

**EL DERECHO DE CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ANTE LOS  
PROYECTOS DE EXPLOTACIÓN O EXTRACCIÓN DE RECURSOS  
NATURALES EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO<sup>1</sup> -<sup>2</sup>**

***INDIGENOUS PEOPLES' RIGHT TO CONSULTATION REGARDING NATURAL  
RESOURCES EXTRACTION OR EXPLOITATION PROJECTS IN THE  
FRAMEWORK OF THE INTER-AMERICAN SYSTEM***

*Pablo César Mortarotti<sup>3</sup>*

**Resumen:** En las últimas décadas del siglo XX, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sostenido que la persona humana como sujeto individual no es la única portadora de derechos. Han reconocido la existencia del sujeto colectivo “pueblos indígenas” como portador de derechos que necesitan ser resguardados. Dentro del amplio espectro de derechos se destacan el derecho a la protección de su territorio entendido como el sustento de su integridad física y espiritual y su identidad y al disfrute de sus recursos naturales en el marco de la dimensión intertemporal de la forma comunal de propiedad.

Pero un derecho cobra especial relevancia: el *derecho de consulta*.

La consulta *previa, libre e informada* es el mecanismo que permite examinar los intereses de los pueblos indígenas que están en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud a fin de poder establecer cuál de ellos posee una legitimidad mayor.

Este derecho de consulta, que goza de la característica de derecho humano, adquiere importancia crucial ante los proyectos de explotación o extracción de recursos naturales sobre las tierras de propiedad de los pueblos indígenas: otorgamiento por los Estados de concesiones madereras y petroleras a empresas privadas, construcción de carreteras, oleoductos, delimitación del territorio indígena, etc.

Así, este derecho debe garantizarse siempre, ya sea con el fin de avalar o rechazar un proyecto de esa envergadura, participar en sus beneficios, y en algunos supuestos obtener el consentimiento informado de la comunidad indígena afectada. Así, en algunos casos la consulta tendrá efecto estrictamente consultivo y en otras, vinculante (cuando se requiere el consentimiento) cuando se pretenden ejecutar proyectos con un gran impacto en el territorio indígena considerado.

El Estado tiene un deber jurídico de consultar a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta sus costumbres y sus tradiciones.

---

<sup>1</sup> Artículo recibido para su publicación el 5 de julio de 2015 y aprobado para su publicación el 30 de julio de 2015.

<sup>2</sup> El presente artículo conformó parte de la Tesis Final presentada por el autor para la obtención de su título de Máster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales expedido por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset de Madrid (España), en septiembre de 2013.

<sup>3</sup> Abogado (UNC). Máster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset de Madrid). Diplomado en Diplomacia Contemporánea (UNC). Profesor Adjunto de Derecho Internacional Público en Universidad Católica de Córdoba (UCC). Profesor de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración Regional en Universidad Empresarial Siglo XXI. Adscripto de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UNC). Miembro de AADI

**Palabras Claves:** Pueblo indígenas- Derecho de consulta- Territorio- Recursos naturales- Derecho Internacional – Sistema interamericano.

**Abstract:** In the last decades of the 20<sup>th</sup> century, both the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights considered that the human being as an individual subject was not the only bearer of rights. They recognized the existence of the "indigenous peoples" collective subject as a bearer of rights that need protection.

Within the wide spectrum of rights, we can emphasize the right to the protection of their territory understood as the foundation of their physical and spiritual integrity and identity, and the right to enjoyment of their natural resources in the framework of the intertemporal dimension of the communal form of property.

However, the *right of consultation* takes on special relevance.

The *free, prior and informed* consultation is the mechanism for examining the indigenous peoples' interests that are in conflict with larger scope collective interests in order to determine which of them has a larger legitimacy.

This right of consultation, which is a human right, is of crucial importance in the face of the projects of exploitation or extraction of natural resources in the territories that belong to indigenous peoples: government's granting of logging and petroleum concessions to private companies, road construction, oil pipeline construction, indigenous territory delimitation, etc.

