían “especial relevancia en el presente caso por la extrema gravedad de los hechos y el carácter colectivo de los daños ocasionados”, pero que la parte lesionada que recibiría indemnizaciones estaba constituida por los miembros de la comunidad debidamente identificados y listados²⁶². En la sentencia del caso *Yakye Axa v. Paraguay*, la Corte llegó a una solución híbrida: ordenó que el Estado indemnizara a los miembros de la comunidad afectada individualmente, y también ordenó medidas de reparación que parecían tener un carácter colectivo, tales como un fondo comunitario y la provisión de servicios de agua e infraestructura sanitaria²⁶³. La Corte también ha ordenado otras reparaciones no pecuniarias, tales como la devolución de tierras, obras y servicios y la adecuación de la legislación interna, de forma colectiva²⁶⁴.

No obstante el carácter híbrido de las reparaciones ordenadas en *Moiwana* y *Yakye Axa*, entre otras sentencias, en 2007 la sentencia de la Corte Interamericana sobre el caso *Saramaka v. Surinam* sentó las bases para el otorgamiento de reparaciones colectivas más amplias, en su inclusión de medidas de reparación únicamente

256 Corte IDH, *Moiwana v. Surinam*, párr. 195(c). A pesar de que la comunidad N’djuka no es una comunidad indígena, la Corte manifestó que dada su “relación omnicomprendiva” con su tierra tradicional, la jurisprudencia sobre los pueblos indígenas y sus derechos sobre la propiedad aplicaba de igual forma a esta comunidad tribal.

257 Corte IDH, *Moiwana v. Surinam*, párrs. 195-196.

258 Corte IDH, *Yakye Axa v. Paraguay*, párr. 202: “la falta de concreción del derecho a la propiedad comunal de los miembros de la Comunidad *Yakye Axa*, así como las graves condiciones de vida a las que se han visto sometidos como consecuencia de la demora estatal en la efectivización de sus derechos territoriales deben ser valoradas por la Corte al momento de fijar el daño inmaterial”.

259 Corte IDH, *Awas Tingni v. Nicaragua*, párr. 164.

260 Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, párrs. 200-201.

261 Declaración de los Pueblos Indígenas, arts. 7, 26, 40; Convenio 169, arts. 5(a), 13.

262 Corte IDH, *Moiwana v. Surinam*, párrs. 176, 201.

263 Corte IDH, *Yakye Axa v. Paraguay*, párrs. 188, 189, 205.

264 Ver, p.ej., Corte IDH, *Awas Tigni v. Nicaragua*, párr. 167; Corte IDH, *Sawhoyamaxa v. Paraguay*, párr. 235.

colectivas²⁶⁵. En este caso, la Corte ordenó que tanto las indemnizaciones como las reparaciones no pecuniarias sean destinadas al pueblo Saramaka en su conjunto.

Otro factor relevante y particular a la reparación a los pueblos indígenas es la necesidad de tener en cuenta su derecho consuetudinario, sus costumbres y valores a la hora de repararlos. La Declaración de los Pueblos Indígenas hace explícito este requisito, afirmando que los pueblos tienen derecho a una reparación efectiva y que en las decisiones al respecto “se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos”²⁶⁶. La Corte Interamericana ha enfatizado este factor en varias sentencias, entre ellas la de *Saramaka v. Surinam*, en la cual la Corte destacó la necesidad de que el proceso de reparación se ajuste a las particularidades culturales del pueblo Saramaka, y por ello, que la misma forma de reparación debe ser consultada con el pueblo afectado²⁶⁷. La Corte también enfatizó en la interpretación de dicha sentencia, que los conflictos surgidos al interior de la comunidad sobre quiénes deben ser los beneficiarios, debe ser resuelto por el pueblo de conformidad con sus costumbres y normas tradicionales²⁶⁸. La Corte ha sido particularmente enfática en afirmar que el proceso de definir las medidas de reparación debe contar con la participación de los pueblos y sus representantes legítimos²⁶⁹.

