

***Amicus curiae* presentado ante la Corte de Constitucionalidad de la República de
Guatemala en el caso de la mina San Rafael
EXPEDIENTE No. 4785-2017**

I. Antecedentes y resumen en carácter de amicus curiae

La mina Escobal es una mina de plata ubicada en el departamento de San Rafael las Flores, Guatemala, de la empresa Mina San Rafael, SA, subsidiaria de Tahoe Resources, Inc, una empresa canadiense. La mina tiene una licencia de 25 años para la explotación de los recursos mineros otorgada por el Ministerio de Energías en abril 2013. Cuenta con los permisos medioambientales del Ministerio de Recursos Naturales y Ambiente en octubre 2011. La empresa también tiene una licencia de exploración en un área denominado “Juan Bosco” otorgada por el Ministerio de Energía y Minas en abril de 2012. El desarrollo de la mina comenzó en 2011. Según la página de web de Tahoe Resources sobre el proyecto Escobal, la mina “es uno de las minas de plata primaria más grande del mundo”¹.

Desde junio de 2017, la mina ha sido suspendida provisionalmente en cumplimiento de una acción de amparo otorgado por la Corte Suprema de Justicia. El amparo, presentado por la organización no-gubernamental Centro de Acción Legal, Ambiental y Social (CALAS), alegó que el Ministerio de Energía y Minas no cumplió con su obligación de consultar con el pueblo Xinca afectado antes de conceder las licencias de exploración y explotación. En su resolución definitiva de septiembre de 2017, la Corte Suprema de Justicia otorgó el amparo solicitado “para que se restituya a la comunidad indígena Xinca de los departamentos de Santa Rosa y Jalapa, en sus derechos constitucionales vulnerados, por lo tanto se ordena a la autoridad recurrida, realizar la consulta establecida en el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”. Concedió un plazo de doce meses para llevar a cabo dicha consulta” (Amparo 1076-2017).

Esta decisión ha sido apelada hasta la Corte de Constitucionalidad. El 7 de marzo de 2018, la Corte de Constitucionalidad emitió un acta en el cual pidió el Ministerio de Cultura y Deportes, al Instituto de Estudios Interétnicos de la Universidad de San Carlos De Guatemala y el Centro de Investigaciones Arqueológicas y Antropológicas de la Universidad del Valla de Guatemala que realcen, de forma separada, estudios antropológicos en el municipio de San Rafael Las Flores, Santa Rosa, para “obtener información acerca de la existencia de pueblos indígenas en ese municipio”. El acta nota que se debe tomar como referencia los criterios objetivos y subjetivos definidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

Los firmantes solicitan respetuosamente a la Honorable Corte de Constitucionalidad de Guatemala ser considerados como amigos del tribunal para someter a su consideración los estándares internacionales de derechos humanos relevantes a este caso. En particular, se proporciona un resumen de los derechos humanos en el contexto de proyectos de extracción de recursos naturales y desarrollo. Los firmantes a este informe no pretenden abordar las

¹ <http://www.tahoeresources.com/operations/escobal-mine/>. (“[the Mina Escobal] is one of the largest primary silver mines in the world”).

alegaciones de hecho del presente caso, ni otras cuestiones legales relacionadas, en particular respecto a la responsabilidad legal de Guatemala bajo el marco legal internacional y nacional.

James Anaya es decano de la facultad de derechos de la Universidad de Colorado, Estados Unidos. Ha enseñado y escrito extensamente sobre derechos humanos internacionales y asuntos relacionados con los pueblos indígenas. De 2008 a 2014, se desempeñó como Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Como Relator Especial, Profesor Anaya monitoreó las condiciones de derechos humanos de los pueblos indígenas en todo el mundo y promovió medidas prácticas para garantizar los derechos de los pueblos indígenas. Ha asesorado a numerosas organizaciones indígenas y de otros países en asuntos de derechos humanos y pueblos indígenas. Profesor Anaya recibió su BA de la Universidad de New Mexico y su JD la Universidad de Harvard.

James Cavallaro es profesor de derecho y el director fundador de la Clínica internacional de resolución de conflictos y derechos humanos de la facultad de derecho de la Universidad de Stanford, Estados Unidos. Previamente, se desempeñó como profesor y director del programa de derechos humanos de la facultad de derechos humanos de la Universidad de Harvard. Ha dedicado su carrera a los derechos humanos, tanto en su investigación académica como en su práctica legal. En 2013, fue elegido como comisionado en la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos, sirviendo como su presidente en 2016 y 2017 y como relator sobre Guatemala. Profesor Cavallaro recibió su BA de la Universidad de Harvard, su JD de la Universidad de Berkeley y su Doctorado en derechos humanos y desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España).

II. Estándares internacionales de derechos humanos aplicables

1. Aplicación de los estándares internacionales en materia de los derechos humanos de los pueblos indígenas: el principio de auto-identificación y el principio precautorio

El marco internacional de derechos de los pueblos indígenas tiene un propósito fundamentalmente protector y correctivo que apunta a reparar las consecuencias actuales de la denegación histórica de los pueblos indígenas del derecho a la libre determinación y de otros derechos humanos fundamentales consagrados en instrumentos internacionales de aplicación general². En este sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en 2007 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en 2016, reconocen en términos idénticos en sus preámbulos que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses.