This right must always be guaranteed, whether to support or reject a project of such a magnitude, participate in its benefits or, in some cases, obtain the informed consent from the affected indigenous community. Thus, in some cases, the consultation will have a strictly consulting effect and, in some others, a binding one (when consent is required) when the execution of projects with a high impact on the considered indigenous territory is intended.

The State has a legal duty to consultation through indigenous peoples' representative institutions taking into account their traditions and customs.

**Key Words:** Indigenous peoples - Right of consultation - Territory - Natural resources - International Law - Interamerican system.

## INTRODUCCIÓN

En este trabajo pretendemos abordar el derecho de consulta de los pueblos indígenas en relación a los proyectos de explotación y/o extracción de recursos naturales en sus territorios desde la órbita del sistema interamericano, es decir, según el desarrollo que del derecho de consulta han hecho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es preciso advertir que la Convención Americana de Derechos Humanos, siguiendo una tradición política liberal, tiene como referente fundamental a la persona humana, es decir, al sujeto u hombre individualmente considerado. Pero, con el paso de los años, y ya en el siglo XXI, se considera que la persona humana como tal no es la única estructura portadora de derechos humanos sino que existen sujetos colectivos como los pueblos indígenas que son titulares de derechos específicos que merecen una especial protección.

Es así que tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las últimas décadas del siglo XX, han reconocido la existencia del sujeto colectivo “pueblos indígenas” como portador de derechos que necesitan ser resguardados. Esto ha sido fruto de ciertos procesos de orden internacional tales como la firma del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas de 1992, los trabajos de redacción de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas que diera a luz en 2007, entre otros.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos comenzó a fines del siglo pasado a evaluar casos donde los pueblos indígenas reclamaban la protección especial de los Estados, lo que trajo aparejado que el organismo desarrollara una nueva visión sobre el colectivo indígena que replanteó la de carácter etnocentrista que tenían los Estados respecto a aquellos pueblos. Desde 1989 la Comisión se constituyó en coordinadora de la iniciativa de elaboración por parte de la Asamblea General de la Organización de Estados

Americanos (OEA) de un instrumento interamericano referido a los derechos de los pueblos indígenas que a la fecha aún es proyecto.

Mientras tanto, en América Latina se han producido reformas constitucionales en distintos países como Nicaragua (1985), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), República Dominicana (1994), Bolivia (1995), Ecuador (1998), Argentina (1994), Venezuela (2000) y México (2001), donde los pueblos indígenas han sido reconocidos como sujetos específicos de derechos.

Fue la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que se pronunció sobre los pueblos indígenas por primera vez en 1993, en el caso *Aloeboetoe vs. Suriman* y, con el paso de los años, fueron surgiendo nuevos fallos donde abordó sus distintos derechos.

Fruto del avance considerable en la promoción y protección de los derechos de dichos pueblos, entra en escena un derecho especial: *el derecho de consulta*.

Su amplitud, en cuanto a las temáticas susceptibles de ser objeto de consulta con los pueblos indígenas, amerita acortar su abordaje. Es así que hemos decidido investigar su puesta en práctica ante los proyectos que suponen explotación y/o extracción de recursos naturales en territorios indígenas.

Partiendo del análisis de todos los instrumentos internacionales que regulan esta temática al día de la fecha, la investigación se centra en el significado, interpretación, y extensión que del derecho a la consulta, en el aspecto indicado supra, se observa en los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en determinados fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El trabajo se inicia con la definición y caracterización de los pueblos indígenas, el abordaje de la propiedad comunal, siguiendo con el estudio de la relación de dicho colectivo con el territorio donde habita y los recursos naturales existentes, y la importancia del respeto al medioambiente en pos de su desarrollo. Así se arribará al estudio del derecho de consulta desde un punto de vista teórico doctrinario, para finalmente investigarlo desde la jurisprudencia y los informes del sistema interamericano de derechos humanos.

