

Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho

Seminario de Derecho Constitucional y Amparo

“Derecho a la Consulta: Saramaka, un caso
paradigmático”

Tesis

Que para obtener el título de

Licenciada en Derecho

Presenta

Silvia Gabriela Ruiz Cervantes

Asesor:

Dr. Rodrigo Gutiérrez Rivas

Cd. Universitaria, D. F. 2014



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIDAD DE SEMINARIOS "JOSÉ VASCONCELOS"
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y
DE AMPARO

Cd. Universitaria, D.F., 27 de agosto de 2014.

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ.
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M
P R E S E N T E

Por este conducto, me permito comunicar a usted, que la pasante **RUÍZ CERVANTES SILVIA GABRIELA**, con número de cuenta 30423791-7 bajo la supervisión de este Seminario, elaboró la tesis intitulada **"DERECHO A LA CONSULTA: SARAMAKA, UN CASO PARADIGMÁTICO"**, realizada con la asesoría del profesor **Dr. Rodrigo Gutiérrez Rivas**.

Con fundamento en los artículos 8° fracción V del Reglamento de Seminarios, 19 y 20 del Reglamento General de Exámenes de la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberse realizado conforme a las exigencias correspondientes, se aprueba la nombrada tesis, que además de las opiniones que cita, contiene las que son de exclusiva responsabilidad de su autor. En consecuencia, se autoriza su presentación al Jurado respectivo.

"La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, sabe caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
EL DIRECTOR DEL SEMINARIO


LIC. EDMUNDO ELÍAS MUSI

*mpm.

México, Distrito Federal, a 4 agosto de 2014

Lic. Edmundo Elías Musi
Director del Seminario de Derecho Constitucional y de
Amparo de la Facultad de Derecho, UNAM
Presente.

Distinguido Lic. Elías,

Tengo el agrado de dirigirme a usted para informarle que después de haber asesorado durante dos años y haber revisado con detalle la versión final de la tesis de licenciatura "Derecho a la Consulta: Saramaka, un caso Paradigmático", elaborada por Silvia Gabriela Ruiz Cervantes con número de cuenta 304237917, considero que se trata de un trabajo finalizado que reúne todas las condiciones para ser aprobado.

En ese sentido le informo como director que autorizo el proyecto con el objeto de que Silvia Gabriela Ruiz pueda avanzar en sus trámites de titulación ante la Facultad y así poder presentar su examen profesional.

Sin más por el momento, y agradeciendo la atención que pueda prestar a la presente, aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo.

Atentamente



Dr. Rodrigo Gutiérrez Rivas

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Agradecimientos

A mis papás y mi hermana por apoyarme siempre en todo momento y decirles que los amo mucho.

A Fundar, lugar donde trabajo por darme la oportunidad y flexibilidad para concluir mi tesis de licenciatura, al igual que les agradezco a mis colegas por su apoyo en esta etapa.

A todas y todos mis amigos con quiénes he vivido muchas experiencias de vida y me enseñaron lo grandioso que es la amistad.

Al proyecto PAPIIT (Programa de Apoyos a Proyectos de Investigación e Innovación Tecnológica) IN302311 “El derecho fundamental a la consulta de los pueblos originarios frente a los megaproyectos de inversión y desarrollo” porque sin él esta tesis no hubiera sido posible.

A Rodrigo Gutiérrez por haberme formado como abogada en todo este tiempo que llevamos de conocernos y decirle que más que un tutor es un amigo de vida.

A Daniel por estar al pendiente de lo que necesitara, ser mi consejero, por apoyarme en los últimos momentos de la tesis y por todo el cariño y amor que me ha dado siempre.

Índice

Introducción	1
---------------------	---

Capítulo I

1. Nociones de Desarrollo: Antecedentes del Derecho a la Consulta y al Consentimiento Libre, Previo e Informado de Pueblos Indígenas	
1.1 Apuntes introductorios	8
1.2 Capitalismo, desarrollo y pueblos indígenas	12
1.3 Marco internacional del Derecho a la Consulta y CLPI	20
1.3.1 Convenio 107 OIT	21
1.3.2 Convenio 169 OIT	22
1.3.3 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	27

Capítulo II

2 Derecho a la Consulta	
2.1 Apuntes introductorios	30
2.2 ¿Qué es el Derecho a la Consulta?	32
2.2.1 Características de la Consulta	33
2.2.2 Etapas de la Consulta	34
2.2.2.a) Etapa informativa	35

2.2.2.b) Etapa deliberativa	36
2.2.2.c) Etapa de conclusión o resolutive	36
2.3 El doble juego de la Consulta	37
2.4 Marco Internacional del Derecho a la Consulta	38
2.4.1 Convenio 169 OIT	40
2.4.2 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	48

Capítulo III

3 Consentimiento Libre, Previo e Informado	
3.1 Apuntes introductorios	53
3.2 ¿Qué es el Consentimiento?	54
3.2.1 Principios del Consentimiento	55
3.3 Marco Internacional del derecho al Consentimiento Libre, Previo e Informado	58
3.4 Organismos Internacionales sobre Pueblos Indígenas	61
3.4.1 Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas	61
3.4.2 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial	64
3.4.3 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas	65
3.4.4 Corte Interamericana de Derechos Humanos	67
3.5 En defensa del Consentimiento Libre, Previo e Informado	68
3.6 Alcances del Consentimiento Libre, Previo e Informado	70

Capítulo IV

4 Caso Saramaka vs Surinam	
----------------------------	--

4.1	Apuntes introductorios	73
4.2	Presentación de la demanda por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos	74
4.2.1	No reconocimiento del derecho a la propiedad comunal	74
4.2.2	No reconocimiento de su personalidad jurídica	76
4.2.3	Derecho al Consentimiento, libre, previo e informado	77
4.2.4	Exigencias dentro de la demanda	78
4.3	Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos	78
4.3.1	Pueblo Saramaka	79
4.3.2	Reconocimiento de la personalidad jurídica	81
4.3.3	Derecho a la propiedad individual	83
	4.3.3.a) Propiedad comunal	83
4.3.4	La necesidad de la obligatoriedad del Consentimiento, libre, previo e informado	85
	4.3.4.a) Concesiones madereras	87
	4.3.4.b) Concesiones mineras	88
4.3.5	Derecho a la consulta	89
4.3.6	Consentimiento, libre, previo e informado	89
4.3.7	Reparto de beneficios	90
	Conclusiones	92
	Bibliografía	98

Introducción

Considero pertinente comenzar con una breve explicación de las razones por las cuales realicé este estudio y cómo es que llegué a un primer objetivo que, con posterioridad, fue cambiando a medida que fui avanzando en las lecturas para la investigación.

Me interesó abordar en la tesis el tema sobre el derecho a la consulta por varios motivos. Uno de ellos es que participé en un proyecto Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación e Innovación Tecnológica (PAPIIT) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) sobre el derecho a la consulta a pueblos indígenas frente a megaproyectos de desarrollo. Otra razón, es que la gente con la que tengo contacto en la academia trabaja y estudia problemáticas relacionadas a los derechos de los pueblos indígenas. Y por último, cuando empecé a conocer con mayor profundidad el tema, me lo “aproprié”; incluso en mi empleo actual en el que estoy como investigadora de derechos humanos en una ONG, me dedico a ello.

El presente trabajo tuvo como objetivo en un primer momento, demostrar la importancia y necesidad de que se lleven a cabo consultas previas a pueblos indígenas para poder frenar o ejercer presión a megaproyectos de desarrollo que los afectan en sus tierras, territorios y recursos naturales debido a varios factores: a) no reconocimiento de los pueblos indígenas como pueblos autónomos y sujetos de derecho público; b) no reconocimiento de la propiedad colectiva y; c) problemas ambientales. Siguiendo estos ejes, tenía pensado demostrar lo relativo a la consulta abordando un caso que se traduce en una sentencia emitida por

la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Saramaka vs Surinam” del 2007.

Sin embargo, mi objetivo de investigación se fue modificando por las lecturas que realicé, como la de Héctor Díaz Polanco¹ y César Rodríguez Garavito² que plantean la consulta como el proceso para llegar al Consentimiento Libre, Previo e Informado (CLPI), siendo éste último el derecho más apropiado para la defensa de las tierras de los pueblos indígenas, en el cuál debemos enfocar nuestra atención. Fueron de igual modo influyentes las experiencias de movimientos que luchan para defender sus tierras, territorios y recursos naturales como es el caso de la Tribu Yaqui³, que en estos momentos está realizando una consulta por la defensa del agua en su territorio.

Por ello, desde la teoría y la práctica me di cuenta que la Consulta por sí sola, hablando en términos jurídicos, no acabaría con el problema de despojo de tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas como lo había planteado en el objetivo, sino que ésta es sólo un derecho procesal para poder llegar a un Consentimiento Libre, Previo e Informado vinculante que implica que deben respetarse las decisiones de los pueblos indígenas sobre el manejo y uso de sus recursos naturales.

De este modo, el objetivo que finalmente ha guiado mi trabajo de tesis es demostrar la importancia de la obtención obligatoria del derecho al Consentimiento Libre, Previo e Informado de los

¹ Díaz-Polanco, Héctor, intervención en el Seminario “Retos y desafíos en la construcción de Estados Plurinacionales”, La Paz, 16 de febrero de 2011.

² Rodríguez Garavito, César, “Etnicidad.gov: los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados”, *Dejusticia*, Colombia, 2012.

³ Amparo emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el que se exige al Estado mexicano realizar una consulta a la Tribu Yaqui por el derecho al agua. Ver: <http://tribuyaquiyor.blogspot.mx/2013/06/engrose-documento-adjunto-expediente.html>

pueblos indígenas frente a proyectos de desarrollo que los afecten en cuanto a sus tierras, territorios y recursos naturales, siendo la consulta la vía procesal para llegar a él. A los fines de concretar esta meta, el proyecto de investigación se divide en tres dimensiones fundamentales: 1) la teórica; 2) la dogmática y 3) la casuística, divididas en cuatro capítulos. El apartado teórico presenta los conceptos básicos de la investigación y las herramientas de análisis y de crítica que permitieron desarrollar y resolver las problemáticas que se nos fueron presentando. En la dimensión dogmática se analiza al derecho internacional, incluyendo tanto el contenido de los derechos como los mecanismos para su protección. Con esto, los pueblos indígenas poseen la capacidad de ejercerlos para poder defenderse. En la casuística, se realizó un estudio de la sentencia Saramaka vs Surinam, que permitió un acercamiento concreto y descriptivo sobre el ejercicio del derecho a la consulta y al CLPI.

He organizado la tesis en cuatro capítulos para su desarrollo, siguiendo una lógica en la cual primero se exponen los antecedentes de la consulta y el CLPI a partir de los debates que causaron su creación y regulación, introduciendo así el tema general de la investigación. Asimismo, como parte del marco contextual, se examina el modo en que la ideología desarrollista vinculada al capitalismo propició el establecimiento de proyectos de desarrollo en los territorios de los pueblos indígenas. Posteriormente, en el segundo capítulo, se explica el contenido del derecho a la consulta conforme a la legislación internacional que lo regula, siguiendo con la crítica que actualmente se debate sobre las consultas previas como posible legitimación para el establecimiento de los proyectos de desarrollo. En el tercer capítulo se aborda la cuestión del CLPI que es el centro de mi tesis, se detalla el contenido, la polémica que existe en la

materia, sus alcances, y todos los organismos e instrumentos internacionales que lo norman para darle impulso y sustento jurídico, en vías a garantizarlo como parte de la defensa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Por último, en el cuarto y último apartado, todo lo expuesto a lo largo de la tesis lo demuestro a partir de un caso relevante de la CoIDH que refleja la importancia del CLPI en cuestiones indígenas frente a proyectos de desarrollo.

El primer capítulo, que lleva como título “Nociones de Desarrollo: Antecedentes del derecho a la consulta y al CLPI de Pueblos Indígenas”, aborda los antecedentes de ambos derechos con la finalidad de que se tenga una noción amplia del por qué surgieron y se fueron positivizando en el marco internacional de derechos humanos, en tanto derechos necesarios para la defensa del territorio de los pueblos indígenas. Lo planteado aquí es la base para que en los siguientes apartados se profundice en la explicación del contenido de cada derecho, su marco en el derecho internacional y su aplicación.

Por otra parte, en este primer capítulo también se explica el modo en que el sistema capitalista, vinculado a proyectos de desarrollo, afecta los recursos naturales, tierras y territorios de los pueblos indígenas, violando derechos como: autonomía, libre determinación, alimentación, agua y desarrollo propio, entre otros.

Se expone, entonces, el vínculo entre el desarrollo hegemónico capitalista -con los problemas de mercantilización de recursos naturales y las dinámicas que provocan el despojo de los pueblos indígenas. Es en este escenario de conflictos donde surgen Convenios Internacionales –primero, el Convenio 107 de la OIT y después el Convenio 169 OIT– y las Declaraciones –Declaración

de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas– que regulan el derecho a la consulta previa y al CLPI que también son objeto de nuestra atención. Finalmente, partiendo de estos instrumentos internacionales, se hace un estudio dogmático sobre el derecho a la consulta y el derecho al CLPI como la vía legal para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

El segundo capítulo, que aborda el “Derecho a la Consulta”, comienza colocando los problemas y argumentos por los cuales se hace necesario realizar las consultas a pueblos indígenas, con el objetivo de resaltar su importancia. Posteriormente, se aborda el contenido del derecho a la consulta y se describen las etapas que éste establece, aclarando que éstas no son las únicas ni deben limitar el proceso. En el trabajo se enfatiza que las etapas de consulta derivadas del derecho, son flexibles en tanto que cada proceso de consulta es diferente para cada pueblo indígena; aún así conviene señalar que existen ciertos estándares internacionales que tienen que ser cumplidos. A continuación, se detalla lo relativo al doble papel de la consulta. Se plantea cómo es que este derecho puede ser tanto un arma de los pueblos como de las empresas y el Estado, dualidad debida a la dualidad debida a múltiples factores y elementos que se explicarán a lo largo del trabajo.

Por último, se explican las características del derecho a la consulta a través de la legislación internacional, en particular del convenio 169 de la OIT y de la DUNDPI, así como los estándares internacionales con los que cuenta la consulta y la obligación del Estado para que ello se cumpla.

En el tercer capítulo, “Consentimiento Libre, Previo e Informado”, se estudian el contenido, significado, principios y estándares

internacionales con los que debe contar el CLPI para ser cumplido satisfactoriamente. Se hace un análisis de los artículos del marco internacional sobre el CLPI contenidos en el Convenio 169 de la OIT y la DNUDPI. Asimismo, se analiza el posicionamiento de diversos organismos internacionales como el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se posicionan a favor del CLPI. En los últimos acápites del capítulo se desarrolla la polémica que existe en la aplicación del CLPI, traducida en los límites que se le imponen al CLPI para su ejercicio pleno, así como la importancia de su obtención obligatoria cuando existan amenazas de afectación en las tierras, territorios y recursos naturales de pueblos indígenas.

El cuarto apartado, “Caso Saramaka vs Surinam” profundiza en la sentencia emitida por la CoIDH, caso que trata sobre el tema de la consulta previa y el CLPI. En primer lugar, se aborda la demanda que realizó la CIDH ante la CoIDH sobre ciertos derechos violados al pueblo Saramaka, como el no reconocimiento del derecho a la propiedad comunal, el no reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo Saramaka y el derecho a la consulta previa.

Estas demandas fueron recibidas y aceptadas por la CoIDH, dando como resultado la sentencia antes mencionada, que abarca varios temas de importancia para el objetivo de esta tesis. Asimismo, se detalla la ubicación y origen del Pueblo Saramaka para conocer y tener un panorama del pueblo y el inicio de sus conflictos como marco mínimo indispensable para estudiar los derechos violados, retomados por la CoIDH de la demanda de la

CIDH y que se analizan en la sentencia. Dentro de los temas que señala la CoIDH, posiciona la obligatoriedad del derecho al CLPI.

A partir de la investigación quisiera aportar razones suficientes para que se considere la aplicación obligatoria del CLPI en el discurso del derecho tanto a nivel nacional, regional e internacional, así como continuar suscitando el debate sobre la cuestión, tanto en la academia como en los movimientos sociales. Espero lograr hacer visible el hecho de que para que se tomen con seriedad las opiniones y decisiones de los pueblos, es necesario ejercer y garantizar el CLPI, o al menos ganar un espacio más al derecho hegemónico positivista.

CAPÍTULO I

1. Nociones de Desarrollo: Antecedentes del Derecho a la Consulta y al Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos Indígenas

1.1 Apuntes introductorios

En este primer capítulo de antecedentes, se pretende dar a conocer algunos de los factores que intervinieron en el surgimiento del derecho a la consulta y al Consentimiento Libre, Previo e Informado (CLPI) tanto en la teoría como en el marco internacional de los derechos humanos, ambos ubicados como derechos necesarios de los pueblos indígenas para la defensa de sus territorios, tierras y recursos naturales.

Uno de los motivos del surgimiento de estos derechos puede estar asociado al capitalismo asociado al crecimiento exponencial que ha experimentado el modelo de acumulación capitalista durante las últimas décadas (suposición fundamental en este estudio). La consulta es en importante medida la respuesta a las dinámicas de expansión constante (en términos productivos y geográficos) que tienden a la acumulación incesante que dicho modelo tiene como eje rector.⁴

Es en este contexto que los pueblos indígenas han visto sus derechos en constante amenaza por el modo de operar del capitalismo a través del despojo sobre la naturaleza teniendo

4 Composto Claudia, Navarro Mina Lorena, "Estados, transnacionales extractivas y comunidades movilizadas: dominación y resistencias en torno a la minería a gran escala en América Latina" *Revista Theomai*, n° 25, primer semestre, 2012 Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, Argentina, p. 58
<http://revista-theomai.unq.edu.ar/NUMERO%2025/7Composto.pdf>

como fin último el acceso a los recursos naturales y la biodiversidad⁵. Estas violaciones son cometidas por el Estado⁶ cuando otorga concesiones y/o permisos para explotar recursos naturales; por parte de los organismos financieros cuando otorgan dinero para invertir en proyectos de desarrollo y; por empresas extractivas que sólo pretenden obtener la mayor ganancia posible (lógica inherente al modo de producción capitalista).

Para tener más clara la violación de derechos a pueblos indígenas que conlleva los procesos de acumulación, en específico en cuanto al despojo de tierras, territorios y recursos naturales, se hará referencia a uno de los ejes de análisis de la tesis, que es la visión hegemónica de la noción de desarrollo.