Al determinar los grupos para los cuales se debe aplicar los instrumentos internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, mientras no existe una definición única de los pueblos

² Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, fecha (2008) A/HRC/9/9, párr .36.

indígenas, los mismos estándares refieren a aspectos tanto objetivos como subjetivos. Entre los aspectos objetivos, se incluye: a) ocupación de las tierras ancestrales o al menos de parte de ellas; b) ascendencia común con los ocupantes originales de esas tierras; c) cultura en general, o en ciertas manifestaciones específicas; d) idioma; y e) residencia en ciertas partes del país o en ciertas regiones del mundo³. Por su parte el Convenio N° 169 (1989) de la Organización Internacional de Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales identifica los siguientes para determinar su ámbito de aplicación hacia “los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (art. 1.b).

Respecto al elemento subjetivo, los estándares internacionales **reconocen los derechos de los pueblos indígenas a auto-identificarse y a pertenecer a una comunidad o nación indígena**, de conformidad con las tradiciones y costumbres de aquellas, sin que el ejercicio de ese derecho derive en discriminación de alguna clase⁴. El criterio de auto-identificación permite que sean las personas y las comunidades y pueblos indígenas quienes definan su propia identidad cultural y constituye el criterio fundamental para determinar la condición de indígena de un pueblo o comunidad⁵. El Convenio 169 hace referencia a la conciencia de la identidad indígena como “un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio” (art. 1, párr. 2). Asimismo, la Declaración Americana establece que “La auto identificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica (...) Los Estados respetarán el derecho a dicha auto identificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena” (art 1.2).

En esta conexión, tal como lo ha afirmado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁶ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷, resulta un principio generalmente

³ Ver, Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, del Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, José R. Martínez Cobo. Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1986/7 y Add. 1 - 4. Las conclusiones y recomendaciones del estudio que figuran en la adición 4 también están disponibles como publicación de las Naciones Unidas (documento de las Naciones Unidas, número de venta: E.86.XIV.3). Este estudio se inició en 1972 y se completó en 1986, con lo que se convirtió en el estudio más voluminoso de su tipo, basado en 37 monografías.

⁴ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Artículo 9 (“Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo”) y artículo 33 (“Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos”).

⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, párr. 27; OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15, ISBN 978-0-8270-6556-7.

⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General N.º 23: “Derechos de las minorías (art. 27)”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (1994), párr. 5.2.

⁷ Corte IDH, Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia de 28 de noviembre de 2007, (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 164 (“[L]a cuestión de si algunos miembros auto-identificados del pueblo

aceptado de los derechos humanos que la existencia de grupos diferenciados por razón étnica, lingüística o religiosa, no puede depender de la decisión unilateral de los Estados. Sin embargo, en varios países se ha generado prácticas preocupantes de no reconocer ciertos grupos como pueblos indígenas, obviando así la aplicación de sus obligaciones internacionales en esta materia. Tal como ha enfatizado la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, al no reconocer a ciertos grupos como pueblos indígenas, los Estados y otros actores evitan la aplicación de las normas internacionales y los mecanismos de protección más apropiados para tratar los tipos de problemas de derechos humanos que confrontan estos grupos⁸. La Relatora Especial notó por lo tanto que ella “no aceptará necesariamente de entrada la condición de pueblo indígena que determine un Estado, sin tener en cuenta otros factores al examinar la situación concreta de derechos humanos de un grupo en un país concreto”⁹.

Respecto a las responsabilidades de las empresas en este contexto, los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos adoptados por el Consejo de Derechos Humanos¹⁰ afirman la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos¹¹ y de aplicar la debida diligencia en materia de derechos humanos en sus acciones¹². El anterior Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, ha enfatizado que la falta de un reconocimiento explícito, o un reconocimiento limitado, de los pueblos indígenas por parte de un Estado “no puede ser una excusa para que las empresas no apliquen los estándares

Saramaka pueden afirmar ciertos derechos comunales en nombre de la personalidad jurídica de dicho pueblo es una cuestión que debe resolver sólo el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres, y no el Estado o esta Corte en el presente caso. Además, la falta de identificación individual respecto de las tradiciones y leyes Saramaka por parte de algunos miembros de la comunidad no puede utilizarse como un pretexto para denegar al pueblo Saramaka el derecho a la personalidad jurídica”); Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010, (fondo, reparaciones y costas), párr. 37 (“En cuanto a la autoidentificación colectiva, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos la identificación de cada comunidad indígena ‘es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía’, por lo cual corresponde a la comunidad correspondiente identificar su propio nombre, composición y pertenencia étnica, sin que el Estado u otros organismos externos lo hagan o lo controviertan: la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma como ésta se auto-identifique”).

⁸ Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2014), A/HRC/27/52, párr. 12.

⁹ Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2014) A/HRC/27/52, párr. 16; Cf. Comité de Derechos Humanos, Observación General N.º 23: “Derechos de las minorías (art. 27)”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (1994), párr. 5.2

¹⁰ http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf

¹¹ Principio 11 (“Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”); Principio 13 (“La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos”).

¹² Principio 15 (“Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber: a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos; b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos; c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar”).

internacionales mínimos en relación con los derechos de estos pueblos”¹³. Por lo tanto, dentro de un marco de diligencia debida, según los principios internacionales, corresponde a las empresas la responsabilidad de alertar de antemano la existencia de pueblos indígenas potencialmente afectados por sus futuras actividades y en qué medida podrían verse afectados por las mismas¹⁴. En este sentido, la debida diligencia entraña también “velar por que la empresa no esté contribuyendo o beneficiándose del incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales con los pueblos indígenas”¹⁵.