### **1.1 Instrumentos internacionales en la materia**

En materia de pueblos indígenas, y a modo enunciativo, se destacan como pilares los siguientes instrumentos normativos de carácter internacional: el Convenio N° 169 sobre

Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) de 1989 y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

Existe en el ámbito interamericano, un Proyecto de Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de los Estados Americanos (OEA), aprobado el 9 de abril de 2012.

Asimismo, los derechos de los indígenas (como personas y como pueblos) se encuentran resguardados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, la Declaración Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, como en otras Declaraciones de distintos organismos internacionales.

## 1.2 Pueblos indígenas: definiciones, características

Partir de una definición de “pueblos indígenas” es un tanto complejo. No existe a nivel internacional una definición unánimemente aceptada que englobe a todos los supuestos que podrían constituir la colectividad indígena. La terminología es variada y así se hace referencia a: “poblaciones indígenas”, “aborígenes”, “nativos”, “minorías étnicas”, “minorías nacionales”, “poblaciones tribales”, “poblaciones semi tribales”, “minorías lingüísticas”, “minorías religiosas”, “indios”, “tribus”, “poblaciones no civilizadas”, “pueblos originarios”, “poblaciones no integradas a la civilización”, “pueblos indígenas”, “poblaciones autóctonas”, etc.

Si bien no existe una definición precisa de “pueblos indígenas” en el derecho internacional, se han consagrado criterios relevantes en instrumentos internacionales tales como el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

El artículo 1.1.(b) del Convenio N° 169 de la OIT, señala un elemento objetivo como criterio de identificación de un grupo indígena al disponer que dicho tratado se aplicará:

*“a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.*



Profundizando, en la Guía de Aplicación del Convenio N° 169, la OIT explica que, en cuanto a los elementos *objetivos* se destaca, en primer lugar, la continuidad histórica, es decir, se trata de sociedades que descienden de los grupos anteriores a la conquista o colonización; en segundo lugar, la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región que actualmente ocupan los pueblos referidos; en tercer lugar, la presencia de instituciones políticas, económicas, sociales y culturales distintivas y específicas, que son propias y se conservan en todo o en parte.<sup>4</sup>

El artículo 1.2 del mismo Convenio establece que la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del instrumento. Es el llamado elemento *subjetivo*.

Cabe destacar, como bien lo señala el instrumento señalado, que la utilización del término “pueblo”, en relación al colectivo indígena, no debe interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo atinente a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional, es decir, al principio de autodeterminación de los pueblos, entre otros. Sencillamente, utiliza el término “pueblo” para poner de manifiesto a la población indígena como grupo o colectividad.

Por su parte la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, si bien no define a los pueblos indígenas, hace referencia y adopta el elemento subjetivo de la autoidentificación en su artículo 9, de la siguiente manera:

*“Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate (...)”.*

Y profundiza lo señalado cuando establece en su artículo 33.1 que:

*“los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”.*

Asimismo, afirma que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconoce el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales. Destaca así, que todos los pueblos contribuyen a la

---

<sup>4</sup> OIT. *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT*. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, pág. 9.

diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas y constituyen el patrimonio común de la humanidad.

Es importante destacar que el artículo 1 de la mencionada Declaración se refiere tanto a “pueblos” como a “personas” indígenas, señalando que en ambos casos se debe reconocer su derecho al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos.

