

A stylized graphic of a globe in shades of blue and green, positioned on the left side of the page. The globe is partially obscured by the large text.

Número 14, Año 3, septiembre de 2010

Aportes DPLF

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



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

Thomas Antkowiak

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

Alejandra Gonza

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

INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

EL DEBER DE CONSULTAR

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

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

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

1. Efectiva participación

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

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

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

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

¹¹ *Ibid.*, párr. 129.

¹² *Ibid.*

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

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

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

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

2. Materias sobre las que se debe consultar

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

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

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

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

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

3. Deber de obtener el consentimiento previo

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

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

¹⁵ *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

CONCLUSIÓN

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

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

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

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

²³ *Ibid.*

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

Actividades

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

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

En septiembre de 2009 y marzo de 2010 tuvieron lugar

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

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



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

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

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