Uno de los problemas de esta visión⁷ es que es concebida como la única forma de salir de la pobreza y la única vía de progreso, sin reconocer las distintas formas de vida de cada grupo o personas como los son los pueblos indígenas, creándose así una dinámica de exclusión y discriminación.

De cara a esta situación, los pueblos indígenas han estado planteando que existen diferentes nociones de desarrollo que

5 Ibid, p. 59.

6 Un ejemplo de ello lo encontramos en México donde la Secretaría de Energía tiene un estudio donde se menciona que en el país existen actualmente 857 proyectos mineros con 287 empresas de capital extranjero..

Ver:

http://www.economia.gob.mx/files/comunidad_negocios/industria_comercio/informacionSectorial/minero/su_mejor_oportunidad_inversion_mineria_0713.pdf

7 Esta visión de desarrollo atada al libre mercado la encontramos en el Consenso de Washington que contiene diez puntos a seguir: 1) Disciplina presupuestaria de los gobiernos, 2) Reorientación del gasto gubernamental hacia áreas de educación y salud, 3) Reforma fiscal o tributaria, con bases amplias de contribuyentes e impuestos moderados, 4) Desregulación financiera y tasas de interés libres de acuerdo al mercado, 5) Tipo de cambio competitivo, regido por el mercado, 6) Comercio libre entre naciones, 7) Apertura a inversiones extranjeras directas, 8) Privatización de empresas públicas, 9) Desregulación de los mercados, y 10) Seguridad de los derechos de propiedad.

cubren mejor sus necesidades y se adecuan en mayor medida a su perspectiva del mundo. Se refieren a un desarrollo propio que consiste en priorizar su cosmovisión para que mediante sus características culturales determinen lo que es desarrollo para ellos, entendiendo que cada pueblo indígena tendrá su propia concepción de desarrollo.

Este desarrollo propio se presenta fuertemente vinculado al derecho a la autonomía y la libre determinación de los pueblos, ya que mediante el ejercicio de estos dos derechos un pueblo indígena puede decidir su desarrollo económico, social y cultural, así como establecer sus propias formas de gobierno y justicia. Por eso, el desarrollo propio sólo podrá alcanzarse con el pleno ejercicio de la autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas debido a la interdependencia de los derechos⁸.

Es importante mencionar el derecho a la autonomía y la libre determinación porque son derechos que permiten a los indígenas decidir la vida política, social, jurídica y económica de sus pueblos (en el marco del esquema del Estado-Nación). Estos derechos están regulados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

En el artículo 1.1 tanto del PIDCP como del PIDESC⁹, se señala “que el titular del derecho a la libre determinación lo tienen todos los pueblos. Vinculado a ese derecho, ellos pueden establecer su condición política, social, cultural y decidir qué desarrollo se acomoda más a sus necesidades.”

8 Anaya, James, *Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional*, Madrid: Trotta, 2005, p. 106.

9 Artículo 1.1. 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.

El artículo 27 del PIDCP señala que “no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde... a gozar de su propia cultura que consiste en una vida fuertemente asociada al territorio y uso de recursos naturales”¹⁰.

El artículo 27 no establece de forma literal las categorías de “autonomía” o “libre determinación”, pero hace referencia a ellas cuando se refiere a que las minorías tienen el derecho al manejo de sus territorios y recursos naturales de acuerdo a su cultura.

Además, durante el 20º período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas se hizo referencia a estos derechos. Este Grupo de Trabajo reafirmó el derecho a la libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas como condición previa para el ejercicio de otros derechos humanos, mediante los cuales pueden participar en los procesos de toma de decisiones sobre temas que pudieran afectarles¹¹.

Por su parte, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, ha señalado que las consultas efectivas realizadas por el Estado se fundan en un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, primordialmente el de la libre determinación y autonomía de los pueblos¹².

Hecha la referencia al derecho a la autonomía y libre

10 ONU, Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 23, Los derechos de las minorías (art. 27), agosto 1994, párrs. 1 y 3.2.

11 Informe del 20º período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (E/CN.4/Sub.2/2002/24), párr. 26

12 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 15 de julio de 2009 (A/HRC/12/34), párrf. 41.

determinación vinculado con el derecho al desarrollo, sin descartar otros derechos que también tienen una relación significativa, el derecho a la consulta y al CLPI van a servir como canal para hacerlos efectivos con la posibilidad de decidir la mejor forma de vida de acuerdo a sus necesidades. Así, resulta importante la referencia al derecho a la consulta y CLPI como instrumentos jurídicos que van a jugar un papel importante en la salvaguarda de los intereses de los pueblos en un mundo basado en una concepción dominante de desarrollo económico centrada en el despojo, la explotación y la polarización de los recursos y la riqueza, así como en el colonialismo y el racismo como discursos/prácticas legitimadoras del status quo.

1.2 Capitalismo, desarrollo y pueblos indígenas

Después de la Segunda Guerra Mundial la hegemonía del modelo de desarrollo economicista se afianzó en los Estados Unidos de la mano del gobierno de Truman, con el fin de reconstruir las economías de los países afectados por la guerra mediante estrategias de expansión mercantilista¹³..

Con ello, se propuso una concepción dualista entre países desarrollados y en vías de desarrollo o subdesarrollados¹⁴. Así nacían las ideas de “primer” y “tercer” mundo planteadas por primera vez en 1952¹⁵, que venían a ocupar el lugar de antiguas divisiones entre pueblos cristianos y no cristianos (conquista) o

13 Gutiérrez Rivas, Rodrigo et al., *Los derechos sociales y el desarrollo rural*, Primera edición, México, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de diputados LX Legislatura, 2007, Legislación para el Desarrollo Rural, p. 25.

14 Truman, Harry, Discurso de investidura presidencial, 20 de enero de 1949. Ver: http://www.trumanlibrary.org/whistlestop/50yr_archive/inagural20jan1949.htm

15 Rajagopal, Balakrishnan, *El Derecho Internacional desde abajo*, Ilsa, Bogotá, 2005, p. 50.

entre civilización y barbarie (independencias)¹⁶. En aquella ocasión se señaló, desde la visión de los economistas de los países desarrollados, que los países en vías de desarrollo o subdesarrollados habrían de requerir de la capacidad económica de los países industrializados para aumentar su calidad de vida y así salir de la pobreza¹⁷. En otras palabras, se planteaba el crecimiento económico y el desarrollo como única vía para crecer y llegar a ser un país de primer mundo¹⁸.

Desde entonces, el modelo de desarrollo capitalista tomó fuerza como patrón de poder mundial, y se fue imponiendo como si fuera el único modelo a seguir, sobre todo después de la caída del muro de Berlín y el final de la Guerra Fría, cuando se trató de demostrar con ese hecho que el modo de producción del socialismo real había sido un fracaso. Sin embargo, el modelo de desarrollo economicista ha ido en constante avance y a pesar de ello, no parece estar cumpliendo con las necesidades de los pueblos¹⁹. Por el contrario, en muchas latitudes está destruyendo

¹⁶ Grosfoguel, Ramón, "Hacia un pluri-versalismo transmoderno decolonial", *Tabula Rasa*. Bogotá - Colombia, No.9, pp. 199-215, julio-diciembre 2008, p. 211.

¹⁷ *Op. cit* Gutiérrez Rivas, Rodrigo, 2007, p. 25.

¹⁸ Balakrishnan Rajagopal ubica el comienzo de estas ideas desarrollistas, asociadas a políticas y prácticas materializadas en los proyectos de desarrollo, en el surgimiento de la Sociedad de Naciones (1919) y las instituciones que nacieron de la Conferencia de *Bretton Woods* (1944) como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, etc. Ver: Rajagopal, Balakrishnan, *Op. Cit.*, p.125.

¹⁹ En el Informe de la primera experta independiente de Naciones Unidas Anne Marie Linz, Los derechos humanos y extrema pobreza E/CN.4/2000/52. La experta reconoce que si bien la liberalización de los intercambios y la mundialización deberían generar múltiples posibilidades para los países en desarrollo, es preciso admitir que han consolidado los mecanismos de exclusión en el desarrollo de numerosas economías. Esta misma conclusión en el Seminario de expertos de ONU sobre derechos y pobreza del 7 al 9 de feb de 2001 (E/CN.4/2001/54/Add.1) señala que "Aunque se reconoció que el reto de la mundialización presenta un aspecto positivo, los participantes se mostraron de acuerdo en que su posible repercusión negativa suscita considerables inquietudes. En algunos casos, la liberalización del comercio y la evolución hacia una economía de mercado habían empeorado la ya difícil situación de los grupos marginados, que no podían competir en lo económico, en particular debido a la falta de mecanismos de protección adecuados."

la vida colectiva y espiritual de estos pueblos debido a la intensificación de la apropiación, despojo y extracción de recursos naturales, a partir de diversos fenómenos entre los que se encuentran los proyectos de desarrollo que se han expandido con mayor fuerza desde el siglo XXI, consolidando relaciones de poder y dominación social en detrimento de los pueblos indígenas.

Este juego de poder y dominación tiene una relación histórica con las concepciones coloniales que se impusieron en América desde la denominada “conquista”. Desde entonces, la construcción política, social y cultural de la relación entre ambos mundos se basó en la idea de que los pueblos indígenas eran una raza inferior, arcaica y primitiva²⁰ que debe entrar en la dinámica de la modernidad para poder desarrollarse y salir de la pobreza de ese mundo atrasado en el que viven.

El racismo persiste con mucha fuerza, este patrón de clasificación social impuesto desde la época colonial dio origen a identidades nuevas en América, tal como los indios, negros o mestizos, estableciendo una jerarquía de identidades²¹, colocando a éstos en un nivel de subordinación.

La lógica de inferioridad que surgió en la colonia sigue presente en el discurso de la modernidad capitalista del siglo XXI, pues se construyen mega obras en los territorios de los pueblos y comunidades indígenas alegando la necesidad y conveniencia de cambios socioeconómicos para solucionar sus problemas de pobreza, lo que sin embargo genera violaciones de derechos

20 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, 15 noviembre 2007 (A/HRC/6/15), Párr. 10.

21 Quijano, Aníbal “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Lander, Edgaro (comp.), *La colonialidad del saber, eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*, Buenos Aires: CLACSO, 2000, p. 202.

humanos tales como el de autonomía y la libre determinación, afectando la vida diaria²².

Esta concepción de desarrollo economicista, provoca problemas de discriminación²³ y exclusión social²⁴ que no logran resolverse, pues los esfuerzos sólo se focalizan en el crecimiento económico y la supuesta superación de la pobreza, dejando a un lado lo que verdaderamente demandan los pueblos desde sus propias concepciones de vida.

Otra violación que se genera por la construcción de los proyectos de “desarrollo” es el despojo de la naturaleza, que se ha convertido en uno de los signos distintivos del capitalismo contemporáneo, como una vía para la privatización y mercantilización de los recursos naturales a favor de las empresas trasnacionales²⁵.

Continuando con las violaciones, también se genera el desplazamiento de los pueblos de sus tierras y territorios, dinámica que fragmenta el tejido social y afecta varios derechos sociales como la alimentación, vivienda y agua, entre otros.

Este estado en el que viven frente a la problemática de los proyectos de supuesto desarrollo hace visible que los pueblos indígenas son grupos que han sido arrojados a una situación de vulnerabilidad y que históricamente han vivido en un escenario de discriminación.

22 Informe Stavenhagen 2007, Op. Cit. 3 Párr. 10.

23 Para efectos de lectura, discriminación es un fenómeno sociológico, que ocasiona violencia u opresión.

24 Entendiendo a la exclusión social como un proceso de desintegración social en el sentido de una ruptura progresiva de las relaciones entre el individuo y la sociedad

25 Composto, Claudia y Navarro. Mina, “La megaminería en México” Blog *Horizontes comunitarios, Territorios en disputa entre el despojo y las resistencias*, 2014 [en línea]

<http://horizontescomunitarios.files.wordpress.com/2014/02/territorios.pdf>

El discurso hegemónico del desarrollo economicista profundiza la situación de pobreza y marginación²⁶, contrario a la premisa principal de la idea original de desarrollo que supondría la posibilidad de superarlas. Esta cuestión deja claro que su meta no es el bienestar de los pueblos indígenas y que por el contrario, ha contribuido a aumentar la violencia y pobreza²⁷. El discurso/práctica hegemónico de desarrollo economicista no ha respondido a las demandas de los pueblos, pues concebir al desarrollo como sinónimo de crecimiento económico no es la solución a los problemas, siendo necesario ir al fondo del asunto, más allá de la visión economicista, para poder resolver cuestiones sociales, culturales y políticas²⁸.

El ex relator de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas, Rodolfo Stavehagen, ha insistido en que para poder resolver de raíz el problema se deben atacar las causas estructurales de la marginación de los pueblos indígenas, que están directamente vinculadas a la falta de reconocimiento, protección y garantías de cumplimiento de sus derechos humanos, individuales y colectivos²⁹.

Complementando lo dicho por el ex relator, también hay que tomar en cuenta el elemento del respeto hacia las diferencias que existen entre los grupos o personas, incluidos los pueblos indígenas. Este enfoque de las diferencias permite aproximarse a

26 Rionda Ramírez, Jorge Isauro "Exclusión Indígena en México (Historia Económica en retrospectiva)", *Tecsisistecat*, revista electrónica de ciencias sociales, volumen 2, no. 7, enero 2010 [en línea] <http://www.eumed.net/rev/tecsistecat/n7/jirr.htm>.

27 Informe Stavenhagen 2007 *Op.cit* 3 Párr.10..

28 Gros Espiell, Héctor, "El nuevo orden económico internacional; El derecho al desarrollo y los derechos humanos", en VV. AA., *La protección internacional de los derechos del hombre; Balance y perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, p. 102.

29 Informe Stavenhagen 2007, *Op.cit* 3 Párr. 60.

aquellas exigencias que van surgiendo dependiendo el contexto y tiempo en que se encuentren y evitar la violación de derechos.

No debe obviarse que en muchas ocasiones, ante el problema del desarrollo, se producen resistencias que no son contrarias a la idea de mejorar sus condiciones de vida, sino que buscan proteger lo poco que les pertenece y poder subsistir frente a la mercantilización de su territorio.

Ante esta situación, lamentablemente, el Estado, en lugar de ofrecer soluciones justas para los pueblos acordes a los derechos humanos, los criminaliza³⁰ por proteger sus territorios sagrados frente a planes de desarrollo, intensificando de este modo la violación masiva de sus derechos.

Ante la falta de cumplimiento por parte del Estado, los pueblos, a través de diferentes estrategias y formas de resistencia , han instalado en el debate público que el desarrollo economicista no es la única vía para lograr una mejor calidad de vida, lo que ha logrado la creación de convenios y documentos internacionales que regulan esta obligación por parte de los Estados. La posición de los pueblos, que ha sido recogida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a través de varios documentos (uno de ellos es la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo³¹)

³⁰ Para dar ejemplos en México en el 2006, 22 personas defensoras han sido asesinadas por motivos relacionados por las causas que defendían y se desconoce el paradero de seis. El caso más crítico es en el 2011 porque se registró un incremento del 23% - 48 quejas en 2010, 59 en 2011 y 51 en 2012. Informes anuales de la CNDH disponibles en www.cndh.org.mx/Informes_Actividades- en los ataques contra personas defensoras de derechos humanos en comparación con el año 2010. Para tener más información sobre la criminalización de las y los defensores revisar Informe sobre la situación de las y los defensores de derechos humanos en México: actualización 2012 y balance 2013, Naciones Unidas, México, 2013, p 10.

³¹ Artículo 1: El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todos los seres humanos y todos los pueblos están facultados a participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que pueda realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir

plantea que pueden existir tantas nociones de desarrollo como tantos pueblos existan: es así que la pregunta a la que se debe dar respuesta es entonces ¿qué tipo de desarrollo propio quieren?

La noción de desarrollo que señala la Declaración incluye ya la diversidad de culturas, el querer de los pueblos y la posibilidad de elegir el tipo de desarrollo que proponen para satisfacer sus necesidades. Bajo esta concepción, el desarrollo deja de estar subsumido a una noción economicista basada en la lógica de la expansión y la acumulación.

Por su parte, en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible realizada en Johannesburgo en 2006, se acordó el tema de la interdependencia entre el desarrollo y los derechos humanos³². Lo dicho en aquella Cumbre es fundamental, pues precisamente, uno de los principios por los que se rigen los derechos humanos es la interdependencia y la no regresividad, que es lo que no se ha logrado cumplir. Eso demuestra que existen grandes contradicciones entre el desarrollo y los derechos humanos en su aplicación: se pretende acabar con la pobreza pero el modelo que se impulsa como hegemónico genera más pobreza.

Un aporte que se coloca para solucionarlo, es que el desarrollo no debe confrontar con los demás derechos, sino que deben complementarse unos con otros manteniendo un equilibrio para poder evitar cualquier vulneración entre ellos. En efecto, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos sobre el Derecho al Desarrollo (25 junio de 1993) se concibió al desarrollo como un derecho humano que no podía ser ejercido como justificación

a ese desarrollo y a disfrute de él.

32 Para encontrar más información acerca del tema de desarrollo con un enfoque hacia los derechos humanos consultar las propuestas que se plantearon en la Cumbre.

para violar derechos humanos, sino que debía complementarse con todos los demás.

Esta forma de desarrollo con enfoque de derechos, es la que ha sido impulsada en el ámbito internacional de los derechos humanos para ser implementada. Se trata de colocar a los derechos humanos como el objetivo del desarrollo. Por lo tanto, el desarrollo basado en el respeto de derechos busca obtener como resultado altos niveles de vida, protección al medio ambiente y acceso a necesidades básicas. Lo importante de este enfoque, es que los derechos humanos deben ser el objetivo del desarrollo, existiendo una interrelación entre ambos, desaprobando la violación de los demás derechos por impulsar el del desarrollo. Pero para llegar a ese punto se requiere de una transformación tanto en el discurso de la noción de desarrollo como en las instituciones y en el sistema económico³³. Este enfoque de derechos humanos, además de generar cambios en la noción de desarrollo, debería obligar a que los Estados construyan e implementen acciones y políticas para respetar y proteger los derechos básicos de los pueblos, de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos.