En un estudio de 1986, realizado por el Relator Especial de la Subcomisión de Naciones Unidas sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de Minorías, J.R. Martínez Cobo, se advierte una definición de indígena novedosa.<sup>5</sup> Así, señala que, a los dos elementos ya referidos (como la continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión o a la colonización, la conexión territorial y la institucionalidad –objetivo-, más su caracterización cultural propia y diferenciada del resto de la población del Estado en el que se asientan –subjetivo-), se añaden otros como :a) su consideración de “grupo no dominante” dentro de la sociedad actual (en el sentido de que se encuentran alejados de los centros de poder) frente a los sectores dominantes actuales que prevalecen en sus territorios; b) la especial relación que tienen con las tierras que ocupan y su deseo de conservarlas y transmitir las a sus descendientes, al menos en idénticas condiciones a las que las recibieron; y c) por último, su conciencia de grupo que hace que deseen continuar su existencia como pueblos de acuerdo con sus propios modelos culturales, instituciones sociales y sistemas jurídicos.

Teniendo en cuenta este enfoque, Torrecuadrada propone una definición flexible de pueblos indígenas, caracterizándolos como *“los grupos humanos que descenden de los habitantes originarios del territorio que ocupan, diferentes cultural, étnica, social o políticamente de otros grupos del mismo Estado, que pretenden conservar y transmitir a las generaciones venideras esas características diferenciales”*. Del mismo modo, la autora señala que *“individuos indígenas serán quienes cumpliendo unos requisitos objetivos*

---

<sup>5</sup>“Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems.” En UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, párrafo 379.

*mínimos-lenguaje, cultura, antepasados comunes, ocupación de las tierras en las que se asienta el pueblo indígena en cuestión o de parte de ellas-, se consideran tales y son admitidos como miembros por el grupo indígena con el que se sienten identificados”.*<sup>6</sup>

En cuanto al importante elemento de la continuidad histórica señalado, la misma autora aclara que, aunque nos refiramos a la descendencia de los habitantes originarios del territorio que ocupan, no siempre es precisa la permanencia continuada en este, ya que podemos hallar grupos indígenas nómades o que hayan sido expulsados de sus tierras y reubicados en otros territorios, a pesar de lo cual mantienen una estrecha relación con los que consideran sus territorios por variadas razones, sea por el lugar en el que se encuentran sus santuarios, lugares sagrados, cementerios, entre otras.

Ahora bien, es necesario distinguir a los pueblos tribales de los pueblos indígenas. Los primeros comparten las mismas características que los segundos, con la excepción de la presencia en el territorio con anterioridad al colonizador que es característica distintiva de los indígenas.<sup>7</sup>

Así, La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que un pueblo tribal es un pueblo que no es indígena a la región que habita pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones.<sup>8</sup> Esta definición concuerda con lo establecido en el artículo 1.1.a) del Convenio N° 169 de la OIT.

La misma Corte señaló que su jurisprudencia respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dichos pueblos.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> TORRECUADRA GARCÍA LOZANO, SOLEDAD. *Identidad Indígena*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 17, Madrid, 2013, pág. 5.

<sup>7</sup> Ob. Cit. pág. 7.

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrafo 79.

<sup>9</sup> Ob. Cit. Párrafo 86.



En cuanto a las características de los pueblos indígenas podemos señalar su *heterogeneidad*. Esto significa que pueblos indígenas son tanto los no contactados o en situación de aislamiento como aquellos que tienen relevancia y participación política (caso de Bolivia, por ejemplo). Entre ambos extremos existe una gran variedad de realidades que no resultan comparables entre sí, incluso entre comunidades ubicadas en el territorio de un mismo Estado.<sup>10</sup> En el mundo habitan aproximadamente 370 millones de personas de origen indígena, distribuidas en 5.000 culturas (de las aproximadamente 6.000 que hay en el mundo) con presencia en todos los continentes.

Otra característica es su estrecha *vinculación con la naturaleza*, de manera tal que la subsistencia de la colectividad depende de los recursos naturales del lugar donde habitan y de la protección de los mismos, ya que toda amenaza, deterioro o depredación del medioambiente repercute en su vida.