Formas de reparación

En el derecho internacional, se han desarrollado diferentes medidas de reparación con objetivos distintos, de manera que se puedan reparar los daños económicos o aquellos que vulneraron la dignidad u otros derechos de las personas o los grupos, y que se pueda garantizar que no volverá a ocurrir la infracción. En términos generales, existen principalmente cinco medidas de reparación pecuniaria y no pecuniaria: 1) la indemnización, que busca reparar los perjuicios “económicamente evaluables”, tales como los daños materiales, morales, pérdida de oportunidades, lucro cesante, gastos en asistencia jurídica, entre otros; 2) la restitución, que busca el restablecimiento de la situación de la víctima anterior a la violación de sus derechos; 3) la rehabilitación, que

se basa en servicios médicos, psicológicos, jurídicos y sociales; 4) la satisfacción, que cuenta con varias medidas como aquellas que se deben tomar para hacer cesar la violación o lograr la revelación de la verdad, la búsqueda de las personas desaparecidas y los cadáveres de personas asesinadas, el restablecimiento de la dignidad de las víctimas a través del reconocimiento público, las conmemoraciones y homenajes a las víctimas y la aplicación de sanciones a los responsables de las violaciones; y 5) las garantías de no repetición, de las cuales hacen parte las medidas encaminadas a lograr un control efectivo sobre las autoridades, sean civiles o militares, el fortalecimiento del sistema judicial, la revisión y reforma de leyes, la educación, la promoción de códigos de conductas y normas éticas, entre otras.

En lo que sigue serán analizadas dichas formas de reparación y su implementación por distintos instrumentos de derecho internacional. En primer lugar, serán revisadas las reparaciones de tipo pecuniario y posteriormente las de carácter no pecuniario.

Reparaciones pecuniarias

Las reparaciones pecuniarias son las más comunes y consisten en compensar los daños materiales e inmateriales sufridos con una indemnización en forma de una entrega de dinero. Con respecto a las reparaciones a pueblos o comunidades indígenas, en general se han implementado dos tipos de reparación pecuniaria: las indemnizaciones individuales y la constitución de fondos comunes.

Las indemnizaciones individuales están contempladas por casi todos los instrumentos de derecho internacional. El Convenio 169, como se expuso anteriormente, prevé indemnizaciones para los daños surgidos en la exploración y explotación de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas. La Declaración de los Pueblos Indígenas establece como medida ideal la restitución, pero en caso de no ser posible, afirma que debe lograrse una “indemnización justa, imparcial y equitativa”²⁷⁰. La mayoría de instrumentos de derecho blando también establecen la indemnización como medida reparativa. La Política del BID sobre Pueblos Indígenas, por ejemplo, determina que una de las salvaguardias de las operaciones que afectan a los grupos indígenas es la “compensación justa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado del proyecto”²⁷¹.

Las indemnizaciones reparan normalmente los daños materiales y los daños inmateriales susceptibles de ser evaluados y reparados pecuniariamente. En cuanto a los daños materiales, la Corte Interamericana ha or-

265 Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, párrs. 190-202.

266 Declaración de los Pueblos Indígenas, art. 40.

267 Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, párr. 194(d). Ver también Corte IDH, *Yakye Axa v. Paraguay*, párr. 217.

268 Corte IDH, Interpretación de la Sentencia *Saramaka v. Surinam*, 2008, párr. 26.

269 Ver, p.ej., Corte IDH, *Moiwana v. Surinam*, párr. 210; Corte IDH, *Sawhoyamaya v. Paraguay*, párr. 233.

270 Declaración de los Pueblos Indígenas, art. 10.

271 BID, Política Operativa sobre Pueblos Indígenas, 2006, pág. 9.

denado la reparación de los gastos en que incurrieron los pueblos, por ejemplo “en las diversas gestiones que realizaron con el fin de recobrar las tierras que consideraban como propias, tales como movilizaciones y traslados a distintas dependencias estatales”²⁷². En el caso de Moiwana, la Corte catalogó como daños materiales algunos de los surgidos como consecuencia del desplazamiento forzado y continuo, así como la “pobreza y privaciones desde su huida de la aldea de Moiwana, dado que la posibilidad de utilizar sus medios tradicionales de subsistencia se ha visto limitada drásticamente”²⁷³. En el caso de Saramaka, la Corte estimó como daño material la cantidad considerable de madera que fue extraída del territorio de la comunidad y el daño causado a la propiedad por las concesiones madereras otorgadas por el Estado en los territorios ocupados y utilizados tradicionalmente²⁷⁴.