A partir de este abordaje muy general sobre la lógica del desarrollo hegemónica a escala global, debe subrayarse que la privatización y explotación de recursos naturales, son procesos fundamentales que se imponen sobre la vida de los pueblos debido a que las empresas persiguen obtener el máximo de ganancias imponiendo una lógica mercantil a bienes comunes como el agua, los genes, la biodiversidad, el oxígeno, que pone en riesgo a los pueblos. Esto genera conflictos sociales, políticos, económicos, culturales y medioambientales que conllevan a un

33 Informe Stavenhagen 2007, Op.cit 3 Párr. 19.

aumento de la discriminación y pobreza en lugar de disminuirla.

Dentro de este marco del desarrollo propio, es importante resaltar que el derecho a la consulta y al CLPI (que serán explicados con mayor detalle en capítulos posteriores) son clave porque se convierten en el instrumento que permite abrir el diálogo entre pueblos y autoridades para que éstas últimas sepan qué tipo de desarrollo es el que propone cada pueblo.

1.3 Marco Internacional del Derecho a la Consulta y CLPI

Un importante organismo a nivel internacional que se ha ocupado de las cuestiones indígenas es la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a pesar de que su especialidad son las cuestiones laborales. Esto se debe a que desde su creación en 1919 tuvo como responsabilidad la paz social³⁴. En un principio, la OIT abordó problemas de explotación laboral a los denominados trabajadores aborígenes en las colonias europeas³⁵, y cuando fue notorio que estas personas sufrían incesantemente desalojos forzosos de sus territorios ancestrales que destruían sus culturas y generaban una masiva violación a sus derechos (que no precisamente eran laborales), creció el interés de esta organización en dichos grupos y se inició un esfuerzo por avanzar en el reconocimiento de sus derechos para frenar ese tipo de abusos.

De este modo, la OIT redactó el primer tratado de los derechos de los pueblos indígenas, a pesar de que su misión no iba en esa

34 Jiménez Bartlett, Lelia María, *Multiculturalismo y Derechos Indígenas en México*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos II de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Programas en el doctorado en Derechos Fundamentales, 2005, p. 96.

35 Consultar página Pro 169 http://es.pro169.org/?page_id=11

dirección. En aquel primer instrumento no sólo se velaba por cuestiones laborales de los indígenas, sino que ya se profundizaba en temas de gran importancia vinculados a dichos pueblos. Es así como se adoptó el Convenio 107 de 1957, que constituyó un primer intento de codificar las obligaciones internacionales de los Estados en relación con los pueblos indígenas y tribales³⁶.

1.3.1 Convenio 107 OIT

El convenio 107 OIT fue ratificado por 27 países, principalmente en América, pero también en el sur de Asia y en varios países de África y Europa.

Este Convenio abordó temas sobre desarrollo, contratos laborales, salud, educación, tierra, territorio y recursos naturales de los indígenas. Sin embargo, no logró satisfacer las pretensiones de los pueblos, porque fue construido con una visión integracionista³⁷, es decir, que los pueblos tenían que adaptarse a las formas de vida que se les imponían desde los Estado-Nación, sin tomar en cuenta las necesidades e intereses de las comunidades.

Ello provocó que en lugar de ser una herramienta para el mejoramiento de su calidad de vida, su contenido no les era suficiente y conveniente a su realidad. Debido a las críticas que recibió dicho convenio la ONU, a través del Consejo de Administración de la OIT, convocó a una comisión de expertos, quienes afirmaron que el “*enfoque integracionista del Convenio*

36 Consultar página de la OIT
<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang--es/index.htm>
37 Ibid.

*estaba obsoleto y que su aplicación era prejudicial en el mundo moderno*³⁸.

Ante la presión que se generó para realizar un tratado que fuera más amplio y funcional frente a las problemáticas que se estaban gestando, el Convenio 107 ya no quedó abierto a ratificación y se creó el Convenio 169 también de la OIT.

1.3.2 Convenio 169 OIT

El Convenio 169 OIT salió a la luz en 1989, como un instrumento jurídico internacional de derechos de pueblos indígenas y tribales vinculante para los países que lo ratificarán (y lo sigan ratificando hoy día).

Este ya no es un documento en el que predomine el enfoque integracionista, pues reconoce de manera más amplia que existen diferentes formas de vida y culturas que hay que respetar, y sobre todo, remarca el concepto de pueblos y no de poblaciones que planteaba el anterior Convenio. Este cambio es de relevancia porque el concepto de pueblo se considera ligado a la libre determinación que implica que los pueblos decidan la gestión de su territorio que ha servido de presión para el ejercicio de derechos³⁹.

Las principales diferencias que se observan entre el Convenio 107 y el Convenio 169 son las siguientes⁴⁰:

38 Página web http://es.pro169.org/?page_id=11

39 Jiménez Bartlett, Lelia, Op. Cit. pp. 98,99.

40 Página web de la OIT Op. Cit.

Convenio 107	Convenio 169
Se basa en el supuesto de que los pueblos indígenas y tribales eran sociedades temporarias destinadas a desaparecer con la modernización	Se basa en la creencia de que los pueblos indígenas constituyen sociedades permanentes
Hace referencia a «poblaciones indígenas y tribales»	Hace referencia a «pueblos indígenas y tribales»
Fomenta la integración	Reconoce y respeta la diversidad étnica y cultural

Los cambios de un Convenio a otro supusieron un mayor respeto a las necesidades reales de los indígenas; el Convenio 169 OIT ha servido hasta nuestros días de gran apoyo para la defensa de los derechos de los pueblos. Además de los grandes avances que se han señalado con anterioridad, dicho Convenio colocó derechos básicos que siguen vigentes y que se deben tomar en cuenta para garantizarlos. A continuación enunciaremos los más importantes⁴¹:

- *Identificación de los pueblos indígenas y tribales.*

Este derecho se encuentra en el marco del artículo 1 del Convenio, haciendo referencia a las características que deben tener los pueblos para identificarse como indígenas o tribales, como estilos tradicionales de vida, cultura, organización social, institucional, política y económica.

41 Consultar página de la OIT
<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>

- *No discriminación*

El artículo 3, 4 y 20, indican que los pueblos tienen derecho al goce de todos los derechos humanos sin que fuera obstáculo ser indígena o mujer.

- *Medidas especiales*

El artículo 4 regula que los pueblos están sujetos a medidas especiales, debido a la fuerte discriminación que han vivido por años, dejándolos en una situación de desventaja.

- *Reconocimiento de la cultura y otras características específicas de los pueblos indígenas y tribales*

El Convenio reconoce en diversos artículos estas diferencias que existen entre los pueblos con la población dominante. Esto permite regular de mejor manera a los diferentes grupos sociales, ya que las necesidades de cada uno son diversas.

- *Consulta*

Los artículos 6 y 15 regulan la consulta. Se obliga al Estado a realizar las consultas a pueblos indígenas con el fin de obtener el CLPI respetando sus costumbres y tradiciones, frente a situaciones de planes de desarrollo o modificaciones administrativas y/o legislativas que les puedan perjudicar.

- *Derecho a decidir las prioridades para el desarrollo.*

El artículo 7, señala que los pueblos tienen el derecho a escoger el propio desarrollo que se presente como más acorde a su cultura y tradiciones.

Mencionados los derechos más sobresalientes que regula el Convenio 169 OIT, es de gran importancia señalar nuevamente

que dicho tratado es trascendental porque es el primer instrumento internacional que coloca los pilares del derecho a la consulta y al CLPI, que será obligatorio para los países que lo han ratificado, y porque a partir de su surgimiento éste se ha tomado como una herramienta relevante en el mundo de los derechos de los pueblos indígenas.

Es un instrumento valioso, ya que, como se ha expuesto, fue producto de varios debates y movimientos que lograron hacer visible y tematizar el conflicto que existe por los recursos naturales. Es un primer impulso para que los Estados tengan la obligación de realizar consultas con miras a obtener el CLPI de los pueblos. Como se señaló más arriba, en los artículos 6 y 15 se regula la consulta y el CLPI, siendo ambas piedras angulares del Convenio, otorgándole carácter de ser realizada de modo obligatorio, debido a los graves sucesos que se están desarrollando actualmente.

Ambos artículos⁴², exigen a los gobiernos realizar consultas a los pueblos interesados mediante procedimientos adecuados, de buena fe y mediante las instituciones representativas de cada pueblo para poder llegar a un acuerdo u obtener el CLPI, cada vez que se busque impulsar proyectos de desarrollo y/o medidas legislativas o administrativas que pudieran afectarlos en su tierra, territorio o recursos naturales.

Las consultas, deben realizarse de manera oportuna, respetando las tradiciones y tiempos del pueblo para la participación y toma de decisiones⁴³, con el fin de llegar a un acuerdo o CLPI entre las partes interesadas.

42 Analizaré los dos artículos 6 y 15 con mayor detalle en el siguiente capítulo titulado derecho a la consulta, así como demás artículos enfocados al tema que se encuentren en diversos tratados internacionales.

43 Informe del Relator Especial, S. James Anaya, 2009, Op. cit. Párr. 48.

Abonando a la consulta y al CLPI, el artículo 7⁴⁴ regula el desarrollo y señala que los pueblos afectados podrán decidir el tipo de desarrollo propio que más les convenga para satisfacer sus necesidades básicas, teniendo una visión enfocada en derechos humanos, siempre a favor de la diversidad de los pueblos para que logren una mejor calidad de vida de acuerdo a lo que ellos quieran y necesiten. Los pueblos tienen derecho a elegir la forma de desarrollo que más les convenga, y por ello también tienen el derecho a participar en la toma de decisiones sobre el uso y manejo de sus recursos naturales, para concretar una construcción entre todas las partes interesadas y no de una sola como suele ocurrir.

La buena participación que se genere entre los interesados demuestra la necesidad de superar el viejo modelo de desarrollo y de vincularse a procesos de autonomía y autogestión de los pueblos interesados permitiendo llegar a soluciones culturalmente adecuadas⁴⁵.

44 Artículo 7: 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en la que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente; 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento; 3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, 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. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas; 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

45 Informe Stavenhagen 2007, Op.cit 3 Párr. 35.

Posterior al Convenio 169 OIT, entró en vigencia la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que refuerza y mejora los temas que había puesto sobre la mesa la OIT.

1.3.3 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

En el 2007 surge la DNUDPI, que complementa y profundiza los temas de consulta, CLPI y desarrollo que se han explicado hasta el momento.

Cabe señalar que la DNUDPI pertenece al denominado derecho *soft law* (derecho blando) porque carece de efectos vinculantes, es decir, sólo contiene directrices que sirven de guía. En cambio, el Convenio 169 OIT sí es un instrumento con fuerza vinculante para todos los Estados parte, por eso se denomina *hard law* (derecho fuerte).

Dentro de la DNUDPI hay varios artículos (23, 25, 26 y 32) que describen y regulan la idea de desarrollo. El artículo 23 refiere que los pueblos indígenas tienen preferencia en asuntos que tengan que ver con el tipo de desarrollo que quieren, siguiendo sus costumbres y tradiciones, con su manejo de la tierra, territorio y recursos naturales que han utilizado tradicionalmente y que son propietarios de los mismos. Sostiene que participarán activamente en todo momento de la toma de decisiones y podrán elaborar sus propios programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

El artículo 25, destaca la importancia de la relación espiritual que los pueblos tienen con sus tierras, territorios y recursos naturales que han usado tradicionalmente, dándoles la prioridad sobre ellos así como el derecho a mantenerlos y gozar de ellos.

El artículo 26, subraya que los pueblos tienen derechos sobre sus recursos, tierras y territorios que hayan ocupado o adquirido, así como a desarrollarlos y controlarlos de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, siendo el Estado el garante de aquellos derechos, respetando debidamente su cultura y los sistemas de tenencia de la tierra de que se trate.

Por último, el artículo 32 establece que los pueblos indígenas tienen el derecho de realizar sus propias estrategias para desarrollar el uso de sus tierras, territorios y recursos naturales, con el fin de que no se les imponga los intereses del Estado o de las empresas privadas.

En cuanto a los artículos que se refieren a la consulta y al CLPI encontramos el 19, 30 y 32. Dichos artículos, nos indican que el Estado debe realizar las consultas de buena fe a pueblos indígenas interesados, siempre respetando sus costumbres y tradiciones por medio de sus instituciones representativas antes de utilizar sus tierras, territorio y recursos naturales, con la obligación de obtener su CLPI. Son entonces los Estados los que deben hacer cumplir todos los requisitos necesarios para llevar a cabo consultas y generar el diálogo entre los sujetos interesados para así obtener el CLPI.

La DNUDPI robustece lo ya señalado por la OIT, colocándose como un instrumento fuerte en la materia. Estos dos documentos internacionales, el Convenio 169 OIT y la DNUDPI, como se planeta en líneas anteriores, son los que le dieron origen

jurídicamente al derecho a la consulta y al CLPI para enfrentar los problemas que afecten a pueblos indígenas.

A continuación se pasará al capítulo II titulado "Derecho a la Consulta". En él se estudia el contenido del derecho a la consulta, su marco normativo a través del análisis dogmático y se le hace una crítica al mismo.

CAPÍTULO II

2. Derecho a la Consulta

Considerando lo apuntado sobre los antecedentes que dieron origen al derecho a la consulta y al CLPI, en este capítulo se analizará el contenido del derecho a la consulta a través de la legislación internacional existente, así como los estándares internacionales que deben guiar la consulta y la obligación del Estado para que ello se cumpla.

También se mencionará el papel que juega la consulta 1) como una herramienta de resistencia y; 2) como legitimadora de procesos por parte de los gobiernos y empresas.

2.1 Apuntes introductorios

En el contexto actual, marcado por la creciente la mercantilización⁴⁶ de los recursos naturales, es cada vez más usual que poderes públicos en alianza con poderes privados construyan proyectos de desarrollo o emprendan modificaciones administrativas o legislativas que afectan a pueblos indígenas, violando sus derechos colectivos a la tierra, territorio y recursos naturales.

Durante la última década, se han intensificado los conflictos sociales en América Latina⁴⁷ relacionados con proyectos de

46 Ello ocurre en un contexto donde la noción dominante de desarrollo sigue estando vinculada a la idea de lograr crecimiento económico a toda costa, destruyendo la diversidad cultural de los pueblos indígenas.

47 Se pueden ver ejemplos de varios países Latinoamericanos –Argentina, Belice, Bolivia, Colombia, México, Venezuela- relacionado a los conflictos de tierras y

desarrollo en el manejo y explotación de recursos naturales en zonas indígenas. Estas tensiones han puesto en evidencia la falta de protección de los derechos de los pueblos, en especial la violación al derecho de propiedad comunal⁴⁸. Debe sumarse a lo anterior la inexistencia de leyes o mecanismos adecuados para la protección de los pueblos indígenas, así como la falta de respeto o aplicación de las mismas en el caso de estar vigentes.

Siguiendo la problemática, debe señalarse que también existen diversos intereses tanto del Estado como de los pueblos, que en muchas ocasiones colisionan, en tanto que en el marco de la globalización y ampliación del libre mercado a escala mundial, los Estados han tendido a proteger los intereses de los grandes consorcios en detrimento de los derechos de los pueblos.

Por un lado, el Estado suele promover un desarrollo, pensado en la lógica de la acumulación y el crecimiento basado en la explotación de recursos naturales para generar “progreso”, sin tomar en cuenta el sentir y las necesidades de los pueblos. Por el otro, está lo que en verdad necesitan y quieren los pueblos respecto a su modo de subsistencia.

Frente a esta problemática, los pueblos y comunidades indígenas tienen que enfrentar constantes agresiones hacia sus derechos humanos que se traducen en la pérdida de las tierras y territorios tradicionales, el agotamiento de recursos naturales, desplazamientos forzados, migraciones, contaminación del medio ambiente, destrucción de la cultura y violación de derechos

territorios por megaproyectos en Aplicación del Convenio 169 OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina, una recopilación de casos, Perú, 2009.

48 El derecho a la Consulta Libre, Previa e Informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Due Process of law foundation/OXFAM. 2011. Washington D.C. P 7,8.

sociales.

Ante esta situación de disputa por los territorios y recursos naturales de los indígenas, el derecho a la consulta puede ser una herramienta para la defensa y protección del territorio de los pueblos a través del diálogo con el Estado y las empresas. Sin embargo, este derecho también ha sido apropiado por el discurso de las empresas y los Estados para poder ejecutar emprendimientos de desarrollo, concibiendo a éste sólo como un requisito que hay que agotar para garantizar la concreción del proyecto.

2.2 ¿Qué es el Derecho a la Consulta?

El derecho a la consulta a pueblos indígenas es un proceso por medio del cual se consulta a los indígenas sobre posibles afectaciones o beneficios que generarán en sus territorios los proyectos de desarrollo o las modificaciones administrativas o legislativas que el Estado decida emprender.

Como se señaló en el capítulo anterior, este derecho se basa y tiene relación con los derechos de autonomía y libre determinación de los pueblos⁴⁹, porque sirve para hacer exigibles otros derechos necesarios para la supervivencia de los mismos⁵⁰, tales como la cultura, alimentación y vivienda,

El objetivo de la consulta es llegar al consentimiento de los pueblos, el cuál debe ser previo, libre e informado a través de procedimientos adecuados. Esto implica que los pueblos puedan participar en todo momento en las discusiones para la toma de

49 Anaya, James, Op. Cit, p. 235.

50 Pólit Montes de Oca, Berenice, *La Consulta Previa*, Ecuador, Ed. Cevallos, 2010, p. 102.

decisiones en lo relativo al proyecto de desarrollo o cualquier modificación que los afecte.

Los sujetos involucrados en una consulta son: 1) el sujeto que será consultado (pueblo o pueblos indígenas) y; 2) los que llevarán a cabo la consulta, sujetos consultantes (Estado). Los derechos que posee el sujeto consultado incluyen: derecho a la libre determinación y autonomía, al CLPI, a ser informados, a participar y ser consultados de buena fe a través de sus instituciones representativas.

Las obligaciones del Estado como sujeto consultante son: respetar los derechos de los pueblos indígenas como la libre determinación y autonomía, el CLPI, información, participación, buena fe, cultura, acatar los acuerdos definitivos del pueblo y no atentar en contra de los estándares internacionales de la consulta.