En algunos casos, existe una “invisibilidad” de ciertos pueblos indígenas, la cual puede ser entendida, en parte, tomando en consideración los efectos de la persecución y marginalización vividas por ellos a través de los siglos¹⁶, como resultado, entre otras cosas, de la colonización y decisiones adoptadas por los mismos Estados. Esta misma opresión histórica de los pueblos indígenas y la supresión de sus manifestaciones de identidad indígena ha llevado a la pérdida a gran escala de aspectos importantes de esa identidad¹⁷. Tal como ha reconocido el anterior Relator Especial Anaya, un proceso necesario para la recuperación de la identidad indígena y la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que les afectan es el fortalecimiento de sus propias instituciones y organizaciones representativas¹⁸. En tales casos, enfatizó que “se debe dar a los pueblos indígenas la oportunidad y el tiempo, con el apoyo adecuado del Estado” para estos procesos de recuperación y fortalecimiento de sus identidades¹⁹. Cabe notar que el Estado estaría amparado de beneficiarse de las consecuencias de sus propias acciones violatorias de derechos humanos del pasado, incluyendo los actos que se pueden considerar como genocidio.

En el contexto específico de Guatemala, tal como se reconoce los Acuerdos de Paz, los pueblos Maya, Xinca y Garifuna han sido sometidos a niveles de discriminación, explotación e injusticia por su origen, cultura y lengua²⁰. Tras su visita al país, el anterior Relator Especial Anaya notó que esta historia ha resultado en rupturas de aspectos importantes de sus identidades, observando que, además el conflicto armado “tuvo un impacto altamente destructivo de las formas tradicionales de organización social y política al interior de las comunidades”²¹. Según el anterior Relator Especial, esta situación se ha complicado aún más por la creación de nuevas instancias formales de representación democrática que han traído como consecuencia el “debilitamiento de las estructuras tradicionales y la entrada en juego de intereses políticos locales en muchos casos ajenos a los intereses de las propias comunidades”²². Por ejemplo, en el mismo informe el anterior Relator Especial ve con preocupación que la Ley de Consejos de Desarrollo establece

¹³ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2010) A/HRC/15/37, párr. 50.

¹⁴ Ibid., párr. 50.

¹⁵ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2013), A/HRC/24/41, párr. 55.

¹⁶ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2013), Ver A/HRC/24/41/Add.2.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2013), A/HRC/24/41/Add.1, párr. 71.

²⁰ Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas, parte Considerando.

²¹ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2011), A/HRC/18/35/Add.3, párr. 49.

²² Ibid.

que las “medidas de desarrollo que impulse el Organismo Ejecutivo y que afecten directamente” a los pueblos indígenas debe realizarse a través de los representantes indígenas en los consejos de desarrollo²³.

En este ámbito, cuando existen dudas respecto a la aplicabilidad de los estándares internacionales en materia de los derechos de los pueblos indígenas, resulta de utilidad referirse al **principio precautorio**. Según este principio, la falta de certeza científica sobre los peligros de daño grave o irreversible, en general sobre el medioambiente y la salud, no puede ser utilizada como un pretexto de no tomar una acción protectora²⁴. De la misma forma, cuando exista la posibilidad de que una medida podría resultar en daño grave o irreversible, los Estados deberían ejercer el mayor nivel de precaución para anticipar, evitar y mitigar los riesgos, a través de la aplicación de los estándares internacionales relevantes. El deber de precaución podría ser aún mayor en los casos de los grupos quienes han sufrido un debilitamiento de sus estructuras tradicionales representativas y quienes están en procesos de recuperación de aspectos centrales de su identidad, tomando los riesgos y vulnerabilidades adicionales que corren en cuanto a su sobrevivencia cultural.

Por su naturaleza, los proyectos de extracción y desarrollo de los recursos naturales tienden a impactar de manera significativa a los derechos de los pueblos indígenas afectados. Por lo general, los derechos afectados comprenden los derechos a la libre determinación; no-discriminación; participación; propiedad, tierras, territorios, recursos naturales; cultura y religión, incluyendo lugares y objetos sagrados; y salud y bienestar físico en relación con un medio ambiente limpio y saludable, entre otros²⁵. En muchos países los proyectos de extracción y de desarrollo también han resultado en situaciones de conflictividad y de división en las comunidades, resultando en impactos negativos sobre la sobrevivencia cultural de los pueblos y en violaciones a los derechos a la integridad física y la vida por las situaciones de violencia que se han generado²⁶.

En el contexto de estos proyectos, tal como se notó, debido a los riesgos de impactos significativos, los Estados son obligados a aplicar medidas para evitar posibles daños y asegurar una garantía de los derechos humanos. Según los estándares internacionales sobre los derechos pueblos indígenas y el medioambiente²⁷, estas salvaguardas incluyen el desarrollo de procesos de consulta y la obtención de su consentimiento libre, previo e informado, sobre el proyecto a

²³ Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2011), A/HRC/18/35/Add.3, párr. 19.

²⁴ Ver, por ejemplo, Declaración de Río sobre el Medioambiente y el Desarrollo, principio 15 (Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente).

²⁵ Ver Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2013), A/HRC/24/41/Add.1, párr. 1.

²⁶ Ver Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2011), A/HRC/18/35/Add.3, párr. 64 y Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2012), A/HRC/21/47, párr. 50.

²⁷ La Declaración de Río sobre el Medioambiente y el Desarrollo de las Naciones Unidas (1992), dispone en el principio No. 22 que: “Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible”.

desarrollarse²⁸. Estos procedimientos especiales y diferenciados se justifican por la naturaleza de la situación de vulnerabilidad de ciertos grupos (social y económico) y porque por lo general están marginados en la esfera política y los procesos democráticos corrientes²⁹.

2. El deber de la consulta y el objetivo del consentimiento libre, previo e informado

(a) Principios internacionales mínimos del derecho a la consulta a los pueblos indígenas

La obligación de los Estados de consultar con los pueblos indígenas está afirmada en diversos instrumentos internacionales, en particular el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo³⁰ y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas³¹. Además, los órganos de tratados de las Naciones Unidas han afirmado en numerosas ocasiones que los tratados de derechos humanos garantizan el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados—incluyendo la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las

²⁸ Ver Corte IDH, Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, de 28 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 129 (“El Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción ... que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental”).