También debemos destacar lo que mencionamos supra en cuanto a la *continuidad histórica* con presencia en un determinado territorio, donde se destaca una vinculación con las tierras que eran poseídas por los ancestros antes de la etapa de la conquista o colonización. Sin embargo, esta continuidad no significa que las comunidades indígenas permanezcan estáticas. Estas han ido evolucionando y adaptándose al paso del tiempo como toda colectividad humana, pero manteniendo un fuerte ligamen con las tradiciones de sus antepasados. De esta manera se construye la relación de cada pueblo indígena con su territorio para su subsistencia física y cultural.

A modo de ejemplo, en el Informe 40/04 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs Belice, se describe: *“Los peticionarios sostienen que el pueblo identificado como maya formó sociedades organizadas que habitan el Distrito de Toledo en Belice meridional y la región circundante mucho antes de la llegada de los europeos y de las instituciones coloniales que dieron lugar al moderno Estado de Belice. También afirman que dentro del pueblo maya histórico y contemporáneo de la región mesoamericana que comprende a Belice, han existido y evolucionado distintos subgrupos y comunidades lingüísticas dentro de un sistema de interrelaciones y filiaciones culturales. De acuerdo con los Peticionarios,*

---

<sup>10</sup> Cf. TORRECUADRADA GARCIA LOZANO, SOLEDAD. “Medio ambiente y América Latina II: Pueblos Indígenas”. Pág. 2. En *Manual sobre Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Editorial Cameron May, 2011, págs. 522-547.

*las presuntas víctimas en este caso, que están integradas por personas que viven o de alguna otra manera son miembros de las comunidades de habla mopan y ke'kchi del Distrito de Toledo de Belice meridional, son descendientes o familiares de subgrupos mayas que habitaron el territorio por lo menos desde la exploración y las incursiones europeas en Toledo, en los siglos XVII y XVIII.*"<sup>11</sup>

Dicha continuidad histórica está ligada a la tenencia tradicional de la tierra, pero no necesariamente a un solo lugar y a una sola conformación social a través de los siglos. La comunidad indígena posee colectivamente el territorio y los individuos y familias gozan de derechos subsidiarios de uso y ocupación.<sup>12</sup>

Esta continuidad histórica se advierte en las formas de organización, en la cultura propia, en la auto identificación que estos pueblos hacen de sí mismos y en el manejo de un idioma cuyos orígenes son prehispánicos. Estos pueblos se conocen en nuestros países porque mantienen formas de vida y de cultura que los distinguen del resto de la sociedad, y han estado subordinados y marginados tradicionalmente por estructuras económicas, políticas y sociales discriminatorias, que prácticamente los han mantenido en condición de ciudadanía de segunda clase ,a pesar de que en las legislaciones, formalmente, los indígenas tienen los mismos derechos que tienen los no indígenas.<sup>13</sup>

## **2. Pueblos indígenas, territorio y sus recursos naturales**

Debemos señalar que antes de la conquista y de la colonización y antes de la formación de los Estados nacionales, los pueblos indígenas y sus tierras formaban un todo único. Pero la situación cambió con el surgimiento de los Estados nacionales que hicieron suya la propiedad sobre tierras que ancestralmente correspondían y corresponden a los pueblos indígenas. Así, en los siglos XIX y XX, los nuevos Estados declararon grandes espacios geográficos del territorio americano como tierras *res nullius* y se arrogaron el derecho de disponer de ellas sin tomar en consideración los derechos originarios, los derechos históricos y la presencia física de pueblos indígenas organizados en estas tierras desde cientos de años. Y es a partir de la decisión de los Estados de titular esas tierras, darlas

---

<sup>11</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 40/04.Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párrafo 21.

<sup>12</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*). Párrafo 140 a), pág. 73.

<sup>13</sup> Ob. Cit. Párrafo 83 d), pág. 24.

en concesión o permitir que sean utilizadas para fines económicos, que surgen los problemas entre los derechos reivindicados por los pueblos indígenas respecto de esos territorios y el derecho que alega el Estado moderno.