2.2.1 Características Consulta

La consulta tiene varias características reguladas en el Convenio 169 OIT y en la DNUDPI que se traducen en los estándares internacionales que deben cumplirse para su ejercicio. No me detendré a explicar cada una porque se verá en el apartado destinado al Marco internacional de derecho a la consulta, de modo que aquí sólo se mencionarán:

Estándar	Convenio 169 OIT	Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas
----------	------------------	---

Obligación del Estado	Art. 6, 15	Art. 19, 32
Procedimiento adecuados/manera adecuada	Art. 6	
Instituciones representativas	Art. 6	Art. 19, 32
Participación	Art. 6	Art. 32
Buena fe	Art. 6	Art. 19, 32
Finalidad: Acuerdo/CLPI	Art. 6	Art. 19, 32
Explotación de recursos naturales	Art. 15	Art. 32
Beneficios	Art. 15	Art. 32
Fuente: Estándares internacionales del derecho a la consulta del Convenio 169 OIT y la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas.		

2.2.2 Etapas de la Consulta

Señaladas ya las características, es importante mencionar que la consulta consiste en un procedimiento que implica varias etapas que permiten llegar al CLPI. La concreción de cada una de las etapas es flexible, pueden diferir, ya que cada proceso y cada pueblo son distintos. Sin embargo, sí deben contener y cumplir con los estándares apuntados anteriormente, independientemente de cuáles sean las fases en que se proponga realizar la consulta.

Está propuesta de etapas no es rígida, simplemente con ellas se facilita distinguir los momentos a grandes trazos de cómo llevar un proceso de consulta. También quiero anotar que no tiene ningún fundamento legal a cuál referirme, son producto de la experiencia y conocimiento que he adquirido por el trabajo al que me dedico.

2.2.2.a) Etapa informativa

A partir de los estándares establecidos, debe cumplirse con la etapa informativa. Esta instancia implica que el órgano responsable de la consulta debe brindar información al pueblo o pueblos consultados sobre el proceso de consulta que se tiene pensado realizar y esclarecer los posibles beneficios o daños que traerá el proyecto de desarrollo. También el propio pueblo puede generar su propia información en relación a las afectaciones que les ocasionarán un daño.

Es importante aclarar que no se trata solamente de un proceso informativo donde las autoridades exponen la decisión previamente adoptada, ni debe ser entendido como instrumento para legitimar cualquier decisión o actividad del Estado y empresa que cumple con el requisito formal de consulta⁵¹.

Ante ello, el relator James Anaya, ha dicho que las consultas no sólo consisten en informar, sino que deben ser diseñadas para que los pueblos indígenas tengan oportunidad de influir de forma efectiva en las decisiones que afecten sus intereses⁵².

51 "El derecho a la Consulta de los Pueblos indígenas: la importancia de su implementación en el contexto de los proyectos de desarrollo a gran escala", Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011, p. 24.

52 Informe del Relator Especial James Anaya, 2009, Op. Cit. Párr. 48.

También señalar que aunque ya se haya pasado a la siguiente etapa que es la deliberativa, ello no implica que los pueblos indígenas ya no puedan solicitar o generar información en cualquiera de las etapas.

2.2.2.b) Etapa deliberativa

Agotado el proceso informativo, se llevará a cabo una instancia interna que es la deliberativa, en la que el pueblo o pueblos consultados deben decidir si aceptan o no el proyecto de desarrollo. En esta etapa, se debe respetar en todo momento los tiempos de los pueblos, así como sus costumbres e instituciones representativas para la toma de decisiones.

2.2.2.c) Etapa de conclusión o resolutive

Esta etapa de conclusión o resolutive anuncia la decisión tomada por los pueblos consultados y constituye la instancia más controvertida, pues determina el alcance que tendrá la decisión de los pueblos. Debe tomarse en cuenta la opinión de los pueblos consultados en cuanto al uso, manejo y conservación de sus recursos naturales, vinculados a su libre determinación y autonomía, para participar en las decisiones que se tomen en cuanto al proyecto, pudiendo oponerse al mismo en caso de que este implicare algún tipo de afectación, sin uso de violencia por parte del Estado y respetando su CLPI.

En esta instancia de toma de decisiones es cuando se observa o se visibiliza el doble juego de la consulta, porque en el caso de que se haya hecho una buena consulta, si la decisión tomada por parte de los pueblos no es respetada o no tienen efectos

vinculantes, el proceso consultivo no sirve de nada, pues se lo reduce a un procedimiento o a una serie de requisitos que hay que agotar para la construcción de proyectos.

2.3 El doble juego de la consulta

Las luchas que han dado los pueblos indígenas para la defensa de sus derechos colectivos, como lo es el derecho a la consulta, ha llegado a la etapa de arreglos y/o precedimentalización, es decir, los conflictos colectivos se han transformado en meros procesos de negociación⁵³, condición aprovechada tanto por las empresas como por los Estados para contener a los movimientos indígenas. Esta etapa de negociación o de procedimientos se ha ido enfocando, principalmente, en cumplir con las singularidades que contiene la consulta, en lugar de ir al fondo del problema, que es el despojo de los territorios y recursos naturales.

En ese sentido, la consulta previa pierde sus atributos de discurso alternativo y de resistencia de los pueblos, para transformarse en un discurso a favor de las empresas y el Estado, y en definitiva, en un discurso jurídico hegemónico de globalización⁵⁴, que a su vez constituye una pieza fundamental para implementar el (supuesto) desarrollo económico y el neoliberalismo.

De esta forma, se genera una reapropiación del discurso de los derechos humanos por parte de Estados y organismos financieros internacionales, dejando a la vista los riesgos detrás del derecho a la consulta cuando ésta no se relaciona con otros derechos y sobre todo, cuando no se articula con el CLPI que es

53 Rodríguez Garavito, César, 2012, Op. Cit. p. 28.

54 Ibid., p. 43.

lo que la da fuerza vinculante.

Cabe señalar que a pesar de los riesgos que acompañan al derecho a la consulta⁵⁵, de los que sin dudas debemos dar cuenta, éste es una precondition para poder activar otros derechos como es el del CLPI⁵⁶, por eso su implementación es fundamental.

Por lo anterior, una primera conclusión que nos gustaría señalar es que si bien la consulta puede tener un efecto emancipatorio contrahegemónico que beneficie a los pueblos, también puede contribuir a incrementar las relaciones asimétricas de poder entre los pueblos y el Estado o entre pueblos y empresas.

2.4 Marco Internacional del Derecho a la Consulta

En los últimos veinte años, se ha creado un sistema jurídico distinto en el ámbito internacional de los derechos humanos para proteger los derechos de los pueblos indígenas⁵⁷.

55 Un ejemplo que se puede dar sobre el derecho a la consulta es en Argentina en el municipio de Esquel, donde la mayoría de la población afectada 80% expresó que no quería una mina, y a pesar del efecto no vinculante de la consulta tras la gran movilización que hubo para resistir a la minera se tuvo éxito y se prohibió la construcción de la misma. Ver el caso en Alvarez Laura y Composto Claudia, "Respuestas estatales y empresarias al conflicto social en el sector minero post 2002" *Revista Herramienta*, No 14, año XVII, Buenos Aires, Argentina, 2014. . [en línea] <http://www.herramienta.com.ar/herramienta-web-8/respuestas-estatales-y-empresarias-al-conflicto-social-en-el-sector-minero-post-20>

56 En el siguiente capítulo sobre el Consentimiento Libre, Previo e Informado profundizaré el porque de la importancia de este derecho.

57 MacKay, Fergus, "Una Guía para los Derechos de los Pueblos Indígenas" en Organización Internacional del Trabajo, Julio de 2002, p. 3. Cuando habla de un sistema jurídico diferentes se refiere que éste se desarrollará a través de la abogacía indígena en foros internacionales; a través de las decisiones de organismos internacionales de derechos humanos; a través del reconocimiento y la codificación de los derechos humanos en instrumentos internacionales actualmente bajo consideración de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos; a través de la incorporación de los derechos indígenas en instrumentos y políticas relacionados con el medio ambiente y el desarrollo; a través de la incorporación de estos derechos en la legislación y práctica nacional;

Los organismos internacionales han participado como entes para visibilizar los conflictos que sufren los pueblos indígenas, y así incidir en los debates públicos con el fin de que tengan vigencia a nivel local.

La OIT es uno de los organismos que se ha encargado del tema de los indígenas porque ha establecido procedimientos para interponer quejas frente al no cumplimiento por parte de los Estados Parte de sus obligaciones. Además, permite el acceso a los procedimientos de información y monitoreo, es decir, los Estados Parte deben informar de modo regular a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones sobre las medidas tomadas para implementar y mantener el cumplimiento de sus términos⁵⁸. También en el Convenio 169 se incluyen los siguientes derechos de los pueblos indígenas⁵⁹:

1. A tierras, territorios y recursos tradicionalmente ocupados y usados y a un medio ambiente sano;
2. A la protección de sitios de importancia cultural y religiosa;
3. A la integridad cultural y física;
4. A una participación significativa en las decisiones que los afecten;
5. A mantener y usar sus propias instituciones culturales, sociales y políticas;
6. A no ser objeto de discriminación y a la igualdad de protección ante la ley.

Dicho lo anterior, se analizarán los artículos sobre consulta en el

y a través de decisiones jurídicas nacionales.

58 Para conocer más acerca del procedimiento ver: Ibid.

59 Ibid, p.1.

Convenio 169 de la OIT y posteriormente los de la DNUDPI⁶⁰.

2.4.1 Convenio 169 de la OIT

En el marco del Convenio 169 de la OIT, existen dos artículos principales que regulan el derecho a la consulta, a saber, el 6 y el 15, por lo que en las siguientes líneas se profundizará en el contenido establecido en ambas disposiciones.

El artículo 6 reglamenta que los gobiernos deberán:

- a) “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”

Obligación del Estado:

Existe la obligación por parte de los Estados que han ratificado el Convenio de realizar las consultas a los pueblos indígenas afectados por las medidas legislativas o administrativas que les ocasionen afectaciones, como pueden ser la expedición de leyes, impulso de políticas o programas, desplazamientos de su lugar de origen, etc.

Procedimientos adecuados:

Las consultas deben de realizarse de una forma adecuada y con los procedimientos apropiados para que no se genere

60 Ambos documentos internacionales mencionados son los más importantes en cuanto al tema, pero esto no quiere decir que sean los únicos que lo traten, también podemos encontrar sentencias que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos o Foros que han recogido aspectos importantes sobre los derechos de los pueblos indígenas y han planteado lineamientos a seguir.

incertidumbre o inseguridad en cuánto al procedimiento, contribuyendo de este modo a un ambiente de confianza entre las partes para llegar a un acuerdo u obtener su consentimiento.

El Comité tripartito de la OIT⁶¹, determinó que al referirse a “procedimientos adecuados” significa que éstos pueden ser flexibles, que no hay un único modelo sino que debe adecuarse a las necesidades de los pueblos indígenas y al contexto nacional. Ello, porque hay que tener en cuenta que los pueblos indígenas son diferentes y que si fuera un único modelo se dejarían fuera o se limitarían derechos en lugar de garantizarlos.

Por su parte, James Anaya⁶² menciona que las singularidades de la consulta previa varían, que cada caso y comunidad puede ser distinta. Lo que no se modifica es el hecho de que se tenga que consultar a dichos pueblos y comunidades siguiendo la normativa y estándares internacionales.

Instituciones representativas: Las consultas deben realizarse a través de sus instituciones representativas, es decir, debe tomarse en cuenta la forma de organización y los tiempos de cada pueblo en la toma de decisiones.

El Comité Tripartito OIT, ha considerado que éste es un componente esencial de la obligación de consultar, porque si no se toma en cuenta la representatividad de los pueblos, la consulta no cumpliría con los requisitos del Convenio, a pesar de que se estima que puede ser difícil determinar quién representa

61 El Comité se encarga de monitorear la aplicación de los convenios y examina las recomendaciones de los informes presentados por los Estados miembros; está formado por veinte juristas independientes de todo el mundo y se reúne una vez al año en Ginebra para examinar la aplicación de los convenios ratificados.

62 Informe del Relator Especial, S. James Anaya, 2009 Op.cit, Párrf 38-42.

un pueblo en particular⁶³.

b) “Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”

Participación:

El Estado deberá contar con los medios y mecanismos necesarios para que en todo momento los pueblos y comunidades indígenas participen activamente en la planeación, formulación y aplicación del proyecto o modificaciones legislativas o administrativas, respetando sus tradiciones y prioridades de desarrollo, asegurando la plena intervención de ellos en la toma de decisiones.

El Comité tripartito ha destacado que el artículo 6° del Convenio 169 debe entenderse en un contexto amplio de consultas y participación. Esto indica que además de que los pueblos sean consultados se debe de contar con su participación para poder desarrollar de manera conjunta y coordinada los proyectos o programas que los afecten, con miras a proteger sus derechos.⁶⁴

63 Véase documento GB.282/14/2, párrafo 44. Informe del Comité establecido para examinar el reclamo en el que se alega el incumplimiento de Ecuador con respecto al Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL).

64 Véase 2009. BRASIL. Reclamación C169. Caso ley de bosques. GB.304/14/7, Parf 43. <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/conv169/informesoit/295-c169casos/652-2009-rec169-brasil-bosques.html>

La participación de los pueblos en las consultas es de gran relevancia porque es ahí en donde los pueblos inciden directamente en la construcción del proyecto, acordando y plasmando los intereses que tengan. Así, la participación efectiva de los pueblos debe desarrollarse en el contenido del derecho a la consulta para que se logre realmente la integración de todas las partes en la realización del proyecto.

c) “Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”.

Este inciso obliga al Estado a aportar los recursos necesarios para que se lleven a cabo las iniciativas propuestas por los pueblos y para que se concrete el desarrollo de las instituciones necesarias y pertinentes para implementar y garantizar dichas iniciativas.

El Comité, haciendo referencia a ello, menciona que el Estado deberá asegurar la presencia de instituciones u otros mecanismos para administrar los programas e iniciativas que afecten a los pueblos interesados. Tales programas deberán incluir⁶⁵:

a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, y

b) la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados.

Esto, con el fin de que se concreten y se lleven a cabo los

65 Ibid.

acuerdos tomados, evitando que queden estancados e inconclusos.

2. 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.

Buena fe:

Las consultas deben realizarse en un ambiente de sinceridad y respeto recíproco entre las Partes, sin coerción y presión, libre de manipulaciones y con el objetivo de que se abra un diálogo significativo para la toma de decisiones de los pueblos indígenas. Así, el Comité tripartito considera que las consultas deben realizarse de buena fe, estableciendo un diálogo genuino entre las partes en un ambiente de respeto, de comunicación y entendimiento con el fin de llegar a un acuerdo o a su consentimiento⁶⁶.

Manera apropiada:

Se hace hincapié en que debe consultarse de la manera más adecuada acorde a las circunstancias, costumbres y tradiciones del pueblo afectado. El Comité menciona que a la luz del artículo, la forma adecuada de consultar es que el Estado tome en cuenta

66 Véase documento GB.282/14/2, párrafos 38. Informe del Comité establecido para examinar el reclamo en el que se alega el incumplimiento de Ecuador con respecto al Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL).

la opinión de los pueblos participantes en la consulta sobre el procedimiento a utilizarse⁶⁷, para que ésta sea llevada a cabo de una forma que sea pertinente culturalmente.

Finalidad de llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento:

El acuerdo o consentimiento de los pueblos consultados debe ser el objeto de la consulta. Éste debe obtenerse de manera previa a la construcción del proyecto o implementación de una política pública, por lo que no podrán comenzarse las actividades hasta ya concluida la consulta, de lo contrario el Estado estará incurriendo en responsabilidad.

En la etapa final de la consulta, los pueblos van a tomar la decisión sobre si aceptan o no el proyecto. Sin embargo, esta es la instancia donde existen problemas en relación con el alcance del CLPI⁶⁸, es aquí que hay que insistir sobre un CLPI obligatorio.

El artículo 15 establece:

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

Recursos Naturales:

El concepto de propiedad para los pueblos indígenas está fundado en el reconocimiento del carácter colectivo de la misma

67 Véase 2009. BRASIL. Reclamación C169. Caso ley de bosques. GB.304/14/7, Parrf 42. <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/conv169/informesoit/295-c169casos/652-2009-rec169-brasil-bosques.html>

68 Se retoma en el capítulo III sobre el Consentimiento, Libre, Previo e Informado en el apartado 3.2 Alcances del consentimiento p 72

y de la estrecha vinculación que ésta tiene con los recursos naturales que le dan vida a su cultura⁶⁹. Debido a esa estrecha relación, el artículo norma una protección especial para los recursos naturales concentrados en territorios de pueblos indígenas, con la finalidad de que en el caso de que se provoque destrucción o disminución de éstos por cualquier actividad de empresas, o política estatales, este resguardo especial sea una limitante para que en verdad se tome en cuenta la importancia de la cosmovisión que tienen los pueblos con respecto a sus recursos naturales.

Para dar efectividad a ello, los Estados deben proteger y respetar la propiedad colectiva de los pueblos aceptando la existencia de sistemas tradicionales en el uso de sus tierras, territorios y recursos naturales y su propio concepto de desarrollo⁷⁰.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, 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. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una

69 El derecho a la consulta libre, previa e informada (...) Oxfam, 2011, Op. Cit., p.15.

70 Ibid., p. 17.

indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Explotación recursos naturales:

Ante la explotación de recursos naturales ubicados en territorios de los pueblos, el Estado tiene la obligación de realizar consultas. El Comité tripartito ha señalado que en este tema delicado de explotación de recursos pueden existir opiniones e intereses contrarios, al igual que coaliciones de derechos entre las Partes. Pero para resolver esto, hay que recordar que la esencia del Convenio 169 es la de consultar con la finalidad de llegar a un acuerdo o al consentimiento en un ambiente de respeto⁷¹.

Beneficios:

En cuanto a los beneficios, el Estado debe garantizar que el pueblo indígena reciba ganancias justas, acordes a las que se generen por las actividades del proyecto, así como a recibir indemnización en caso de que esas actividades les afecten.

La distribución de los beneficios, se puede dar de diferentes formas entre las partes, siempre tomando en cuenta que hay actividades de larga duración con diversos efectos, por lo que en todo ese tiempo deben compartirse los beneficios y además permitirles a los pueblos participar en la utilización, administración y conservación de los recursos⁷².

2.4.2 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos

71 Véase 2001. ECUADOR. Reclamación C169. Caso Shuar Bloque 24. GB.282/14/2, Parrf. 36

72 El derecho a la consulta libre, previa e informada de los pueblos indígenas, Op. Cit, .p. 27.

de los Pueblos Indígenas (DNUDPI)

Habiendo revisado los dos artículos principales de consulta en el Convenio 169 de la OIT, a continuación se analizarán los artículos (19 y 32) que se encuentran en la DNUDPI que regulan la consulta.

El artículo 19:

“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”.