²⁹ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2009), A/HRC/12/34, párr. 42.

³⁰ En particular, el artículo 6 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (1989), establece que, en su aplicación, los gobiernos deben consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (literal a). Dichas consultas deberán efectuarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (numeral 2). El Convenio 169 también reconoce la obligación de los Estados de consultar en contextos diversos, tales como: la explotación del subsuelo (art. 15.2), enajenación de tierras (art. 17.2), programas de formación profesional de aplicación general (art. 22.3), medidas educativas (art. 27.3) y planes educativos sobre alfabetización en idiomas indígenas (art. 28). Un comité tripartito del Consejo de Administración de la OIT afirmó que “el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo” (Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Ecuador del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres, párr. 31). Los órganos de control de la OIT han elaborado sobre cómo estos estándares se aplican en casos específicos, incluyendo en casos en Guatemala (Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendation, International Labour Conference, 102nd Session, Ginebra 2013. Pág. 831. Disponible en red:

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_205472.pdf)

³¹ El artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas indica que los 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. También se menciona el derecho a la consulta en otras disposiciones de este instrumento. La Declaración también hace mención a la obligación de los estados de consultar con los pueblos indígenas en sus artículos. 10, 11, 15, 17, 28, 29, 30, 32, 36 y 38.

Formas de Discriminación Racial³², el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³³ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales³⁴—y que este deber es un corolario de un gran número de derechos humanos aceptados universalmente.

A nivel regional, y la Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas señala que los 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”³⁵. La jurisprudencia de la Corte IDH afirma el deber de los Estados de consultar con los pueblos indígenas en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁶, señalando que la obligación de consultar a dichos pueblos “además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional”³⁷. Asimismo, el derecho a la consulta a los pueblos indígenas ha sido incorporado al nivel interno en numerosos países, a través del desarrollo de leyes, políticas públicas o protocolos y en la jurisprudencia establecida por sus tribunales³⁸.

El anterior Relator Especial James Anaya, ha dedicado varios informes al tema del derecho a la consulta³⁹. Estos informes analizan el contenido del deber de consultar y su aplicación en la práctica en casos específicos, especialmente los que tienen que ver con la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, incluyendo el contexto específico de Guatemala⁴⁰. En los informes, el anterior Relator Especial aclara que la obligación de consultar con los pueblos indígenas deriva a que: a) los pueblos indígenas tradicionalmente no gozan de una representación

³² Ratificado por Guatemala el 18 de enero de 1983. Se exhorta a los Estados a que: “garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”. Recomendación general N° 23 (1997) relativa a los derechos de los pueblos indígenas, (CERD/C/51/Misc.13/Rev.4), art. 4, párr. d).

³³ Ratificado por Guatemala el 5 de mayo de 1992. Véase Comité de Derechos Humanos, comunicación N° 1457/2006, Poma c. el Perú, dictamen de 27 de marzo de 2009, párrs. 7.5 y 7.7 (donde se interpreta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

³⁴ Ratificado por Guatemala el 19 de mayo de 1988. Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/1/Add.74, párr. 12 (donde se interpreta el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

³⁵ Art. XXIII, numeral 2.

³⁶ Ratificado por Guatemala en 1978. La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que el derecho a la propiedad privada garantizado por el artículo 21 de las Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 (obligación de respetar derechos humanos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) incluye como una medida de salvaguardia la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas, con el fin de obtener su consentimiento, antes de limitar o interferir con los derechos de propiedad que tienen los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales tradicionales. Corte IDH. Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, de 28 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas); Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de junio de 2012 (fondo y reparaciones).

³⁷ Ibid.

³⁸ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de junio de 2012 (fondo y reparaciones), párr. 164.

³⁹ Véase el informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, presentado en el 24 periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, el 2 de septiembre de 2013, A/HRC/24/41/Add.5, parte B.

⁴⁰ Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, presentado en el 18 periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, 7 de junio de 2011, A/HRC/18/35/Add.3.

adecuada en los procesos democráticos ordinarios de toma de decisiones; b) las decisiones del Estado impactan de manera diferenciada a los derechos e intereses de los pueblos indígenas en maneras no compartidas por la sociedad en general; y c) a la necesidad de medidas especiales que permitan corregir sus condiciones desfavorecidas⁴¹.

El deber de celebrar consultas es una obligación que se plantea toda vez que los derechos sustantivos de los pueblos indígenas pueden verse afectados por una acción determinada, particularmente los derechos relacionados a la identidad cultural, libre determinación, autonomías, tierras, territorios y recursos naturales, entre otros. La posible afectación directa de derechos debe determinarse de manera integral, ya que enfocarse únicamente en “áreas geográficas de influencia directa” de una medida propuesta limitaría la protección de derechos humanos a cuestiones ambientales.

Cabe señalar que el deber de celebrar consultas variará necesariamente en función de la naturaleza de la medida propuesta y del alcance de su impacto sobre los pueblos indígenas, por ejemplo, las medidas de reforma constitucional o legislativa que interesan o afectan a todos los pueblos indígenas de un país requerirán mecanismos consultivos y representativos apropiados que estén de alguna manera abiertos a todos los pueblos indígenas y al alcance de estos. En cambio, las medidas que afecten a pueblos o comunidades indígenas particulares, como las iniciativas de extracción de recursos naturales en sus territorios, requerirán procesos de consulta que garanticen la participación activa de los grupos afectados y presten atención a sus intereses⁴².