Los daños inmateriales sujetos a evaluación monetaria pueden incluir las aflicciones y sufrimientos causados a las víctimas²⁷⁵, la imposibilidad de obtener justicia²⁷⁶, la “falta de concreción del derecho a la propiedad comunal”²⁷⁷, la angustia por la lucha de obtener el reconocimiento legal de este derecho²⁷⁸ y los impactos de los daños ambientales en la conexión espiritual que tiene el pueblo con su territorio²⁷⁹.

La Corte Interamericana ha concedido en algunos casos indemnizaciones individuales por los daños inmateriales. Sin embargo, en otros, ha ordenado la constitución de fondos colectivos de desarrollo comunitario, que han sido destinados de distintas maneras por la Corte. En algunos casos ordena crearlos para financiar programas de salud, vivienda, educación, sanitarios, agrícolas o de suministro de energía y agua potable²⁸⁰. En estos casos, la Corte ha ordenado que se constituya un comité compuesto por tres miembros, que “estará encargado de determinar las modalidades de implementación del fondo de desarrollo, y estará conformado por tres miembros: un representante designado por las víctimas, otro por el Estado, y uno designado de común acuerdo entre las víctimas y el Estado”²⁸¹. En otras ocasiones, la Corte ha ordenado la creación de un fondo comuni-

tario “destinado exclusivamente a la adquisición de las tierras a entregarse a la Comunidad”²⁸².

Reparaciones no pecuniarias

La reparación no pecuniaria puede abarcar todas las demás medidas de reparación que no sean indemnización pecuniaria, entre ellas la restitución, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición. La Corte Interamericana ha manifestado que la reparación por la violación de un derecho internacional siempre debe ser encaminada a la plena restitución, “la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación”²⁸³. De no ser posible la restitución, deberán ordenarse otras medidas dirigidas a hacer respetar los derechos violados, reparar las consecuencias de las infracciones y pagar una indemnización como compensación²⁸⁴.

En virtud de todo lo expuesto sobre la relación de los pueblos indígenas con sus territorios, la devolución o el otorgamiento de tierras en caso de haber sido despojados o desposeídos de ellas es, casi siempre, una de las medidas más importantes de reparación para estos pueblos, y la única que puede aproximarse a la plena restitución. La obligación de restituir las tierras tradicionales cuando sea posible, o en el caso de no ser posible el retorno, de otorgar tierras de igual calidad y estatus jurídico, está contenida en el Convenio 169 y la Declaración de los Pueblos Indígenas, y ha sido desarrollada por diferentes pronunciamientos²⁸⁵. La Recomendación General No. 23 del CEDR expresa lo siguiente:

“El Comité exhorta especialmente a los Estados Partes a que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, **que adopten medidas para que les sean devueltos**. Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios”²⁸⁶ (negrilla fuera del original).

272 Corte IDH, *Yakye Axa v. Paraguay*, párr. 194.

273 Corte IDH, *Moiwana v. Surinam*, párr. 186.

274 Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, párr. 199.

275 Corte IDH, *Sawhoyamaya v. Paraguay*, párr. 219.

276 Corte IDH, *Moiwana v. Surinam*, párr. 195(a).

277 Corte IDH, *Sawhoyamaya v. Paraguay*, párr. 221.

278 Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, párr. 200.

279 Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, párr. 200.

280 Corte IDH, *Sawhoyamaya v. Paraguay*, párr. 224; Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, párr. 201; Corte IDH, *Moiwana v. Surinam*, párr. 214.