Debemos decir que los derechos territoriales de los pueblos indígenas abarcan la superficie terrestre y los recursos naturales que están sobre dicha superficie. De manera **integral**, las tierras y los recursos naturales que en ellas se contienen conforman *la noción jurídica* de “**territorio**”, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>14</sup>

El Convenio N° 169 de la OIT, en su artículo 13.2, dispone en términos similares que “*la utilización del término “tierras” deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera*”.

Los derechos de los pueblos indígenas y tribales abarcan el territorio como un todo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado en este sentido que el alcance del respeto al derecho al territorio de los miembros de un pueblo indígena o tribal no se limita únicamente a sus aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas. Dicha limitación no tiene en cuenta la relación que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con el territorio en su conjunto.<sup>15</sup> Así, el uso y ocupación territorial por los pueblos indígenas “*va más allá del establecimiento de aldeas específicas e incluye tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y otros fines*”.<sup>16</sup>

Así, debemos comprender que, para los pueblos indígenas, la tierra no constituye un objeto destinado exclusivamente a la posesión y a la producción. Su significado va más allá, ya que se consolida como *el sustento de su integridad física y espiritual, y de su identidad*. Así, la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica, y como un elemento material y espiritual del que deben gozar

---

<sup>14</sup> Para la Corte Interamericana, el término “territorio” se refiere a la totalidad de la tierra y los recursos naturales que los pueblos indígenas y tribales han utilizado tradicionalmente. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, nota al pie No. 63.

<sup>15</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrafo 114.

<sup>16</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párrafo 129.

plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.<sup>17</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió a la “estrecha relación” entre los pueblos indígenas y sus “territorios tradicionales”, haciendo mención expresa a las disposiciones del Convenio de la OIT:

*“La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”.*<sup>18</sup>

Actualmente el reclamo que los pueblos indígenas hacen sobre su derecho al territorio resulta fundamental ya que la defensa del territorio equivale a la defensa de la propia existencia físico-espiritual porque es en la tierra que se saca el sustento pero también es el espacio donde yacen los ancestros, donde se reproduce la cultura, la identidad y la organización social.<sup>19</sup>

La mayoría de los pueblos indígenas en América Latina son pueblos cuya esencia se deriva de su relación con la tierra, ya sea como agricultores, como cazadores, como recolectores, como pescadores, etc. El vínculo con la tierra es esencial para su autoidentificación. La salud física, la salud mental y la salud social del pueblo indígena están vinculadas con el concepto de tierra. Tradicionalmente, las comunidades y los pueblos indígenas de los distintos países en América Latina han tenido un concepto comunal de la tierra y de sus recursos.<sup>20</sup>

Para determinar la existencia de la relación de los pueblos y las poblaciones indígenas con sus tierras tradicionales, la Corte ha establecido: primero, que ella puede

---

<sup>17</sup>Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*), párrafo 149; cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrafo párrafo 96; y cf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párrafo 24.

<sup>18</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005 (*Fondo, Reparaciones y Costas*), párrafo 135.

<sup>19</sup> Cf. BERRAONDO LÓPEZ, MIKEL. *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pág., 471.

<sup>20</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*), pág. 25

expresarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y segundo, que la relación con las tierras debe ser posible. En cuanto a lo primero, algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales, asentamientos o cultivos esporádicos, formas tradicionales de subsistencia (como caza, pesca o recolección estacional o nómada), uso de recursos naturales ligados a sus costumbres u otros elementos característicos de su cultura. El segundo elemento implica que los miembros de la comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, de realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales.<sup>21</sup>