No existe una única fórmula para todos los países y para todas las circunstancias en relación a la aplicación del derecho a la consulta. En este sentido, el artículo 34 del Convenio 169 de la OIT establece que “la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país. Sin embargo, dicho margen de discrecionalidad no es absoluto⁴³. Tal como afirma el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados⁴⁴: “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Existe un importante desarrollo de los elementos esenciales del deber de los estados de asegurar la consulta a los pueblos indígenas, acorde a los estándares internacionales, que incluye: a) el carácter previo de la consulta, es decir debe ser en las fases iniciales de una medida a desarrollarse y continuar durante todas las fases del proyecto en el marco de una comunicación constante entre las partes; b) de ser de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo; c) la

⁴¹ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2009), A/HRC/12/34, párr. 42 (“No obstante, cuando las decisiones del Estado afectan los intereses particulares de los pueblos indígenas, se requieren procedimientos especiales y diferenciados de consultas, procedimientos especiales que se justifican por la naturaleza de esos intereses particulares, que derivan del carácter distinto de los modelos e historias culturales de los pueblos indígenas, y porque los procesos democráticos y representativos corrientes no suelen bastar para atender a las preocupaciones particulares de los pueblos indígenas, que por lo general están marginados en la esfera política”).

⁴² Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre derechos de los pueblos indígenas (fecha A/66/288, párr. 81 y 82.

⁴³ <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>, párr. 15.

⁴⁴ Ratificado por Guatemala el 21 de julio de 1997.

consulta debe ser adecuada y accesible, a través de mecanismos culturalmente apropiadas y con los representantes tradicionales de los pueblos indígenas; d) la realización de estudios de impacto ambiental conforme a los estándares internacionales, que constituyen una salvaguardia de derechos que deben respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; y e) con información completa e independiente, tanto sobre los beneficios como los riesgos del proyecto⁴⁵.

Sin embargo, más allá de estos aspectos de la consulta generalmente entendidos, a continuación, los expertos quisieran mencionar algunos puntos relacionados a las consultas que han generado algún tipo de confusión o dificultades en su implementación en varios países del mundo. Mientras existen un gran número de situaciones en las cuales el Estado tiene una obligación de consultar con los pueblos indígenas bajo los estándares internacionales, las siguientes observaciones se enfocan en el derecho a la consulta y el consentimiento en el contexto de los proyectos de extracción o de desarrollo de los recursos naturales.

(b) La consulta y su principio conexo del consentimiento, como medio para salvaguardar los derechos humanos

Los estándares internacionales establecen claramente que la consulta no es un mero trámite o procedimiento formal para lograr la autorización o expedir la implementación de una medida⁴⁶. Más bien, la consulta debería funcionar como “una salvaguardia de los derechos internacionalmente reconocidos”⁴⁷ que “se ven invariablemente afectados de una u otra forma” por los proyectos de escala industrial⁴⁸. Tal como se mencionó anteriormente, esto incluye aquellos derechos (a la cultura, la integridad física e inclusive la vida, libre determinación, tierras

⁴⁵ Véase Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de junio de 2012 (fondo y reparaciones), párr. 77 que proporciona un resumen del contenido básico de un proceso de consulta (“La Corte ha establecido que [...] el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo o la comunidad, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. Asimismo, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. Por último, la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones. El incumplimiento de esta obligación, o la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados”), y párrs. 178 y 205.

⁴⁶ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2011), A/HRC/18/35/Add.3, párr., 45. Véase también 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) [en adelante, “Reclamación – Colombia”], GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 90 (“una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo dispuesto en el Convenio”).

⁴⁷ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2013), A/HRC/24/41, párr. 85.

⁴⁸ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2013), A/HRC/24/41, párr. 28.

y territorios, entre otros) que son impactados por las situaciones de conflictividad, divisiones sociales y violencia que lamentablemente estos proyectos han generado en muchos casos⁴⁹.

En este sentido, los procesos de consulta sirven la doble función para ayudar a identificar con anticipación y para desarrollar medidas que protegen los derechos que pueden verse afectados por un proyecto⁵⁰. Para poder evaluar los posibles riesgos de un proyecto, y para que los pueblos indígenas puedan adoptar decisiones libres e informadas tal como requieren los estándares internacionales, también son fundamentales los estudios sobre el impacto ambiental y sobre los derechos humanos, previos a la ejecución de las operaciones extractivas. Según el Convenio No. 169, se debe efectuar estos estudios “a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos”⁵¹. Es fundamental que los Estados aseguren la **objetividad de las evaluaciones de impacto, a través de someter los estudios a una revisión independiente** o desarrollar otras medidas⁵². En este sentido, la determinación del área de afectación ambiental y de derechos humanos—y en virtud de lo anterior los pueblos indígenas con quien es necesario consultar— no debe ser exclusivamente bajo el control de los promotores del proyecto.

Estos estudios, desarrollados con la participación de los pueblos indígenas, ayudan a identificar la extensión de los impactos ambientales y sociales⁵³ y el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. Tal

⁴⁹ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2011), A/HRC/18/35/Add.3, párr. 64 (En el contexto de Guatemala, el Relator Especial Anaya observó que “El clima de conflictividad latente ha llevado a numerosas expresiones de protesta social, y en ocasiones ha desencadenado en episodios de violencia contra las personas y contra las cosas”).

⁵⁰ Al respecto, el artículo 15 del Convenio 169 establece “[l]os 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”. Véase también Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de junio de 2012 (fondo y reparaciones), párr. 208 (“la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad”).