281 Corte IDH, *Sawhoyamaya v. Paraguay*, párr. 225.

282 Corte IDH, *Yakye Axa v. Paraguay*, párr. 218.

283 Corte IDH, *Yakye Axa v. Paraguay*, 2005, párr. 181.

284 Corte IDH, *Yakye Axa v. Paraguay*, 2005, párr. 181. Ver también Corte IDH, *Caso Caesar*, 2005, Serie C No. 123, párr. 122; Corte IDH, *Caso Huilca Tecse*, 2005, Serie C No. 121, párr. 88; Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, 2005, Serie C No. 120, párr. 135.

285 Convenio 169, art. 16; Declaración de los Pueblos Indígenas, art. 28.

286 CEDR, Recomendación General No. 23, párr. 5.

De la misma manera, la Corte Interamericana ha ordenado identificar el territorio tradicional y entregarlo de manera gratuita a las comunidades en varias ocasiones. Así, en el caso de *Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte dispone que “el Estado deberá identificar ese territorio tradicional y entregarlo de manera gratuita a la Comunidad Yakye Axa” y que en caso de encontrarse en manos privadas deberá evaluar la necesidad y proporcionalidad de expropiarlo²⁸⁷. Sólo en caso de que por motivos objetivos y fundamentados no lo pueda hacer, deberá proceder a entregar tierras alternativas.

En los casos en los cuales no existe titulación del territorio colectivo, la Corte ha ordenado la delimitación, demarcación y titulación del mismo en un plazo determinado. Para ello, la Corte enfatiza en el caso *Awas Tingni* el deber general del Estado de “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” y el deber particular de delimitar, demarcar y titular las tierras a los miembros de la comunidad *Awas Tingni*²⁸⁸. En dicho caso, la Corte también otorgó un plazo para que el Estado cumpla con este deber y mientras tanto se abstenga de “realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad *Awas Tingni*”²⁸⁹.

En la sentencia de *Saramaka*, la Corte dispone de manera similar que el Estado debe “delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo *Saramaka*, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo *Saramaka*, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales”²⁹⁰. Adicionalmente, añadió que hasta tanto el Estado debe abstenerse de actuar de manera que agentes del Estado o terceros podrían afectar el uso o goce del territorio por los *Saramaka*, “a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo”²⁹¹. Dado que en el caso de *Saramaka* fueron ya entregadas concesiones a terceros, la Corte instó al Estado a revisar y evaluar la necesidad de modificar dichas licencias con el fin de preservar la supervivencia del pueblo *Saramaka*.

287 Corte IDH, *Yakye Axa v. Paraguay*, párr. 217.

288 Corte IDH, *Awas Tingni v. Nicaragua*, párr. 138.

289 Corte IDH, *Awas Tingni v. Nicaragua*, párr. 164.

290 Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, párr. 194(a).

291 Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, párr. 194(a).

La Corte Interamericana también ha destacado otras medidas de satisfacción para reparar daños inmateriales no evaluables pecuniariamente. Entre estas medidas, son importantes la obligación del Estado de “investigar los hechos del caso, identificar, juzgar y sancionar a los responsables” cuando éstos son terceros, así como a establecer la verdad de los hechos²⁹². En este proceso, la Corte destaca algunos requisitos importantes que el Estado debe cumplir:

“a) remover todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que mantengan la impunidad; b) utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y el proceso judicial; c) sancionar, de conformidad con las leyes internas aplicables, a los funcionarios estatales, así como a los particulares, que sean declarados responsables de haber obstruido la investigación penal sobre el ataque a la aldea de *Moiwana*; y d) otorgar las garantías de seguridad adecuadas a las víctimas, testigos, empleados judiciales, fiscales y otros operadores de justicia”²⁹³.