Se obliga al Estado a realizar consultas con las siguientes características⁷³:

- 1) De buena fe;
- 2) Mediante sus instituciones representativas;
- 3) Antes de adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten; y
- 4) Con el fin de obtener su consentimiento Libre, Previo e Informado:
 - Libre: en cuanto que no debe haber coerción, intimidación ni manipulación alguna hacia los pueblos que imposibilite la toma de decisiones.

73 Como se observa, las características que contiene la DNUDPI sobre la consulta no cambian conforme al Convenio 169 OIT, más bien se consolidan. Es por ello que no volveré a explicar aquellas características iguales que contiene el Convenio 169.

- Previo: debe ser previa a la construcción de cualquier proyecto y a la finalización del estudio ambiental y el plan de gestión ambiental para hacer notar así los impactos que conllevan la explotación de recursos⁷⁴, con el fin de que los pueblos puedan organizarse con tiempo y así tomar una decisión adecuada sobre el proceso.
- Informado: debe proporcionarse previamente a los pueblos la información clara, completa y comprensible del proyecto que se pretende construir. En el contenido de la información se debe abordar el objetivo del proyecto, los beneficios que traerá, las afectaciones e impactos negativos, el alcance del proyecto y la participación que tendrán en éste, el tiempo que tardarán en construirlo y si van a ser desplazados.

Con respecto al CLPI, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas⁷⁵ apunta que debe tenerse en cuenta la obtención del CLPI porque su aplicación evitará conflictos futuros y logrará la participación de los pueblos a través de las consultas previas.

El artículo 32:

1. “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos”.

Desarrollo:

Los pueblos indígenas tienen derecho al desarrollo en el marco de su autonomía, lo que implica, en primer lugar, el respeto a su

74 Ver: 2001. ECUADOR. Reclamación C169. Caso Shuar Bloque 24. GB.282/14/2

75 Ver: documento E/2007/43 E/C.19/2007/12, párrf 21. Informe sobre el sexto período de sesiones (14 a 25 de mayo de 2007).

propia concepción de desarrollo de acuerdo con sus prioridades, necesidades y su cosmovisión; en segundo lugar, el control sobre su territorio, tierras y recursos naturales y la participación en los programas o políticas de desarrollo.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

Recursos naturales:

Este párrafo regula los elementos de la consulta mencionados en los artículos anteriores. No obstante, este extracto se destaca porque norma la obtención obligatoria del CLPI cuando se pretenda explotar recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

El Foro también ha hecho referencia sobre este tema en concreto, señalando que el pueblo indígena es un actor fundamental en la adopción de decisiones y en la puesta en práctica de proyectos sobre sus tierras y recursos⁷⁶, y en caso de que no se consiga el CLPI, no se pondrán en práctica proyectos de esta índole.

3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas

76 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Documento E/2007/43 E/C.19/2007/12. Informe sobre el sexto período de sesiones (14 a 25 de mayo de 2007). Párrf 9 b).

adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Beneficios:

Igual que en Convenio 169 OIT, los beneficios los debe proporcionar el Estado para dar una indemnización justa a los pueblos afectados. Debe resaltarse que el artículo 28 de la misma declaración regula que en primer lugar tienen derecho a la reparación justa por las tierras, territorios y recursos naturales que hayan sido dañados por los proyectos de desarrollo y que en el caso de que no ocurriera la reparación, se les debe otorgar una indemnización justa y equitativa a los pueblos afectados por la realización de actividades de esa índole. La indemnización, salvo que se haya pactado otra cosa, consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad o en una indemnización monetaria.

Partiendo de lo planteado en este estudio dogmático, puede decirse que existen estándares internacionales muy claros a favor de los derechos de los pueblos indígenas, como es el caso de la regulación del derecho a la consulta. Éste ha sido robustecido e impulsando por las luchas y movimientos sociales de los pueblos, sin embargo persisten las violaciones y la reapropiación del derecho por parte del Estado y empresas para concretar sus intereses⁷⁷. Por esto, como se vio en el anterior apartado, la consulta debe estar vinculada al CLPI para que tenga efectos obligatorios, y así poder tener en cuenta las decisiones de los pueblos frente a los proyectos de desarrollo.

Aún falta camino por recorrer para que el derecho a la consulta

⁷⁷ Como la resistencia en contra de la presa el Zapotillo en Jalisco. Ver: <http://noalapresaelpapotillo.wordpress.com/?porque-no-a-las-presas/>

con la finalidad de obtener el CLPI con alcance obligatorio se haga efectivo, ante ello, lo que queda es seguir aportando a favor de los derechos para que se tomen con seriedad, a fin de que se promueva su exigibilidad y respeto, ganando cada vez más espacios en el ámbito internacional y nacional.

Terminado este capítulo donde se hizo el esfuerzo de desglosar el contenido del derecho a la consulta a través de los marcos jurídicos relevantes en la materia, se pasará al capítulo III denominado Consentimiento Libre, Previo e Informado donde se explica el contenido de éste derecho a través de la legislación y organismos internacionales que se han posicionado sobre el tema, y la importancia de su obtención y respeto.

Capítulo III

3. Consentimiento Libre, Previo e Informado

Este capítulo pretende explicar los alcances y la importancia de subrayar el reconocimiento y garantía del CLPI bajo los estándares internacionales de derechos humanos, siendo éste una de las vías de emancipación de los pueblos indígenas para la defensa de sus tierras, territorios, recursos naturales y cultura en el marco de su autonomía y desarrollo propio.

3.1 Apuntes introductorios

Como ya se ha mencionado, el origen de conflictos graves con los pueblos indígenas es la disputa de sus tierras, territorios y recursos naturales. En este aspecto, el CLPI es un derecho clave para evitar o, en su caso, reducir violaciones de derechos humanos y no permitir el despojo de la naturaleza.⁷⁸

En ese contexto tanto el Estado como las empresas están obligados a respetar el CLPI teniendo en cuenta las inquietudes y necesidades reales de los pueblos indígenas, evitando tomar decisiones sin su aprobación para controlar su futuro y el de sus generaciones⁷⁹.

Sin embargo, la tendencia de los Estados y las empresas es violentar los derechos colectivos de los indígenas reconocidos a nivel internacional, como el derecho a la autonomía, al territorio,

78 Rodríguez Garavito, 2012 Op. Cit., p 12.

79 Guía sobre el consentimiento, libre, previo e informado, Oxfam, Australia, 2010. Ver:<http://goldcorpoutofguatemala.files.wordpress.com/2010/07/oaus-freepriorinformedconsentspanish-0910.pdf>

a los recursos naturales, al CLPI, a la consulta y a conservar sus propias instituciones jurídicas, políticas y económicas. Estos derechos han sido reclamados con persistencia por los pueblos indígenas por el hecho de ser sujetos colectivos preexistentes a los Estados modernos quienes les negaron históricamente su identidad y sus formas de gobierno.⁸⁰

Siguiendo lo dicho, es necesario dejar atrás la idea de un Estado Nación integracionista para reemplazarla por la de un Estado pluricultural donde coexiste un pluralismo jurídico que hace referencia a la existencia de diferentes derechos y culturas que hay que respetar y reconocer, no como inferiores sino como iguales, sólo así se podría hablar de una verdadera protección y defensa integral de los derechos humanos.⁸¹

3.2 ¿Qué es el consentimiento?

A lo largo de este trabajo se ha señalado lo que significa el consentimiento, de modo que la explicación de lo que es, será breve y se irá detallando mediante sus principios y el estudio dogmático.

El consentimiento es el objetivo final de la consulta, y es el derecho por el cuál las decisiones de los pueblos indígenas frente a proyectos de desarrollo (y otras iniciativas) son tomadas en cuenta, tanto por las empresas que van a desarrollar el proyecto como por los Estados que permiten el uso de esas tierras.

La necesidad del derecho al consentimiento se debe a que

80 Garcés, Fernando, *Los Indígenas y su Estado (Pluri)Nacional: una mirada al proceso constituyente boliviano*, Clacso, Cochabamba, Bolivia, 2013, p.87.

81 Ibid., p, 88.

permite garantizar cuestiones relacionadas con la vida de los pueblos indígenas, ya que es un derecho que tiene relación con el derecho de libre determinación y autonomía, componentes básicos del derecho a tierras, territorios y recursos naturales.

A través de su implementación, se puede lograr una comprensión sobre lo que quieren los pueblos, y con su obtención se garantizan las necesidades reales y derechos de los pueblos indígenas frente al despojo de recursos que ha operado en toda América Latina, de forma acentuada en las últimas décadas.

3.2.1 Principios del consentimiento

El derecho al consentimiento cuenta con los siguientes principios que lo complementan para su pleno ejercicio:

Libre:

Se dice que el consentimiento es libre cuando existe la posibilidad de que los pueblos emitan su consentimiento sin coacción, intimidación o manipulación que limite su derecho. Esto también tiene que ver con los tiempos, ya que se debe avanzar en la consulta al ritmo de los pueblos para evitar que sean presionados ante la toma de una decisión que podría cambiarles la vida.

Previo:

El consentimiento debe obtenerse con antelación a cualquier actividad relacionada con la decisión que tomarán los pueblos para emprender el proceso, porque de nada sirve realizar una consulta con el fin de llegar al consentimiento si ya surtieron

efecto las afectaciones sobre sus territorios.

En este punto, la Corte Colombiana⁸² ha subrayado que debe obtenerse el consentimiento con anterioridad en adopción de la medida, porque en caso contrario, los pueblos no tendrían la oportunidad de incidir en el proceso y se encontrarían frente a una decisión unilateral, que es lo que se quiere evitar.

Informado:

Debe entregarse a los pueblos toda la información necesaria para que puedan conocer el proceso o proyecto que se pretende impulsar. De igual manera, tienen el derecho de pedir o crear su propia información para la toma de decisión.

La jurisprudencia constitucional colombiana ha establecido que este principio no puede limitarse a cumplir con una simple función informativa, sino que también debe ayudar a los pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes.⁸³

De igual forma, el Relator Especial, James Anaya, ha destacado que para tomar cualquier tipo de decisión, los pueblos, necesitan que se les proporcione información⁸⁴ clara y precisa sobre los aspectos del proyecto que les afectará.

Buena fe:

La buena fe debe estar presente en toda consulta con el fin de llegar al consentimiento o a acuerdos constructivos en un espacio de sinceridad y respeto recíproco entre los pueblos y autoridades

82 Corte Constitucional de Colombia. CASO T-116/11 (24.02.2011)

83 Corte Constitucional Colombiana CASO T-116/11 (24.02.2011)

84 Informe del Relator Especial, S. James Anaya, 2009 Op.cit, Párrf 34.

presentes. Permite generar consensos a través de un clima de transparencia y confianza que propicie un diálogo significativo.⁸⁵

Siguiendo los principios mencionados, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas⁸⁶, ha hecho una interpretación de éstos para su aplicación⁸⁷:

- a) No debe haber coerción, intimidación ni manipulación.
- b) Debe tratar de obtenerse el consentimiento con suficiente antelación
- c) Debe proporcionarse información que incluya las zonas que se verán afectadas, evaluación del impacto económico, social, cultural y ambiental.
- d) La información debe ser precisa y revestir una forma accesible y comprensible.
- e) Las consultas deben celebrarse de buena fe. Las partes deben establecer un diálogo que les permita hallar soluciones adecuadas en una atmósfera de respeto recíproco con buena fe, y una participación plena y equitativa. Es importante que tengamos presentes estos principios porque si no se cumple con uno de ellos, se estaría violando el derecho al consentimiento y por lo tanto no se podrían garantizar los demás derechos vinculados a éste.

3.3 Marco Internacional del derecho al CLPI

85 Directrices para la aplicación del derecho al consentimiento, libre, previo e informado de los pueblos indígenas, IBIS, 2013, Bolivia, p. 38.

86 El [28 de julio de 2000](#) el [Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas \(ECOSOC\)](#) estableció el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la ONU. Es un órgano que examina cuestiones de desarrollo económico y social de los pueblos indígenas.

87 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Documento E/C.19/2005/3.

El CLPI está normado en el Convenio 169 de la OIT y en la DNUDPI. Ambos documentos regulan el derecho a la consulta como una herramienta para llegar al CLPI de los pueblos indígenas con el objeto de que éstos pueden defenderse frente a modificaciones administrativas o legislativas y proyectos de desarrollo que pueden causar o que ya estén causando afectaciones hacia ellos.

Tanto el Convenio 169 de la OIT y la DNUDPI regulan que la finalidad de la consulta es la obtención del CLPI, lo que significa que el Estado como sujeto consultante debe organizar el proceso de la consulta para que vaya orientado al CLPI o acuerdo ⁸⁸.

En este sentido, el Relator de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, en su último informe especial mencionó que el CLPI es la regla general para realizar cualquier actividad extractiva⁸⁹. Asimismo, existen supuestos en los documentos internacionales que le dan fuerza vinculante al CLPI.⁹⁰

En el Convenio 169 de la OIT, encontramos un primer supuesto en el artículo 16.2 que va en esta dirección:

a) Desplazamiento de su lugar de origen

2. “Cuando excepcionalmente el traslado y la

88 Clavero, Bartolomé, “Consulta y Consentimiento Previo, libre e informado a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”[en línea]

http://www.redunitas.org/Consulta_BC.pdf

89 Informe del Relator Especial, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. A/HRC/24/41. 1 de julio de 2013. Parrf. 27

90 Clavero, Bartolomé, Op. Cit.

reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtener su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados”.

En la DNU DPI, hay tres supuestos que exigen la obtención del CLPI:

a) Desplazamientos forzosos.

Artículo 10

“Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.”

b) Almacenamiento de materiales peligrosos en el territorio.

Artículo 29.2

2. “Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”.

c) Utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

Artículo 32.2

2. “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

Para mayor claridad, en la siguiente tabla se muestran los supuestos que menciona el Convenio 169 OIT y la DNUDPI con sus respectivos artículos sobre los supuestos para la obtención obligatoria del CLPI.

Supuestos obligatorios para la obtención del	Convenio 169 de la OIT	DNUDPI
--	------------------------	--------

CLPI		
1.- Desplazamientos forzosos.	Art. 6	Art. 10
2.- Almacenamiento de materiales peligrosos en el territorio.		Art. 29
3.- Utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo		Art 32

Además de la legislación mencionada, existen espacios generados desde las Naciones Unidas que han hecho aportes importantes sobre la obligación de obtención del CLPI y que se han mencionado con anterioridad.

3.4. Organismos Internacionales sobre Pueblos Indígenas

3.4.1 Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

La figura del Relator Especial forma parte del sistema de procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos

de las Naciones Unidas.⁹¹ Existen diferentes relatores temáticos, y uno de ellos es el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas.

El relator sobre pueblos indígenas realiza informes anuales ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la situación en la que viven los indígenas, realiza recomendaciones a los Estados por violaciones a los derechos de dichos pueblos, le da seguimiento a las recomendaciones y produce informes de cada visita que realiza a un país solicitante.⁹²

Todo lo anterior, tiene como propósito que a nivel internacional se conozcan las problemáticas y conflictos que incumben a dichos pueblos, con el objetivo de visibilizarlos y presionar a los Estados para cambiar el escenario.

El ex Relator Especial sobre pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, se pronunció sobre la conflictividad de los proyectos impuestos en territorios indígenas, y señaló en su informe del 2003 que:

“Siempre que se lleven a cabo proyectos a gran escala⁹³ en

91 Rodríguez Garavito, César, “La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional”, *Programa de Justicia Global y Derechos Humanos*, Universidad de los Andes, Colección Justicia Global, Colombia, 2010, p.27.

92 *ibid.*, p. 28.

93 El Relator Especial para Pueblos Indígenas de la ONU, en este informe define por “gran proyecto de desarrollo” el “proceso de inversión de capital público y/o privado, nacional o internacional para la creación o la mejora de la infraestructura física de una región determinada, la transformación a largo plazo de las actividades productivas con los correspondientes cambios en el uso de la tierra y los derechos de propiedad de la misma, la explotación en gran escala de los recursos naturales incluidos los recursos del subsuelo, y la construcción de centros urbanos, fábricas, instalaciones mineras, centrales energéticas, complejos turísticos, instalaciones portuarias, bases militares y empresas similares, cuyo “objetivo [...] puede variar, desde el fomento del desarrollo económico hasta el

áreas ocupadas por pueblos indígenas, es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de sus derechos humanos.”

En el mismo sentido que Stavenhagen, el actual Relator se ha pronunciado sobre la obligatoriedad del CLPI frente a las actividades extractivas que realizan en sus territorios⁹⁴.

Lo señalado por ambos relatores no es menor, porque promueven la obligatoriedad de la obtención del CLPI en todos los casos de proyectos de desarrollo. No mencionan límites para su obtención, sino que con el simple hecho de que sea un proyecto a gran escala es más que suficiente para que sea obligatorio obtener el CLPI.

La insistencia de la obtención obligatoria del CLPI por parte de los Relatores es trascendente porque, como ellos lo han documentado, tras el proyecto de desarrollo, los pueblos indígenas sufrirán cambios sociales, económicos, políticos y culturales profundos como la pérdida del territorio que han ocupado tradicionalmente, desalojos forzosos, migración, agotamiento de recursos, contaminación del ambiente y en algunos casos abusos y violencia⁹⁵.

3.4.2 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial⁹⁶

control de las inundaciones, la generación de energía eléctrica y otros recursos energéticos, la mejora de las redes de transporte, la promoción de las exportaciones con el fin de obtener divisas, la creación de nuevos asentamientos, la garantía de la seguridad nacional, y la creación de oportunidades de empleo e ingresos para la población local”.

94 Informe del Relator Especial, James Anaya, 2013, Op cit. Párr. 28.

95 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. 21 enero 2003 (CN.4/2003/90). Párr. 7.

96 Establecido en el Artículo 8 de la Convención Internacional sobre la Eliminación

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), es el órgano encargado de vigilar el cumplimiento del Convenio Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial del año 1969.⁹⁷

El CEDR, emite recomendaciones sobre el tema de discriminación y la aplicación del Convenio. Recibe también quejas y casos sobre discriminación racial realizada por los Estados Parte, los cuales deben presentar ante el Comité informes periódicos sobre la aplicación de los derechos de la Convención.⁹⁸ Algunas de las recomendaciones que emite el Comité a los Estados, se refieren al reconocimiento y protección de tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas para que los posean, desarrollen y utilicen, además de que participen en su explotación y administración.⁹⁹

También se ha pronunciado en el tema de consulta previa, recomendando que se realice a través de procedimientos adecuados como lo indican los estándares internacionales para llegar a un acuerdo.¹⁰⁰

De igual forma, continuando con el tema de los derechos de los pueblos indígenas, en su Recomendación General No. 23 de 1997, establece que los pueblos deben otorgar su consentimiento en caso de que exista cualquier afectación a sus derechos:

de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 2106 (XX) del 21 de diciembre de 1965 y abierta a firma el 7 de marzo de 1966.