⁵¹ Art. 7.3. De la misma manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que los Estados tienen la obligación de realizar estudios previos de impacto social y ambiental antes de otorgar concesiones para proyectos que podrían afectar a pueblos indígenas o tribales. Corte IDH, Caso de las comunidades de Kaliña y Lokono vs. Surinam, 25 de noviembre de 2015, párr. 214. Estos estudios deben incorporar “la identificación de los impactos directos o indirectos sobre las formas de vida de los pueblos indígenas que dependen de dichos territorios y de los recursos existentes en ellos para su subsistencia”. CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc 56/09 (30 diciembre 2009), párr. 254.

⁵² Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2013), A/HRC/24/41, párr. 65.

⁵³ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2009), A/HRC/12/34, párr. 53 (“para que los pueblos indígenas interesados puedan adoptar decisiones libres e informadas sobre el proyecto en consideración es necesario que reciban información objetiva y completa sobre todos los aspectos del proyecto que los afecta, incluidas las repercusiones del proyecto sobre su vida y su entorno”); Véase también 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 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 90. Afirmo que el artículo 6 del Convenio No. 169 (“requiere que la consulta sea “previa”, lo que implica que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso, incluyendo en la realización de estudios de impacto ambiental).

como enfatizó el anterior Relator Especial Anaya, los procedimientos de consulta con respecto a proyectos extractivos son las vías mediante las cuales los pueblos indígenas pueden contribuir activamente a la evaluación previa de los posibles efectos de la actividad propuesta sobre sus derechos sustantivos e intereses⁵⁴. Además, son claves para la búsqueda de alternativas menos dañinas o para la definición de medidas de mitigación, para llegar a acuerdos favorables a sus propias prioridades y estrategias de desarrollo, y para promover el disfrute de sus derechos humanos⁵⁵.

Sin embargo, cabe notar que, de acuerdo a su función como medio para salvaguardar los derechos humanos, la consulta no es simplemente una medida para validar una decisión predeterminada o un acuerdo desfavorable para los pueblos indígenas afectados. Solo cuando los acuerdos se dan “en condiciones justas que protejan los derechos de los pueblos indígenas, el consentimiento cumple su función de salvaguardia de los derechos humanos”⁵⁶. El anterior Relator Especial Anaya afirmó que “los pueblos indígenas afectados podrían estar justificados en abstenerse de dar su consentimiento en relación con una iniciativa propuesta [...] si el Estado no ha demostrado que los derechos de los pueblos indígenas afectados estarán debidamente protegidos en virtud del proyecto propuesto, o si el Estado no ha adoptado las medidas adecuadas para mitigar los efectos adversos del proyecto propuesto”⁵⁷.

Además, podrían existir situaciones en las cuales una consulta nunca va a ser suficiente para salvaguardar los derechos humanos en el contexto de proyectos de extracción⁵⁸. Esto podría ser el caso, por ejemplo, cuando el marco legal, regulatorio y de control y supervisión institucional en el país sean insuficientes para proteger de manera adecuada los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo derechos a las tierras, territorios y el agua, frente a los proyectos de extracción y de desarrollo. La experiencia demuestra que, con tales deficiencias regulatorias, las operaciones extractivas realizadas en la proximidad de los pueblos indígenas suelen poner en peligro o infringir sus derechos y contribuyen a la existencia de conflictos sociales persistentes⁵⁹. Por ejemplo, en el caso del pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, relacionado a la explotación petrolera, la Corte IDH consideró que “la falta de consulta seria y responsable por parte del Estado, en momentos de alta tensión en las relaciones inter-comunitarias y con autoridades estatales, favoreció por omisión un clima de conflictividad, división y enfrentamiento entre las comunidades indígenas de la zona, en particular el pueblo Sarayaku”⁶⁰.

(c) El consentimiento libre, previo e informado

⁵⁴ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2013), A/HRC/24/41/Add.1, párr. 59.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 59.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 30.

⁵⁷ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2013), A/HRC/24/41/Add.1, párr. 30.

⁵⁸ Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011, p. 80 (“En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine*”).

⁵⁹ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2013), A/HRC/24/41/Add.1, párr. 45.

⁶⁰ Corte IDH, caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de junio de 2012 (fondo y reparaciones), párr. 198.

Tal como se notó, en todos los casos en que una medida propuesta afecte a los intereses particulares de los pueblos indígenas, la obtención de su consentimiento deberá ser la finalidad de las consultas. El artículo 6(2) del Convenio 169 de la OIT afirma: “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 propuestas”⁶¹. En este sentido, los órganos de control de la OIT han reconocido que los principios de buena fe han sido concebidos para crear un diálogo que permita a los Estados y los pueblos indígenas trabajar con miras al logro del consenso y procuren seriamente llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio⁶².

Sin embargo, en ciertos casos, los estándares internacionales obligan a los Estados no solo a consultar a los pueblos indígenas, sino también a obtener su consentimiento libre, previo e informado. En estos contextos, es de gran relevancia el **derecho a la libre determinación**⁶³ de los pueblos indígenas que incluye el derecho de los pueblos indígenas a participar en la toma de decisiones que les afectan y sentar sus propias prioridades para el desarrollo dentro de sus territorios⁶⁴. La Declaración de las Naciones Unidas en su artículo 32 afirma que este derecho incluye el “derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o utilización de sus tierras o territorios y otros recursos” y la Declaración Americana en su artículo XXIX dice de manera similar que incluye el derecho “a mantener y determinar sus propias prioridades en lo relacionado con su desarrollo político, económico, social y cultural, de conformidad con su propia cosmovisión”. Una vía importante para el ejercicio de la libre determinación es el acceso a procesos de consulta que pueden dar a conocer sus opiniones en aras de buscar el consenso sobre asuntos que pueden afectar su futuro desarrollo⁶⁵.