Especial, pero no privativamente, en aquellos casos en los cuales también se ha ejercido violencia en contra de las comunidades indígenas, la Corte es muy enfática en que entre las medidas de satisfacción están todas aquellas conducentes a derribar la impunidad, entendida por la Corte como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”²⁹⁴. De la misma manera, la Corte ha enfatizado en que el reconocimiento del derecho a la verdad es una forma de reparación²⁹⁵.

Frecuentemente, para poder cumplir con las medidas de satisfacción, el Estado es exhortado por la Corte para adecuar su legislación interna, lo que también se considera una garantía de no repetición de la violación. En el caso de *Saramaka*, la Corte conmina al Estado a eliminar o modificar provisiones legales internas que impidan el ejercicio pleno del derecho al territorio y adoptar medidas legislativas y de otro índole para “reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de los integrantes del pueblo *Saramaka* a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado”²⁹⁶, pero también para “reconocer y garantizar el derecho del pueblo *Saramaka* a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el

292 Corte IDH, *Moiwana v. Surinam*, párrs. 202-207.

293 Corte IDH, *Moiwana v. Surinam*, párr. 207.

294 Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas*, 2005, párr. 60, citando a Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, Sentencia, 2004, párr. 148.

295 Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, párr. 97.

296 Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, párr. 194(c).

derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio²⁹⁷. En un sentido similar, las sentencias de *Yakye Axa y Sawhoyamaxa v. Paraguay*, instan al Estado a “adoptar en su derecho interno, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los pueblos indígenas que haga cierto su derecho de propiedad y que tenga en cuenta su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres²⁹⁸”.

La Corte también ha determinado que es necesario proteger a la comunidad vulnerada a través de prestación de servicios básicos y de medidas de seguridad. Con respecto a lo primero, la Corte manifestó en la sentencia *Yakye Axa* que

“mientras la Comunidad se encuentre sin tierras, dado su especial estado de vulnerabilidad y su imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia, el Estado deberá suministrar, de manera inmediata y periódica, agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad; brindar atención médica periódica y medicinas adecuadas para conservar la salud de todas las personas, especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres embarazadas, incluyendo medicinas y tratamiento adecuado para la desparasitación de todos los miembros de la Comunidad; entregar alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunidad tengan las condiciones mínimas de una vida digna; facilitar letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado a fin de que se maneje efectiva y salubrementemente los desechos biológicos de la Comunidad; y dotar a la escuela

297 Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, párr. 194(d).

298 Corte IDH, *Yakye Axa v. Paraguay*, párr. 225; Corte IDH, *Sawhoyamaxa v. Paraguay*, párr. 235.

ubicada en el asentamiento actual de la Comunidad, con materiales bilingües suficientes para la debida educación de sus alumnos²⁹⁹”.

La Corte también estableció en la sentencia *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala* que el Estado debe desarrollar programas de educación y otros servicios públicos “independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional que se destinen para esa región o municipio³⁰⁰”.

Finalmente, la Corte establece que la publicación de la sentencia es per sé una forma de reparación. Para ello, en diferentes ocasiones ordena su traducción a las lenguas indígenas relevantes y su difusión a través de diferentes medios, como por ejemplo la publicación en diarios de masiva circulación y su difusión a través de cadenas radiales³⁰¹.

Por último, es importante hacer una aclaración sobre el derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios y su relación con el derecho a la reparación. Aunque la Corte Interamericana en algunas ocasiones ha manifestado que la participación en beneficios puede hacer parte de la reparación³⁰², se trata de derechos independientes. No debe darse un deber de reparar para que el pueblo afectado tenga derecho a participar de los beneficios. El Convenio 169 es enfático en separar ambos derechos, pues señala que los pueblos interesados “deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades³⁰³”.

299 Corte IDH, *Yakye Axa v. Paraguay*, párr. 221.

300 Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, párr. 110.

301 Ver, p.ej., Corte IDH, *Saramaka v. Surinam*, párr. 196-197; Corte IDH, *Yakye Axa v. Paraguay*, párr. 227.

302 Corte IDH, *Saramaka v. Surinam* parr 138.

303 Convenio 169 de la OIT, art. 15.2.