97 Consulta previa estándares internacionales, Op. Cit., p.25.

98 <http://www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteEliminacionDisriminacionRacial-CERD.htm>

99 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales sobre Surinam, CEDR/C/64/CO/9, 28 de abril del 2004, párrs. 11-12. Véase también Decisión 1 (67) sobre Surinam, CEDR/C/DEC/SUR/4, 1o de noviembre del 2005, párr. 4.

100 CEDR, Observaciones finales sobre Surinam, 2004, párr. 13.

“El respeto a la participación efectiva en la vida pública y que no se tome ninguna decisión que guarde relación directa con sus derechos o intereses sin su consentimiento¹⁰¹.”

3.4.3 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas

El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, es un órgano asesor del Consejo Económico y Social de las Naciones¹⁰² para examinar las cuestiones indígenas relacionadas al desarrollo económico y social, la cultura, la educación, la salud, el medio ambiente y los derechos humanos.¹⁰³

Dentro de sus funciones, realiza informes que contienen posicionamientos sobre la necesidad de la obtención del CLPI ante proyectos que los afectarán en sus derechos, y que ello es un principio a seguir para que los pueblos administren y desarrollen sus tierras, territorios y recursos naturales imprescindibles para la existencia de su cultura.¹⁰⁴

También emite recomendaciones a los Estados Parte sobre temas de interés de los pueblos indígenas. Asimismo, ha realizado un taller sobre el tema de la obtención del CLPI de los

101 Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Parte conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones finales respecto al Ecuador, ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 junio 2003.

102 El Consejo Económico y Social se ocupa de los problemas económicos, sociales y ambientales del mundo. El Consejo, uno de los órganos constituyentes de las Naciones Unidas que figuran en la Carta, fue establecido en 1946 y es el foro en que se examinan y debaten esas cuestiones y en el que se formulan recomendaciones de política.

103 Ver: <http://undesadspd.org/Default.aspx?alias=undesadspd.org/indigenouses>

104 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Informe sobre el sexto período de sesiones, 2007, E/C.19/2007/12, párr. 6 y 9(b) (citando la Declaración de los Pueblos Indígenas) (de aquí en adelante Foro Permanente, Informe sobre el sexto período).

pueblos indígenas frente a medidas que los afecten.¹⁰⁵ Ese taller se impartió en el 2005 para evaluar instrumentos y prácticas del CLPI, hacer recomendaciones sobre los resultados y crear una metodología para su aplicación.¹⁰⁶ En el taller se identificó que se debe obtener el CLPI cuando¹⁰⁷:

- Exista relación con tierras, territorios y lugares sagrados
 - Exista exploración o explotación de territorios y recursos indígenas
 - Existan políticas y legislación que afecte a los indígenas
- También se detallaron los principios que debe contener el CLPI, que sirven como guía para su aplicación¹⁰⁸:

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

Adicionalmente, el Foro recomienda que todos los Estados Parte del Convenio 169 de la OIT lo apliquen, ya que es fundamental para los pueblos indígenas estar informados sobre las consecuencias del uso y explotación de los recursos naturales de sus territorios, a través de consultas con el fin de llegar al CLPI. Esto permitirá evitar conflictos futuros, al tiempo que permitirá lograr la plena participación de los pueblos indígenas en los mecanismos de consulta, las evaluaciones del impacto ambiental

105 Consulta previa estándares internacionales, Op. Cit, p.28

106 Consulta previa estándares internacionales, Op. Cit., p.30.

107 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Informe del "Taller inter- nacional sobre metodologías de consentimiento libre, previo e informado y pueblos indígenas", 2005, párr. 45.

108 Ibid. párr. 46.

y del impacto sociocultural¹⁰⁹.

3.4.4 Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH)

Es un órgano judicial de la Organización de los Estados Americanos (OEA)¹¹⁰ que tiene su sede en San José, Costa Rica, cuya función es aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹¹ y otros tratados de Derechos Humanos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.¹¹²

La CoIDH tiene dos facultades importantes, una contenciosa y otra consultiva.¹¹³ La función contenciosa consiste en conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y la consultiva refiere a que los Estados parte de la OEA pueden solicitarle a la CoIDH la interpretación de un artículo de la Convención Americana o de otro Tratados relacionados.

En la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos existen casos referentes a la afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas como el Yake Axa vs Paraguay¹¹⁴, Saramaka vs Surinam¹¹⁵ y Sarayaku vs Ecuador¹¹⁶, a través de los cuales la CoIDH se ha pronunciado a

109 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Documento E/C.19/2007/12.

110 La OEA fue fundada en 1948 con el objetivo de lograr en sus Estados Miembro, un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia. Ver: http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp

111 Ver:

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

112 Ver: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es>

113 Ver: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es>

114 Ver: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

115 Ver: <http://www.alertanet.org/cidh-saramaka.pdf>

116 Ver: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

favor del derecho a la consulta previa y la obtención obligatoria del CLPI.

De los casos mencionados que ha resuelto la CoIDH, se analizará con posterioridad la sentencia *Saramaka vs Surinam*¹¹⁷, que ejemplifica la obligatoriedad de la obtención del CLPI. Esta sentencia es muy significativa porque establece criterios fundamentales para determinar cuándo es obligatorio que el Estado obtenga el CLPI de los pueblos.

3.5 En defensa del CLPI

Es bastante conocido que uno de los problemas principales de la violación de derechos de los pueblos indígenas es la extracción de sus recursos naturales en el contexto del desarrollo economicista, lo que provoca tensión entre indígenas y Estado/proyectos que se va agravando por los intereses económicos en juego.

A pesar del esfuerzo que se ha hecho para impulsar y legislar el derecho al CLPI, éste sigue encontrando obstáculos por parte del Estado y/o empresas al negar su obligatoriedad para asegurar la implementación de los proyectos de desarrollo.

Los tratados internacionales establecen claramente que para alcanzar el CLPI de los pueblos se utiliza la consulta previa como derecho procedimental, ya que es una manera para abrir el diálogo entre el pueblo y Estado. Sin embargo, la tendencia ha sido a no concentrarse en el CLPI, sino en las particularidades del proceso de la consulta¹¹⁸, lo que ha provocado que la

117 El caso será explicado en el siguiente capítulo, es por ello que en este apartado no se profundiza en ello.

118 Díaz-Polanco, Héctor Intervención en el Seminario "Retos y desafíos en la construcción de Estados Plurinacionales", La Paz, 16 de febrero de 2011.

consulta sirva hoy en día como discurso de los Estados, empresas transnacionales y organismos internacionales financiadores de proyectos que la utilizan como válvula de escape para contener las luchas sociales¹¹⁹.

Dentro de esta dinámica de la consulta, es importante estar alerta ante el Estado, las transnacionales y organismos financieros porque tienen la capacidad de producir conocimientos y discursos para fortalecer estrategias y mecanismos a favor de la industria y así garantizar la continuidad de la acumulación de capital. Todas estas iniciativas son reacciones que tienen estos actores frente a las amenazas de los movimientos contra hegemónicos¹²⁰.

Un ejemplo es el Banco Mundial (BM) en su política operativa 4.10 sobre pueblos indígenas¹²¹, que regula ciertas salvaguardas que cada empresa debe cumplir para otorgarle financiamiento y así llevar a cabo el proyecto. Estas salvaguardas mencionan que hay que reforzar el derecho a la consulta y al CLPI, pero no hace mención sobre la obligatoriedad de esta última.

A pesar de que la política operativa del BM regule a la consulta y el CLPI, no dejan de ser un organismo internacional que favorece las reglas del mercado y no a las de derechos humanos..

El problema y el debate sobre la obligatoriedad del CLPI se está dando en toda América Latina, y en México existen muchos

119 Remitir al capítulo de Derecho a la Consulta en el apartado del doble juego de la consulta.

120 Composto, Claudia, "Minería a gran escala y control social. Apuntes de investigación sobre el caso Argentino", *A contra corriente, una revista de historia social y literatura de América Latina*, Vol 9, N° 3, 2012 [en línea]: <http://acontracorriente.chass.ncsu.edu/index.php/acontracorriente/article/view/191/514#.U2wQWjm9NES>

121 Ver: <http://www.bicusa.org/wp-content/uploads/2013/08/2013-01-28-OP-4.10-IP-Policy-Presentat-n-SPA.pdf>

casos¹²² que ejemplifican la relevancia y necesidad de ir más allá de la consulta previa, es decir, reconocer y aplicar el CLPI para la protección de los derechos colectivos de los indígenas.

Por ello, es importante volver a resaltar que carece de sentido realizar una consulta sin establecer la obligatoriedad de obtener el CLPI para comprender lo que quieren los pueblos. La batalla que hay que librar no es sólo por una consulta previa, sino por un CLPI.

3.6 Alcances del CLPI

El punto medular del conflicto sobre el CLPI es el momento de hacerlo efectivo y el alcance que éste pueda tener. El debate que se plantea se refiere a su efecto obligatorio sobre los proyectos de desarrollo, modificaciones administrativas o legislativas implementados por empresas privadas y públicas a través del Estado en territorios de pueblos indígenas.

Por un lado, la normatividad regula que el derecho a la consulta tiene como finalidad llegar al CLPI, además de que contiene supuestos que refuerzan su obligatoriedad; y por el otro, los Estados mencionan que la normativa no expresa precisamente un derecho al veto para la aprobación de proyectos¹²³.

Este problema, en principio, debería ser resuelto con las normas y referencias internacionales ya mencionadas que dan luz a que la consulta debe ir encaminada al CLPI cada vez que se quieran

122 A lo largo del territorio nacional podemos encontrar ejemplos como el caso La Parota (presa), Cerro de Oro (presa), El Zapotillo (presa), Minera San Javier y REDD+ (sólo por mencionar algunos) que ponen en riesgo y tensión a las comunidades indígenas.

123 El derecho a la consulta libre, previa e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Due Process of law foundation/OXFAM. 2011. Washington D.C., p.22.

realizar proyectos de desarrollo en territorios indígenas. Sin embargo, la obligatoriedad a implementar el CLPI por parte de los Estados y empresas se limita a su interpretación e intereses, violando los estándares internacionales de derechos humanos.

En este sentido, a pesar de la interpretación que le puedan dar los Estados y empresas al CLPI, deben tener en cuenta que no pueden tomar decisiones unilaterales que impliquen afectaciones a los derechos de los pueblos indígenas. En cambio, deberían tener como guía de conducta la práctica de realizar consultas previas con la obtención del CLPI de los indígenas afectados para demostrar el respeto a sus derechos territoriales, el manejo y uso de sus recursos naturales, además de que es parte de sus obligaciones internacionales¹²⁴.

Al respecto, en el caso de México, el Comité de Derechos Humanos señaló que: “El Estado [...] debería tomar las medidas necesarias para garantizar a las comunidades indígenas el respeto a los derechos y libertades que les corresponde individualmente y como grupo, erradicar los abusos a que se les somete, respetar sus costumbres y cultura, así como sus formas tradicionales de vida permitiéndoles el disfrute de sus tierras y recursos naturales. Asimismo, se deben tomar medidas adecuadas para incrementar su participación en las instituciones del país, así como el ejercicio del derecho a la autodeterminación”¹²⁵.

En Colombia, la Corte Constitucional en el caso de la empresa Muriel Mining¹²⁶, ordenó al Estado detener la explotación en un

124 Ibid., p. 26.

125 Naciones Unidas, *Observaciones del Comité de Derechos Humanos: México*, Nueva York, Comité de Derechos Humanos, 1999, CCPR/C/79/Add.109, 27 de julio de 1999, párr. 19.

126 Ver sentencia T-769/09, 2 octubre 2009.

yacimiento de cobre, estipulando que: “cuando el proyecto ponga en riesgo la supervivencia de un pueblo indígena se debe obtener el CLPI”.

Siguiendo lo establecido se indica que tanto en México como en Colombia, los Estados no pueden tomar decisiones que impliquen la afectación del contenido internacionalmente protegido de los derechos mencionados¹²⁷, teniendo en mente el derecho al CLPI de los pueblos.

Con los argumentos jurídicos desarrollados y lo anteriormente señalados sobre la CLPI, se observa que existe un horizonte amplio de normas y directrices que regulan la obligatoriedad de su obtención, que adquiere este carácter en todos los casos que tengan que ver con proyectos de desarrollo.

Cerrado este capítulo, continuaremos con el Capítulo IV con el análisis de un caso de la CoIDH “Saramaka vs Surinam” de 2007, donde la Corte concuyó la importancia y obligatoriedad de la obtención del CLPI.

127 El derecho a la consulta libre, previa e informada... Op. Cit., p. 23

CAPÍTULO IV

4.Caso Saramaka vs Surinam

En este último capítulo se abordará un caso que fue analizado y resuelto por la CoIDH que refleja en un proceso real los problemas que enfrentan los pueblos indígenas frente a proyectos de desarrollo y el modo en que toma forma y fuerza el derecho al CLPI en este tipo de conflictos.

Se hará un análisis del escrito de demanda que presentó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ante la CoIDH contra el Estado de Surinam por violar derechos al pueblo de Saramaka consagrados en la Convención Americana. Posteriormente, se realizará el estudio de los derechos violados señalados en la sentencia “Saramaka vs Surinam” de la CoIDH, resaltando la obligatoriedad del derecho al CLPI.

4.1 Apuntes introductorios

El caso Saramaka vs Surinam presentado ante la CoIDH es paradigmático en cuanto al derecho al CLPI porque planteó una reflexión sobre la obtención obligatoria del mismo en cuestiones de planes de desarrollo en territorios de pueblos indígenas. Además, elaboró un análisis sobre la relación de interdependencia entre los pueblos indígenas con sus tierras, territorio y recursos naturales, donde situó al derecho a la CLPI como el derecho por el cual se respete la autonomía de los pueblos indígenas.

También brindó un razonamiento sobre la importancia del

reconocimiento de la titularidad de los derechos del pueblo Saramaka como grupo y no de forma individual, garantizando de forma paralela el manejo tradicional y colectivo de las tierras , tejiendo así una red de derechos que hay que proteger.

4.2 Presentación de la demanda por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH interpuso en 2006 una demanda a la jurisdicción de la CoIDH¹²⁸ por violaciones cometidas por parte del Estado de Surinam a los derechos del pueblo Saramaka.

En el escrito se demandó¹²⁹: 1) el no reconocimiento del derecho a la propiedad comunal sobre sus tierras que han utilizado y ocupado tradicionalmente; 2) el no reconocimiento de su personalidad jurídica como grupo y; 3) el incumplimiento a ciertos derechos regulados por la Convención Americana¹³⁰.

A continuación se abordará lo relativo a los preceptos violados mencionados en el párrafo anterior producto de la demanda ante la CoIDH.

4.2.1 No reconocimiento del derecho a la propiedad comunal

De acuerdo con lo expuesto en la demanda la CIDH señaló que

128 El Estado de Surinam ratificó la Convención Americana y la jurisdicción de la Corte el 12 de noviembre de 1987.

129 La sentencia habla sobre varios derechos, entre ellos el acceso a la justicia y la propiedad comunal, pero aquí se focalizará sólo en el segundo ya que se relaciona con el derecho a la consulta y al consentimiento, libre, previo e informado.

130 Artículo 1, los Estados Parte deben de respetar los derechos de la Convención. Artículo 2, armonizar el marco normativo con los de la Convención. Artículo 21, plantea lo relativo a derecho a la propiedad.

el pueblo Saramka tiene una estrecha relación con su territorio, el cual ha ocupado tradicionalmente desde comienzos del siglo XVIII y desde entonces se ha visto como el pilar para la continuidad de su cultura que va más allá de la simple subsistencia económica.

La cultura Saramaka conforma una compleja red de relaciones con los espíritus y estructuras de parentesco con su territorio y recursos naturales, lo que hace que todas sus relaciones sociales se rijan por aquella red espiritual ancestral teniendo un estrecho vínculo con ambos, dándole origen a su cultura¹³¹.

Ellos sobreviven del uso de sus tierras y territorios, se dedican a la agricultura, caza y pesca en los alrededores del Río Surinam, por lo cual sus bosques y arroyos son vitales para su supervivencia.

El manejo tradicional de las tierras se gestiona de una forma comunal, de modo que el manejo de este recurso se realiza en forma grupal. El derecho a la propiedad comunal que viene regulado en la Convención Americana, de la que es parte Surinam, debe tenerse en cuenta para su aplicación; sin embargo, existe una contradicción en la Constitución de Surinam porque sólo se encuentra normado el derecho individual de la propiedad en su artículo 34 y no regula la forma comunal de ésta, ni tampoco existe legislación interna que lo regule.

Respecto a la contradicción mencionada, el Estado expresó que no es un derecho sino un privilegio que se les da para que utilicen las tierras colectivamente subordinado al interés social o público¹³².

131 Demanda que da la Comisión a la Corte párr 92.

132 Comisión nota 17.

Ahora bien, entre las actividades de interés social que –de acuerdo con los argumentos del Estado- no tienen la obligación de respetar los derechos de los pueblos indígenas, de acuerdo con las leyes de Surinam, se encuentran la minería y la forestación. Estas actividades dice el Estado que no están sujetas a impugnaciones vía judicial porque se supone que son para beneficio de toda la sociedad. Lo cierto es que dichas actividades son las que dieron origen a los conflictos dentro del territorio de Saramaka, por lo que la CIDH sostuvo que hay una violación al artículo 21 de la Convención Americana respecto a la propiedad comunal de sus tierras, territorios y recursos naturales.

La no comprensión por parte del Estado de la estrecha relación que existe entre el pueblo Saramaka y su territorio, fue lo que causó conflictos y aumentó la violación de derechos hacia el pueblo sobre sus recursos naturales.

Ante el problema de no entendimiento por parte de los gobiernos sobre la relación de interdependencia de los pueblos con la naturaleza, el derecho internacional planteó el reconocimiento de la cosmovisión de los pueblos con sus territorios, teniendo como resultado que se exija el respeto y se garantice ese derecho como sustancial para la vida de los saramakas y de otros pueblos indígenas en la misma situación.