⁶¹ De la misma forma, el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas dice “Los 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”. Además, la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas afirma en su artículo XXIII(2) que “Los 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”.

⁶² Ver 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 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 90. (“El Comité considera que el concepto de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común”).

⁶³ Véase Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 1 (“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”).

⁶⁴ Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, art. 3; Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, art. 3 (“Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”).

⁶⁵ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2014), A/HRC/27/52/Add.3, párr. 24.

Existe un consenso al nivel internacional que, por lo general, es necesario **obtener el consentimiento** de los pueblos indígenas afectados antes de adelantar con proyectos de extracción en los territorios de los pueblos indígenas. El anterior Relator James Anaya ha aclarado que “un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas”⁶⁶. En este sentido, ha observado que, como regla general, el consentimiento de los pueblos indígenas es obligatorio para las actividades extractivas dentro de sus territorios⁶⁷. De la misma forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala tendrían un mayor impacto dentro del territorio [de los pueblos indígenas, en este contexto] el Estado tiene la obligación no solo de consultar [...] sino también deben obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”⁶⁸ (el resaltado es propio).

Existen limitadas excepciones a esta regla general, igual que, según los estándares internacionales, los Estados pueden imponer limitaciones al ejercicio de algunos derechos⁶⁹ (aunque sólo a aquellos que no sean considerados como “intangibles”⁷⁰). Tales limitaciones, sin

⁶⁶ Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 83.

⁶⁷ A/HRC/24/41/Add.1, párr. 28. (“Esta regla se derive del carácter invasivo de la extracción de los recursos naturales a escala industrial y por el impacto que invariablemente se ve de una u otra forma en el disfrute de los derechos de los pueblos indígenas”). Respecto al concepto de los territorios, aclara que (“Los territorios de los pueblos indígenas incluyen las tierras que el Estado les reconoce o reserva de una u otra forma, las tierras que tradicionalmente poseen en régimen consuetudinario (tengan o no título oficial de propiedad) y las demás zonas que son de importancia cultural o religiosa para ellos o en las que tradicionalmente tienen acceso a recursos que son importantes para su bienestar físico o sus prácticas culturales”).

⁶⁸ Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, de 28 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 134. Cabe notar también que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas antes de avanzar con la iniciativa propuesta, ambos que son relacionados con proyectos extractivos o de desarrollo. Esto incluye en casos de desplazamiento por la fuerza de un grupo indígena de sus tierras o territorios (art. 10) y en casos del almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (art. 29). Además, los pueblos indígenas que han perdido posesión de sus territorios cuando estos han sido “confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado”, tienen derecho de recibir una indemnización justa y equitativa (art. 28); Ver también Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-769 de 2009 (“... cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea”).

⁶⁹ Véase artículo 46(2) de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (“El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán solo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática”).

⁷⁰ Véase artículo 4 párrafo 2 del Pacto de derechos civiles y políticos (“La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6 (derecho a la vida), 7 (prohibición de la tortura y de la esclavitud), párrafos 1 y

embargo, solo pueden establecerse bajo parámetros limitados y bien definidos. Para ser válidas, estas limitaciones tienen que cumplir con los criterios de necesidad y proporcionalidad con una finalidad pública válida, definida dentro de un marco general de respeto de los derechos humanos⁷¹. En este sentido, en el caso en que haya una afectación significativa a los derechos de una comunidad o pueblo indígena y no se obtenga el consentimiento, el Estado tendría que determinar y justificar por qué el proyecto de extracción es necesario para lograr un objetivo legítimo y asegurar que su diseño es necesario y proporcional para lograr tal fin. Entre los fines válidos, el Relator Especial ha advertido que “no se encuentran los meros intereses comerciales o los objetivos de generación de ingresos, y mucho menos cuando los beneficios de las actividades extractivas tienen un destino principalmente privado”⁷².

De todas formas, cuando un Estado determina que puede permitirse poner en marcha un proyecto extractivo que afecta a un pueblo indígena sin su consentimiento y decide hacerlo, queda obligado a respetar y proteger los derechos del pueblo indígena y de asegurar una garantía de las demás salvaguardas pertinentes, incluyendo la adopción de medidas de mitigación para reducir o compensar la limitación de derechos humanos. La Corte Interamericana también ha enfatizado que en ningún caso se puede avanzar con una iniciativa si la restricción implica **“una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”**⁷³ (el resaltado es propio).

(d) Limitaciones temporales de la consulta y el requisito de buena fe

Una característica fundamental de la consulta es que se desarrolle **antes** de la aprobación y adopción de la medida en cuestión⁷⁴. Los órganos de control de la OIT han interpretado que el

2 del artículo 8 (interdicción e la privación de libertad arbitraria y obligación de informar al detenido en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella), artículo 11 (prohibición de la prisión por deuda contractual), 15 (Prohibición de la ley penal retroactiva), 16 y 18 (libertad de conciencia y de religión)); artículo 27 párrafo 2 la Convención Inter-Americana (“La Convención Americana es más protectora que el pacto de derechos civiles y políticos, extiende la intangibilidad a la protección de la familia (art. 17), a los derechos del niño (art. 19), a la nacionalidad (art. 20) y a los derechos políticos (art. 23) así como a las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. la intangibilidad del ejercicio de ciertos derechos”); artículo 2 párrafo 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (“Esta convención viene a reforzar el carácter intangible del derecho a la integridad física, psíquica y moral, al prohibir la tortura aun en circunstancias excepcionales tales como el estado de guerra o cualquier otra emergencia pública”).

⁷¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aclarado que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención Americana, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, 28 de noviembre de 2007, párr. 127.