4.2.2. No reconocimiento de su personalidad jurídica

Sumado a estos conflictos, el Estado argumentó que los saramakas carecen de personalidad jurídica para que se les otorgue la titularidad de sus tierras y territorios.

En este caso, no se crearon normas que regulen la personalidad

jurídica colectiva respecto a los pueblos en relación a sus tierras. Esta ausencia de normas creó una relación asimétrica y una situación de desventaja para la defensa del pueblo Saramaka.

Por ello la CIDH, ante las relaciones desiguales que se presentaron, declaró que los saramakas son sujetos a medidas especiales con respecto a la demás población regulado en el derecho internacional e interamericano¹³³.

A pesar de lo dicho a nivel internacional y regional, encontramos que el Estado siguió resistiéndose a implementar los mecanismos y medios adecuados para promover y garantizar los derechos de los pueblos indígenas de su país.

4.2.3. Derecho al CLPI

El desarrollo económico es importante, tal como lo planteó la CIDH, pero de igual manera nos mencionó que debe ir acompañado de medidas adecuadas para que no se violen derechos humanos y se garanticen los derechos del pueblo Saramaka. Es por ello que en caso de explotar recursos naturales en tierras de indígenas deben celebrarse consultas y se requerirá de la obtención del CLPI¹³⁴.

Las concesiones madereras y mineras que otorgó el Estado ocasionaron daños graves al medio ambiente y se entregaron sin haber consultado previamente a los saramakas, ni se obtuvo su CLPI para el uso y explotación de sus territorios como se regula en la DNUDPI y en el Convenio 169 de la OIT.

Ante ello, la Comisión expresó que el Estado no implmentó

133 Comisión párr. 123.

134 Comisión párr 154.

ninguna medida para la protección de la propiedad comunal del pueblo Saramaka, como la obtención del CLPI y la celebración de consultas previas e informadas de acuerdo a sus costumbres y tradiciones a través de sus instituciones representativas.

4.2.4 Exigencias dentro de la demanda

Dicho lo anterior, la CIDH solicitó que la CoIDH determine la responsabilidad del Estado de Surinam por cometer las violaciones a los derechos del pueblo de Saramka y requirió que:

- 1) Se reconozca y garantice la propiedad comunal del pueblo Saramaka.
- 2) Se realicen consultas previas para proteger las tierras, territorios y recursos naturales del pueblo Saramaka.
- 3) Se repare el daño ambiental ocasionado por las concesiones otorgadas a empresas madereras.
- 4) Se repare e indemnice al pueblo Saramaka por los daños ocasionados por los proyectos de desarrollo ubicados en su territorio.

4.3 Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como ya se había mencionado, en junio de 2006 la CIDH interpuso ante la CoIDH la demanda en contra del Estado de Surinam por la violación de varios derechos de la Convención Americana. En atención a las violaciones que se demandan, la CoIDH se enfocó en analizar los siguientes derechos: artículo

3¹³⁵ (reconocimiento de la personalidad jurídica), 21¹³⁶ (derecho a la propiedad) y 25¹³⁷ (derecho a la protección judicial) de la Convención Americana.

Antes de comenzar la explicación de los derechos violados, se presentará una breve contextualización del pueblo Sramaka con el fin de dar a conocer cuáles son sus raíces históricas y su profunda relación con el entorno en el que viven.

4.3.1 Pueblo Saramaka

El pueblo de Saramaka se encuentra ubicado en la región superior del río Surinam y forma parte de los seis grupos maroon de esa región. Su población se compone de 25,000 a 34,000 miembros, que se dividen en 63 comunidades situadas en la región del río Surinam y algunas regiones desplazadas ubicadas hacia el Oeste del río¹³⁸.

Es un pueblo de origen africano cuyos ancestros fueron desplazados forzosamente a Surinam como esclavos durante la colonización europea en el siglo XVII. Posteriormente, se

135 Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

136 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social; 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

128 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales;

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

138 Sentencia Corte Parrf 80.

establecieron en comunidades autónomas surgiendo distintos grupos de maroons.

La sociedad Saramaka, que surgió de uno de los grupos maroon, no es nativa de la región por las migraciones que se generaron durante la colonización; sin embargo conforma un pueblo tribal con características culturales específicas, tiene una identidad con relaciones espirituales con el territorio y posee una estructura jurídica propia¹³⁹. Ello demuestra la especial relación que tiene este pueblo con sus tierras, territorios y recursos naturales.

Este vínculo es el que debe tomarse en cuenta al momento de realizar cualquier modificación que alteraría de forma grave la vida cotidiana de los saramakas, lo cual en este escenario en específico no se cumplió.

Esta breve descripción sobre el origen del pueblo Saramaka es un preámbulo para abordar los derechos violados que contiene la sentencia.

139 Por ello la Corte concluyo que el pueblo Saramaka es un grupo sujeto a medidas especiales de Derecho Internacional que protege el uso y goce de la propiedad comunal en su artículo 21 para su subsistencia física y cultural donde el Estado debe tomar medidas para reconocer, respetar y proteger esa propiedad comunal. párr. 96.



4.3.2 Reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3)¹⁴⁰

La falta de reconocimiento de la personalidad jurídica por parte del Estado hacia el pueblo Saramaka impidió que el pueblo tenga la titularidad de las tierras que han usado tradicionalmente. Con respecto a este tema, el Estado cuestionó especialmente dos puntos: 1) la cohesión del pueblo y 2) reconoce al individuo como tal y no como pueblo, por lo que se le está negando el derecho a la propiedad al pueblo Saramaka.

Ante ello, lo que planteó el Estado es que es difícil definirlos como una personalidad jurídica, ya que hay muchos saramakas que no viven en el territorio y ni si quiera siguen sus costumbres y tradiciones. Esto provoca confusión en la aplicación colectiva

¹⁴⁰ Sentencia Saramka párr. 159-175.

de la tierra. En esta situación, lo que el pueblo demandó es que se les reconozca la personalidad jurídica como grupo, no como individuo, para poder gozar de su propiedad comunal siendo titulares de ella.

En ese sentido, la CoIDH observó que sin el reconocimiento colectivo cualquier fallo que se haga al miembro individual de Saramaka puede, o no, favorecer a todo el pueblo. Esto no representa a la comunidad porque los efectos benefician al individuo (que en ciertos casos podría tener efectos generales) y no al pueblo conforme a sus tradiciones.

El reconocimiento individual no toma en cuenta el modo de ser de los saramakas, no recoge sus necesidades, violando de este modo su derecho a la propiedad comunal vinculado a su derecho de libre determinación para el manejo de sus recursos naturales, dejándolos en un estado de vulnerabilidad donde se impone la lógica de la propiedad individual frente a la propiedad colectiva.

Si se obtiene su reconocimiento se resolverían estos problemas y se evitarían estas situaciones, asegurando el goce y ejercicio del derecho a la propiedad comunal e igual protección judicial contra toda violación que se perpetre contra la tierra, territorio o recursos naturales del pueblo.

Por estas razones, la CoIDH, concluyó que el pueblo Saramaka es un grupo y que se le debe reconocer su derecho a la propiedad comunal. Si llega a suceder que alguno de sus miembros se encuentre fuera del grupo, esto no afecta en el manejo comunal de sus tierras, porque en caso de que esas personas quisieran utilizar el título, esa situación sólo será decidida por el pueblo y no por el Estado.

En relación a ello, la CoIDH trató el tema anteriormente en otros

casos como el de *Bámaca Velásquez vs Guatemala*¹⁴¹, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*¹⁴² y el caso de las *Niñas Yean y Bosico vs República Dominicana*¹⁴³, estableciendo que el Estado está obligado a reconocer y garantizar la personalidad jurídica de los pueblos en su conjunto y no en lo individual.

También existen otros instrumentos internacionales aparte del artículo 3 de la Convención Americana que regulan la personalidad jurídica, como es la Declaración Universal de Derechos Humanos artículo 6 y PIDCP artículo 16, ambos exponen que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Como conclusión la Corte señaló que el Estado había incumplido con el artículo 3 de la Convención en relación con la aceptación de la personalidad jurídica de los saramakas que tiene una estrecha vinculación con el artículo 21 del derecho a la propiedad porque al momento de que no les es reconocida la titularidad de sus tierras se les está negando y violando su manejo comunal de tierras. Esto indica que el Estado debe adoptar medidas tanto administrativas como legislativas para acabar con ese vacío y garantizar los derechos que ha exigido el pueblo Saramaka.

4.3.3 Derecho a la Propiedad Individual (artículo 21)

4.3.3.a). Propiedad comunal

141 Sentencia *Saramka vs Surinam*, Párr 179.

142 Sentencia *Saramka vs Surinam*, Párr 188.

143 Sentencia *Saramka vs Surinam*, Párr 177.

El Estado mencionó que no reconoce la propiedad comunal, que sólo es un trato especial que se les da a los pueblos para su manejo de tierras, porque en su lógica, si fuera un derecho entonces se caería en un acto discriminatorio para la demás población, además de que en su aplicación no existe claridad en la titularidad de posesión de las tierras, lo que hace difícil su realización.

Ante esta postura por parte del Estado, la CoIDH señaló que ello provoca el no reconocimiento de la titularidad de las tierras que han ocupado tradicionalmente, lo que genera violación a la propiedad comunal, al territorio y a la personalidad jurídica. Y lo que se le demandó al Estado es que se les reconozca esa titularidad conforme a su libre determinación y un trato diferenciado¹⁴⁴ a comparación del resto de la población.

Otra justificación por parte del Estado fue excusarse de que en Surinam no se regula el derecho a la propiedad comunal y que por ello no se aplica. Sin embargo, este argumento no es válido, ya que Surinam es parte de la Convención Americana, por lo que debió cumplir con los derechos allí planteados (como es el artículo 21), sin importar que exista una regulación sobre ello a nivel local.

El artículo 21 de la Convención Americana, regula el derecho a la propiedad individual, pero la CoIDH estableció que ésta también se incluya en el marco de la propiedad comunal. Esto quiere decir que no se concentra en el individuo sino en el pueblo,

144 Debido a las diferencias sociales, políticas, jurídicas y culturales que existen entre grupos indígenas con la demás población, existe la necesidad de un trato diferenciado para poder garantizar sus derechos, no se puede tratar igual a quien es diferente. Para saber más del tema ver: Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Salazar Ugarte, Pedro, *El derecho a la libertad de expresión frente a la no discriminación*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Consejo Nacional para prevenir la Discriminación, México, 2008.

teniendo en cuenta la especial relación que existe entre el pueblo y su territorio¹⁴⁵.

En ese sentido, la sentencia indicó que el Estado tuvo que reconocer el derecho a la propiedad comunal según las tradiciones del pueblo Saramaka. De igual forma, señaló que los saramakas deben contar con el ejercicio del uso de sus tierras y recursos naturales porque es un prerrequisito para el goce de su propiedad. Vinculado al tema, en el caso Yakye Axa¹⁴⁶, la CoIDH ya había establecido que los pueblos indígenas tienen el derecho a ser titulares de los recursos naturales que han utilizado tradicionalmente, ya que sin ellos su supervivencia física y cultural está en peligro¹⁴⁷.

De este modo, se observa que si no se protege el territorio y los recursos naturales de los saramakas, carecería de sentido el uso y goce de su propiedad, ya que como se ha repetido tienen una conexión espiritual con ellos que no se pueden concebir de manera separada, sino que se complementan.

Dicho esto, la CoIDH señaló que el Estado debió reconocer el derecho a la propiedad comunal, evitando justificarse a partir del argumento de que es “difícil reconocerlo”, o que es una práctica discriminatoria (que no es el caso) por lo que sus razones son improcedentes.

4.3.4. La necesidad de la obligatoriedad del CLPI

Toda la problemática que alegó el pueblo Saramaka, detonó

145 Caso Awas Tingni párr. 149.

146 Curtis Christian, El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos, Fontamara, México, 2009, P 241.

147 Caso Yakye Axa, Párr. 137.

cuando el Estado de Surinam otorgó concesiones a terceros¹⁴⁸ (mineras y forestales) para la explotación y extracción de recursos naturales sin haber celebrado consultas previas a los saramakas para poder llegar a un acuerdo, o en su caso, obtener el CLPI de dichas actividades que ya les ocasionó daños.

Conforme a la legislación nacional se establece que estas actividades son de interés social y que por ello dichas acciones son legales. Ante esto, la CoIDH planteó que esas actividades se podrán realizar siempre y cuando¹⁴⁹:

- a) Sean establecidas previamente por la ley
- b) Sean necesarias
- c) Sean proporcionales
- d) Tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática

Pero también sostuvo en la sentencia que existe un límite a los supuestos mencionados, cuando las actividades que se deriven del proyecto de inversión o cualquier modificación que pueda dañar a los pueblos, ocasionen una denegación de subsistencia como pueblo tribal, que tiene las siguientes características¹⁵⁰:

148 En las pruebas que se han ofrecido se ha demostrado que el Estado otorgó cuatro concesiones madereras y un número más de explotación minera del territorio Saramaka.

149 Sentencia corte Saramaka Párr. 127.

150 Sentencia corte Saramaka párr. 129.

- Asegurar la participación efectiva del pueblo Saramaka conforme a sus costumbres y tradiciones en relación con el plan de desarrollo.
- Garantizar que los miembros del pueblo se beneficien del plan que se lleva a cabo en su territorio.
- El Estado no emitirá ninguna concesión dentro del territorio a menos que se realice un estudio previo de impacto social y ambiental.

Estos derechos son los mínimos con los que debe contarse y deben ser aplicados con anterioridad a la realización de cualquier actividad del plan de desarrollo¹⁵¹.

Considerando la información que fue colocando la CoIDH, se hará a continuación un análisis sobre la ilegalidad de las concesiones que otorgó el Estado de Surinam, origen de los problemas en el pueblo Saramaka.

4.3.4.a) Concesiones madereras¹⁵²

La tala de madera forma parte de la estructura económica del pueblo Saramaka. La extraen para la construcción de botes y canoas con el fin de trasladarse, también la utilizan para hacer el techo de sus hogares además de que obtienen aceites, frutos y la comercializan de forma tradicional para su subsistencia.

Estas referencias nos muestran que los saramakas han utilizado esa madera de forma tradicional, por lo que el Estado, antes de

151 La Corte, cuando utiliza el concepto de plan de desarrollo o de inversión se refiere a cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio Saramaka, en particular, propuestas relacionadas con concesiones madereras y mineras. Ver sentencia nota 124.

152 Corte saramaka Párr. 144-154.

haber otorgado las concesiones debió haber consultado a los saramkas para que participaran en la toma de decisiones respecto a sus recursos naturales. Además tuvo que haber llevado a cabo un estudio de impacto ambiental y social, así como un reparto de los beneficios por las operaciones madereras.

Lamentablemente esto no fue realizado y existen daños masivos en el bosque y el ambiente, las empresas destruyeron sus tierras dejándolas sin cosechas y afectando los arroyos que utilizaban para abastecerse de agua para beber, cocinar y pescar.

4.3.4.b) Concesiones mineras¹⁵³

El oro no ha sido extraído tradicionalmente por los Saramakas, por lo que se puede pensar que entonces se podría explotar ese mineral sin tener en cuenta las medidas que se han venido planteando en párrafos anteriores.

Sin embargo, dado que la actividad extractivista inevitablemente afecta a los territorios y recursos naturales del pueblo y que ello está vinculado a su subsistencia, el Estado tuvo que hacer consultas respecto a las concesiones. La CoIDH ante ello concluyó que no importa si han utilizado de manera tradicional el oro, el Estado debió haber realizado tanto las consultas previas asegurando la participación efectiva de los saramakas, como los estudios de impacto ambiental y social para evitar esta violación de derechos humanos hacia el pueblo Saramaka. Finalmente, a través del diagnóstico que realizó de las concesiones forestales y mineras, la CoIDH concluyó que fueron otorgadas ilegalmente por no haber realizado consultas previas al pueblo Saramaka.

153 Corte Saramaka Párr. 155-157.

4.3.5 Derecho a la Consulta

En el derecho a la consulta respecto a la sentencia, la CoIDH hizo referencia a sus características (que sólo se mencionan porque ya se han analizado en capítulos anteriores):

- El Estado debe llevar a cabo las consultas;
- Deben ser previas;
- Informadas;
- De buena fe; y
- Con el objetivo de llegar a un acuerdo o en su caso, la obligación de obtención del CLPI¹⁵⁴.

4.3.6 CLPI

Este tema es el núcleo de la sentencia, ya que la CoIDH proporcionó argumentos para exigir la obtención obligatoria del CLPI,

La Corte estableció que “cuando se trate de planes desarrollo o a gran escala, el Estado tiene la obligación no sólo de consultar sino también debe obtener el consentimiento libre, previo e informado según sus costumbres y tradiciones”¹⁵⁵.

Este análisis realizado por la CoIDH es fundamental porque ha

154 La Comisión, en el caso Maya en el Distrito de Toledo vs Belice, en lo referido al consentimiento, establece que se requiere como mínimo que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso para que sean capaces de participar en la toma de decisiones. Ver informe 40/04 Párr 142.

155 Sentencia Corte párr. 134.

sentado jurisprudencia que puede ocuparse en beneficio de otros pueblos indígenas que enfrenten problemas frente a proyectos de gran escala orientados a explotar sus recursos naturales¹⁵⁶.

Este es un caso a seguir con avances muy significativos para la defensa de la tierra, territorio y recursos naturales de los pueblos indígenas, porque se ha considerado como obligatoria la obtención del CLPI en cualquier caso de proyectos de desarrollo.

Al respecto, como ya se hace mención en el capítulo relativo al consentimiento, otros organismos internacionales, entre ellos el CEDR y el ex relator de pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen¹⁵⁷, reafirman lo dicho por la Corte. Con estos argumentos colocados se justifica la obligatoriedad de la obtención del CLPI que los Estados deben cumplir antes de ejecutar cualquier actividad del proyecto de desarrollo.

La sentencia, además de ser un precedente importante en el tema, logró impulsar y fortalece los derechos de los saramkas y de los pueblos indígenas que se encuentren en la misma situación.