⁷² Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2013), A/HRC/24/41, párr. 35

⁷³ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, 28 de noviembre de 2007, párr. 128.

⁷⁴ Art. 15(2) (“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”); En términos similares, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas establece la obligación de la consulta previa (art. 19); Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de junio de 2012 (fondo y reparaciones), párr. 167 (“estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los

requisito de consulta previa implica “que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso” y que las reuniones posteriores al trámite de la medida no cumplen con los requisitos establecidos en el Convenio 169⁷⁵. Además, en la Observación General (2010) formulada por dichos los órganos de control, este derecho de participación debería ser efectivo y brindarles a los pueblos indígenas la oportunidad de hacerse escuchar y de influir en las decisiones adoptadas⁷⁶. Por su parte, la Corte Interamericana, en aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha determinado que “se debe consultar con [los pueblos indígenas] en las primeras etapas del plan [...] y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad”⁷⁷ (el resaltado es propio).

Además de llevar a cabo los procesos de consulta previamente a las medidas a desarrollarse, los estándares internacionales de derechos humanos también requieren que los plazos de la consulta sean adecuados para que los pueblos indígenas puedan conocer y discutir la medida “libremente”. El anterior Relator Especial Anaya ha observado que las consultas “no deben estar sujetas a restricciones temporales impuestas por el Estado, como ocurre en algunos regímenes regulatorios”⁷⁸ y que los pueblos indígenas no deben sentirse presionados por las exigencias temporales de otros, y deben respetarse sus propios ritmos temporales⁷⁹. En la práctica, la consulta y el consentimiento pueden ser necesarios en las distintas etapas de un proyecto extractivo, desde la exploración hasta la producción y la clausura del proyecto.

En algunos casos, los Estados han implementado proyectos sin haber llevado a cabo un proceso de consulta aún en proyectos a gran escala. Es importante señalar que estos casos estarían incumpliendo los estándares internacionales relativos a la obligación de consultar y obtener el consentimiento de los pueblos indígenas. Sin embargo, si las actividades de un proyecto continuarían en el futuro, es necesario que sean con base del consentimiento de las comunidades afectadas, a través de un proceso llevado a cabo de acuerdo con los estándares internacionales, y con garantías para asegurar la protección efectiva a los derechos humanos impactados. Durante

pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes”); Véase también Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-660/15 (2011) (“la consulta debe realizarse *indefectiblemente* con anterioridad a la iniciación del proyecto de explotación o antes de que se tome la decisión normativa o, de otro tipo, que afecte a las comunidades directamente, so pena de que la medida pueda ser invalidada por un vicio de ausencia de consulta”).

⁷⁵ 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 (N° 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 90 (“Por último, el Comité desea subrayar que, como en este caso, reuniones o consultas llevadas a cabo después del otorgamiento de una licencia ambiental no satisfacen lo dispuesto en los artículos 6 y 15, 2) del Convenio”).

⁷⁶ Observación General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), 2010

⁷⁷ Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de junio de 2012 (fondo y reparaciones), párr. 180. Ver también Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011 (“Por ello, el proceso deberá efectuarse desde la etapa de estudios de factibilidad o planeación y no al final, en el momento previo a la ejecución, ya que este tipo de práctica desconoce al rompe los tiempos propios de las comunidades étnicas, situando el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento en un obstáculo y no en la oportunidad de desarrollar un diálogo entre iguales en el que se respete el pensamiento del otro, incluido el de los empresarios”).

⁷⁸ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2013), A/HRC/24/41/Add.1, párr. 69.

⁷⁹ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2013), A/HRC/24/41/Add.1, párr. 69.

este proceso, sería necesario suspender las actividades del proyecto⁸⁰, para que las consultas se desarrollen de forma “libre” (sin presiones) tal como requieren los estándares internacionales, y dejar abierto la posibilidad de que el proyecto no siga adelante dependiendo de los resultados de la consulta.

Es evidente que existen desafíos importantes en muchos países para asegurar las condiciones para llevar a cabo procesos de consulta, debido a los altos niveles de desconfianza que existen entre los pueblos indígenas, los Estados y las empresas. Esta desconfianza deriva a menudo de patrones de una falta de cumplimiento histórica y contemporánea con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, incluyendo la consulta y el consentimiento, u otras prácticas contrarias a los estándares de buena fe. Cabe señalar que en el contexto de proyecto extractivos y de aprovechamiento de recursos naturales las “prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales”⁸¹ agravan estos niveles de desconfianza. En este sentido la Corte Interamericana ha enfatizado que “la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia”⁸².

En estos contextos, es necesario tomar medidas concertadas para crear un clima de buena fe y confianza mutua a través del establecimiento de espacios de diálogo y acercamiento con los representantes tradicionales de los pueblos indígenas afectados. Un paso importante en esta conexión es la suspensión del proyecto ya mencionada. Entre otras medidas, se debe implementar esfuerzos para enfrentar los desequilibrios del poder (en cuanto a recursos, influencia política, experticia, acceso a información, etc.) que en general existen entre el Estado y los pueblos indígenas.



James Anaya



James Cavallaro

⁸⁰ Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011 (“Como se pudo apreciar en la jurisprudencia relacionada, la Corte, salvo por razones de inmediatez o ante la circunstancia de encontrar elementos de juicio que permitan dilucidar que la consulta previa sí se efectuó, ha ordenado mayoritariamente ante la gravedad de las problemáticas estudiadas la suspensión de los proyectos u obras que tienen la potencialidad de afectar o que han afectado territorios de comunidades étnicas hasta que no se garantice el derecho a la consulta previa”).

⁸¹ Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de junio de 2012 (fondo y reparaciones), párr. 186.

⁸² Ibid.