4.3.7 Reparto de beneficios

Otra cuestión no menor que incluye la sentencia, es el reparto de beneficios que pueda generar el proyecto de desarrollo que se instale en territorio indígena. Se trata de compartir justa y

¹⁵⁶ Es importante señalar que las sentencias de la CoIDH son obligatorias para el Estado Mexicano tal y como ha sido establecido en la Jurisprudencia mexicana a partir de la sentencia 293. Consultar <http://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespub.aspx?id=129659&seguimientoid=556>

¹⁵⁷ Remitir al III capítulo "Consentimiento Libre, Previo e Informado" apartado "Organismos Internacionales sobre Pueblos Indígenas" pp. 61 y 68.

equitativamente los beneficios que se generen por las actividades del proyecto, reconocido en el artículo 21.2 de la Convención Americana¹⁵⁸.

Con respecto a este tema, la ColDH propuso que el pago de una indemnización justa a la luz del artículo 21.2 se traduce en que los saramakas participen de los beneficios derivados por la restricción del uso de sus tierras¹⁵⁹. Asimismo, como se ha apuntado en el capítulo II sobre el derecho a la consulta, el reparto de beneficios viene regulado en otros instrumentos internacionales como la DUNDPI y el Convenio 169 de la OIT.

Concuído el último capítulo de este proyecto de investigación se pasará a la parte conclusiva, donde se exponen conclusiones por cada capítulo, conclusiones generales y una sugerencia de cómo continuar la investigación.

158 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

159 Sentencia Saramaka Párr. 139.

Conclusiones

Considerando lo expuesto a lo largo de la tesis, queda en evidencia que se ha cumplido el objetivo que ha guiado esta investigación, que es el de demostrar la importancia de la obtención obligatoria del derecho al CLPI de los pueblos indígenas frente a proyectos de desarrollo que los afecten en cuanto a sus tierras, territorios y recursos naturales, siendo la consulta la vía procesal para llegar a él. Esta meta se logró por medio de las tres dimensiones fundamentales mencionadas en la introducción: estudio teórico, dogmático y casuístico. En el estudio teórico se plantearon los conceptos que articulan esta tesis y que permitieron un análisis más completo y certero sobre la problemática, así como ir encontrando salidas sobre el conflicto y afectaciones que ocasionan los proyectos de desarrollo en territorios indígenas.

En el estudio dogmático se abordó la normatividad y los organismos internacionales que regulan el derecho a la consulta y CLPI, trabajándose en profundidad el contenido de cada derecho a través de los artículos, recomendaciones y precedentes existentes en la materia, dando como resultado un conocimiento amplio sobre las herramientas jurídicas existentes para ser utilizadas en la defensa de tierras, territorios y recursos naturales de los indígenas.

Por último, en la parte casuística se hace un estudio de la sentencia Saramaka vs Surinam, donde se presentó la relación del caso con la parte teórica y dogmática, materializado en los argumentos relevantes emitidos por la CoIDH sobre la obligatoriedad de la obtención del CLPI y la necesidad de realizar

consultas previas.

Interesa a continuación desglosar las conclusiones de acuerdo a lo planteado en cada apartado.

En el primer capítulo “Nociones de Desarrollo: Antecedentes del derecho a la consulta y al CLPI de Pueblos Indígenas” se planteó lo relativo a los conflictos que dieron origen al derecho a la consulta y al CLPI y la necesidad de su regulación. Estos derechos surgieron como respuesta frente a las dinámicas del sistema de mercado que opera comercializando recursos naturales. Estos recursos, cuando se ubican en territorios de pueblos indígenas detonan problemas, y uno de ellos es el despojo de sus tierras, territorios y recursos naturales por proyectos de desarrollo violando derechos humanos de los pueblos. Frente a ello, se reguló tanto en el Convenio 169 OIT y la DNUDPI el derecho a la consulta y al CLPI que siguen en vigencia. Ambos derechos son la llave para garantizar el derecho a la tierra, territorio y recursos naturales, pero también otros derechos que son igualmente importantes para el pueblo como vivienda, desarrollo propio, autonomía y libre determinación.

La consulta previa y el CLPI permiten el diálogo entre pueblos y autoridades con la finalidad de que los pueblos participen y sean tomados en cuenta en las decisiones que les afecten en su vida cotidiana por estos proyectos de desarrollo. Se llega a la conclusión de que la consulta y CLPI son una vía jurídica importante para la defensa de tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas.

El segundo capítulo “Derecho a la Consulta”, profundiza sobre el contenido, el marco jurídico y función de la consulta donde cabe resaltar varios aspectos. Uno de ellos es que ante la lucha de

tierras, territorios y recursos naturales, el derecho a la consulta es una vía útil para tomar en cuenta el querer de los pueblos indígenas frente a las autoridades y así llegar a un CLPI.

Otro aspecto, es que también el derecho a la consulta sirve como vía legal para construir y operar proyectos de desarrollo, esto es así porque la consulta por sí sola (sin tener en cuenta la obligatoriedad de la CLPI), solamente es un requisito que debe cumplir el Estado bajo ciertos estándares internacionales regulados en el Convenio 169 OIT y la DNUDPI. De este modo, el derecho a la consulta puede ser utilizado mediante dos vías diferentes: 1) como derecho de resistencia de los pueblos y 2) como discurso de los Estados y empresas para realizar proyectos de desarrollo.

Se concluye que, a pesar del esfuerzo por regular la consulta conforme a los estándares internacionales más avanzados, esto es, que debe ser realizada por parte del Estado, mediante procedimientos adecuados culturalmente, con instituciones representativas, participativo, de buena fe y con la finalidad de llegar a un CLPI, aún falta que se haga efectivo en los hechos, por lo que queda seguir insistiendo en una consulta vinculada a un CLPI.

El tercer capítulo “Consentimiento, Libre, Previo e Informado”, al igual que en el capítulo del “Derecho a la Consulta”, se hace referencia al contenido, marco jurídico y función del CLPI. El CLPI también es regulado en el Convenio 169 OIT y la DNUDPI, en ellos se señala que la finalidad de la consulta es la obtención del CLPI, pero también se refuerza esto con ciertos supuestos que norman su obligatoriedad, como lo es cuando hay desplazamientos forzosos de su comunidad de origen, almacenamiento de materiales peligrosos en el territorio y

utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

También existen organismos internacionales como la CoIDH, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas que hablan sobre la importancia y obligatoriedad de la obtención del CLPI.

Sin embargo, a pesar de los argumentos a favor del CLPI existe el conflicto sobre su alcance y obligatoriedad por parte de los Estados y empresas, por lo que hay que seguir insistiendo en la exigencia de su obligatoriedad, porque con ello se logrará respetar las decisiones de los pueblos indígenas.

Se concluye entonces, que con la obtención obligatoria del CLPI se puede hacer una defensa real de los derechos de los pueblos indígenas que los Estados deben garantizar en todos los casos sobre proyectos de desarrollo en pueblos indígenas.

El cuarto capítulo “Caso Saramaka vs Surinam” nos muestra un caso en el cuál la CoIDH hace un análisis sobre el derecho a la consulta con el fin de obtener el CLPI, sentando precedentes importantes en el tema. Estos precedentes se encuentran en el reconocimiento de la personalidad jurídica y propiedad comunal del pueblo Saramaka, donde la CoIDH señaló que los saramakas son un grupo que maneja tradicionalmente sus tierras, por lo que se les debe respetar su propiedad comunal, y al momento de respetarla se les reconoce su titularidad como pueblo sobre las tierras. Es claro entonces que el Estado debe adoptar medidas legislativas y administrativas para el reconocimiento de la personalidad jurídica y propiedad comunal.

Asimismo se siente un precedente sobre la necesidad de realizar

consultas previas. En este tema el Estado de Surinam otorgó concesiones mineras y forestales, frente a lo cual la CoIDH señaló que esas concesiones fueron otorgadas ilegalmente porque el Estado debió haber llevado a cabo consultas previas, asegurado la participación de los saramakas y realizado estudios de impacto ambiental y social.

Y finalmente, un precedente muy significativo de la sentencia es que la CoIDH exige la obligatoriedad de la obtención del CLPI frente a cualquier proyecto de desarrollo, lo que fortalece lo dicho por el Convenio 169 OIT y la DNUDPI y resulta un aporte vital para la defensa legal.

Como conclusión general, el despojo de tierras, territorios y recursos naturales a pueblos indígenas ha ido en aumento en el contexto de desarrollo economicista, provocando la resistencia y existencia de movimientos que reclaman la recuperación de los mismos. Ante ello, en el derecho positivo se han creado normas jurídicas para defender los derechos de los pueblos indígenas. Esta codificación establecida a nivel internacional en el Convenio 169 OIT y la DNUDPI para la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, se traduce en la regulación del CLPI y la consulta previa como una vía jurídica de defensa de los pueblos.

Estos derechos fueron contruidos ante las necesidades y problemas de los pueblos, permitiendo que el discurso de los derechos humanos sea en la actualidad una estrategia legal y discursiva para la defensa de sus tierras, territorios y recursos naturales. Así, se ejerce presión interna y externa para encontrar la coherencia entre el derecho y los hechos.

Toda la legislación, informes, sentencias, jurisprudencias y

recomendaciones que se han emitido sobre el tema (y que hemos rescatado en esta tesis), se posicionan a favor de la obtención obligatoria del CLPI y la realización de las consultas. Los esfuerzos destinados a la regulación de estos dos derechos de los pueblos han sido una ganancia, pero aún hace falta todo un recorrido para su plena eficacia, puesto que las empresas y los Estados han encontrado la manera de reapropiarse del discurso de los derechos humanos dando como resultado lo que aquí se denomina el doble juego de la consulta. Frente a ello y a las interpretaciones que puedan darse a la consulta, hay que insistir en que el derecho a la consulta y el CLPI no deben verse por separado, sino que uno complementa al otro, es decir, la consulta es el derecho procesal para llegar al CLPI que es el que hará valer las decisiones de los pueblos indígenas.

Parece entonces que el camino a seguir por los pueblos indígenas frente a la constante violación de sus derechos, es continuar la lucha por la reivindicación de sus derechos mediante la cual logran mantener viva su identidad cultural, a pesar de que el Estado insista en el modelo de desarrollo económico basado en la acumulación y el crecimiento.

Por último, interesa comentar que a partir de lo analizado en este estudio, surgieron otros temas que podrían abordarse para continuar con la investigación. Uno de ellos es cómo el derecho a la consulta se transforma en una simulación jurídica, es decir, existe esta simulación cuando en el derecho a la consulta no se respeta la obligatoriedad del CLPI. Ello porque tiende a reducirse al cumplimiento de los requisitos procedimentales de la consulta de acuerdo a los estándares internacionales y no se concentra en el verdadero derecho de los pueblos, que es la agenda del CLPI.

Bibliografía

- Álvarez Laura y Composto, Claudia “Respuestas estatales y empresarias al conflicto social en el sector minero post 2002” *Revista Herramienta*, No 14 , año XVII, Buenos Aires, Argentina, 2014 [en línea] disponible en: <http://www.herramienta.com.ar/herramienta-web-8/respuestas-estatales-y-empresarias-al-conflicto-social-en-el-sector-minero-post-20>
- Anaya, James, *Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional*, Madrid, Trotta, 2005.
- Clavero, Bartolomé, “Consulta y Consentimiento Previo, libre e informado a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” [en línea] disponible en: http://www.redunitas.org/Consulta_BC.pdf
- Composto, Claudia, “Minería a gran escala y control social. Apuntes de investigación sobre el caso Argentino” *Revista A contra corriente*, una revista de historia social y literatura de América Latina, Vol 9, No 3, 2012 [en línea] disponible en: <http://acontracorriente.chass.ncsu.edu/index.php/acontracorriente/article/view/191/514#.U2wQWjm9NES>
- Composto, Claudia y Navarro, Mina, “La megaminería en México”, Blog *Horizontes comunitarios, Territorios en disputa entre el despojo y las resistencias* [en línea] disponible en: <http://horizontescomunitarios.files.wordpress.com/2014/02/territorios.pdf>
- Composto, Claudia y Navarro, Mina, “Estados, transnacionales extractivas y comunidades movilizadas: dominación y resistencias en torno a la minería a gran escala en América Latina” *Revista Theomai*, No 25, primer semestre 2012, Buenos Aires, Argentina [en línea] disponible en: <http://revista->

theomai.unq.edu.ar/NUMERO%2025/7Composto.pdf.

- Courtis Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, Fontamara, México, 2009
- Díaz-Polanco, Héctor, intervención en el Seminario “Retos y desafíos en la construcción de Estados Plurinacionales”, La Paz, 16 de febrero de 2011.
- Fergus MacKay, “Una Guía para los Derechos de los Pueblos Indígenas” en Organización Internacional del Trabajo, Julio de 2002.
- Fundación para el debido proceso legal, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*, Washington, 2010.
- Gros Espiell, Héctor, “El nuevo orden económico internacional; El derecho al desarrollo y los derechos humanos”, en VV. AA., *La protección internacional de los derechos del hombre; Balance y perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983.
- Grosfoguel, Ramón, “Hacia un pluri-versalismo transmoderno decolonial”, *Tabula Rasa*. Bogotá - Colombia, No.9, pp. 199-215, julio-diciembre 2008,
- Gutiérrez Rivas, Rodrigo et al., *Los derechos sociales y el desarrollo rural*, Primera edición, México, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de diputados LX Legislatura, 2007, Legislación para el Desarrollo Rural.
- Jiménez Bartlett, Lelia, *Multiculturalismo y Derechos Indígenas en México*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos II de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Programas en el doctorado en Derechos Fundamentales, 2005.
- Loarca Carlos, *El deber de consultar a los pueblos, Guatemala*, 2009.
- Pólit, Montes de Oca, Berenice, *La Consulta Previa*, Ecuador, Ed.

Cevallos, 2010.

- Quijano, Aníbal, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Edgardo Lander (comp.), *La colonialidad del saber, eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*, Buenos Aires, CLACSO, 2000.
- Rajagopal, Balakrishnan, *El Derecho Internacional desde abajo*, Ilsa, Bogotá, 2005,
- Rionda Ramírez, Jorge, “Exclusión Indígena en México (Historia Económica en retrospectiva)”, *TecsisistecatI*, revista electrónica de Ciencias Sociales, volumen 2, no. 7, enero 2010 [en línea] disponible en: <http://www.eumed.net/rev/tecsistecatI/n7/jirr.htm>.
- Rodríguez Garavito, César, “Etnicidad.gov: los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados”, *Dejusticia*, Colombia, 2012.
- Rodríguez Garavito, César, “La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional”, *Programa de Justicia Global y Derechos Humanos*, Universidad de los Andes, Colección Justicia Global, Colombia, 2010.

DOCUMENTOS

- Aplicación del Convenio 169 OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina, una recopilación de casos, Perú, 2009
- Caso Awas Tingni vs Nicaragua en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf
- Caso Yakye Axa vs Paraguay en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf
- Caso Maya en el Distrito de Toledo vs Belice en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm>
- Caso Saramaka vs Surinam en:

- http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales sobre Surinam, CEDR/C/64/CO/9, 28 de abril del 2004, párrs. 11-12; véase también Decisión 1 (67) sobre Surinam, CEDR/C/DEC/SUR/4, 1o de noviembre del 2005.
 - Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales respecto al Ecuador, ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 junio 2003.
 - Convención Americana sobre Derechos Humanos en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
 - Corte Constitucional de Colombia. CASO T-116/11 (24.02.2011).
 - Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión, sentencia T-769/09, 2 octubre 2009. Sobre derecho a la consulta de pueblos indígenas.
 - Declaración sobre el Derecho al Desarrollo
 - Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement>
 - Directrices para la aplicación del derecho al consentimiento, libre, previo e informado de los pueblos indígenas, IBIS, 2013, Bolivia.
 - El derecho a la consulta libre, previa e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Due Process of law foundation/OXFAM. 2011. Washington D.C.
 - El derecho a la Consulta de los Pueblos indígenas: la importancia de su implementación en el contexto de los proyectos de desarrollo a gran escala, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011.
 - Estudio en México de la Secretaría de Energía sobre la existencia de proyectos mineros [en línea] disponible en:

http://www.economia.gob.mx/files/comunidad_negocios/industria_comercio/informacionSectorial/minero/su_mejor_oportunidad_inversion_mineria_0713.pdf

- Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Documento E/2007/43 E/C.19/2007/12. Informe sobre el sexto período de sesiones (14 a 25 de mayo de 2007).
- Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Documento E/C.19/2005/3.
- Garcés, Fernando, Los Indígenas y su Estado (Pluri)Nacional: una mirada al proceso constituyente boliviano, Clacso, Cochabamba, Bolivia, 2013.
- Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Informe del “Taller internacional sobre metodologías de consentimiento libre, previo e informado y pueblos indígenas”, 2005.
- Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Documento E/C.19/2007/12.
- Guía sobre el consentimiento, libre, previo e informado, Oxfam, Australia, 2010 [en línea] disponible en: <http://goldcorpoutofguatemala.files.wordpress.com/2010/07/oaus-freepriorinformedconsentspanish-0910.pdf>
- Informe del Comité sobre la eliminación de todas las formas de discriminación establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador (GB.282/14/2).
- Informe del 20º período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (E/CN.4/Sub.2/2002/24).
- Informe sobre la situación de las y los defensores de derechos humanos en México: actualización 2012 y balance 2013, Naciones Unidas, México.
- Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James

Anaya. 15 de julio de 2009. A/HRC/12/34.

- Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. 15/noviembre/2007 (A/HRC/6/15).
- Informe de la primera experta independiente de Naciones Unidas Anne Marie Linz, Los derechos humanos y extrema pobreza (E/CN.4/2000/52).
- Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas 1 de julio de 2013 (A/HRC/24/41).
- ONU, Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 23, Los derechos de las minorías.
- ONU, Observaciones del Comité de Derechos Humanos: México, Nueva York, Comité de Derechos Humanos, 1999, CCPR/C/79/Add.109, 27 de julio de 1999.
- Organización Internacional del Trabajo Convenio 107 en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107
- Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169 en: http://www.cdi.gob.mx/transparencia/convenio169_oit.pdf
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D50.pdf>
- Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas, SCJN, México, 2014.
- Reclamación Brasil 2009, C169. Caso ley de bosques

(GB.304/14/7) [en línea] disponible en:

<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/conv169/informesoit/295-c169casos/652-2009-rec169-brasil-bosques.html>

- Resolución 2106 (XX) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 21 de diciembre de 1965 y abierta a firma el 7 de marzo de 1966.
- Seminario de expertos de ONU sobre derechos y pobreza del 7 al 9 de feb de 2001 (E/CN.4/2001/54/Add.1).
- Truman, Harry, Discurso de investidura presidencial, 20 de enero de 1949: [en línea] disponible en: http://www.trumanlibrary.org/whistlestop/50yr_archive/inagural20jan1949.htm