Para las culturas indígenas sus territorios ancestrales son el núcleo central de sus derechos culturales. Se trata de un núcleo triangular, siendo sus aristas la tierra, los recursos que se encuentran en ella y el territorio jurídicamente entendido. Estos tres elementos se sustentan en la conservación y preservación para poder cumplir la tarea de transmisión a las generaciones futuras, emergiendo en consecuencia el medio ambiente como un instrumento imprescindible para mantener la fuente espiritual, cultural y la identidad social de estos grupos humanos, debido a que de la tierra no depende únicamente la subsistencia de estos grupos humanos, sino que sus manifestaciones religiosas y culturales se encuentran estrechamente vinculadas al territorio que ocupan, de ahí la necesidad de su cuidado y preservación.<sup>22</sup>

La preservación de sus tierras, entendidas éstas como “hábitat integrante de su cultura” para transmitir las de generación en generación, constituye lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha descrito como la “**dimensión intertemporal de la forma comunal de propiedad**” prevaleciente entre los miembros de las comunidades indígenas. Sin el uso y goce efectivos de las tierras, ellos estarían privados de practicar, conservar y revitalizar sus costumbres culturales, que dan sentido a su propia existencia, tanto individual como comunitaria. El sentimiento que se desprende es en el sentido de que, así como la tierra que ocupan les pertenece, a su vez ellos pertenecen a su tierra. Tienen,

---

<sup>21</sup>Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones), párrafo 148.

<sup>22</sup> Cf. TORRECUADRADA GARCIA LOZANO, SOLEDAD. “Medio ambiente y América Latina II: Pueblos Indígenas”. Pág. 3. En *Manual sobre Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Editorial Cameron May, 2011, págs. 522-547.



pues, el derecho de preservar sus manifestaciones culturales pasadas y presentes, y el de poder desarrollarlas en el futuro.<sup>23</sup>

En esos territorios se encuentran los recursos naturales que son fundamentales para la producción y la satisfacción de las necesidades humanas de los indígenas. Los recursos naturales, tanto renovables como no renovables, incluyen el aire, la tierra, el agua, el gas natural, el carbón, el petróleo e hidrocarburos, los minerales, la madera, la fauna, la flora, etc.

Así, la conservación de los recursos naturales y del medioambiente todo tiene como fin último la transmisión de los territorios recibidos por las generaciones indígenas pasadas a las nuevas generaciones en las mismas o mejores condiciones que en las que los recibieron. Por tanto, el medio ambiente no es un objeto de protección en sí mismo, sino un elemento más en su lucha por la reivindicación de su territorio.

Los conflictos entre las perspectivas indígena y no indígena aparecen como consecuencia de la diferente visión que unos y otros poseen del medio ambiente, *evidenciándose en ocasión de la explotación de los recursos que se encuentran en las tierras indígenas* por personas ajenas a estos grupos y de la construcción de megaproyectos de infraestructura por grandes empresas, en su mayoría multinacionales y extranjeras.

Desde la perspectiva indígena, los pueblos bregan por un uso sostenible de los recursos naturales, aplicando técnicas tradicionales con una utilización y explotación mínima de recursos.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>24</sup> reconoce que esos pueblos tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado, y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras. Asimismo, tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

---

<sup>23</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni Vs. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*). Voto razonado de Candado Trincado y otros. Ptos. 1, 6 y 8

<sup>24</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Art. 25 y 26.

El Convenio N° 169 de la OIT reconoce que los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras, en nuestro caso las poblaciones indígenas, merecen una protección especial, de manera tal que esos pueblos puedan ejercitar su derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Asimismo, en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del suelo, o tenga éste 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.<sup>25</sup>

A modo de ejemplo, en el caso de las Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo en Belice, los peticionarios indígenas argumentaron en relación a este tópico que la práctica del Estado de otorgar numerosas concesiones madereras y una concesión petrolera en tierras usadas y ocupadas por el pueblo maya en el Distrito de Toledo, violaba el derecho del pueblo maya a la propiedad, conforme al artículo 23 de la Declaración Americana, su derecho a la integridad cultural, reflejado en los artículos 23 (derecho a la propiedad), 3 (derecho a la libertad religiosa), 6 (derecho a la familia y a su protección) y 14 (derecho a participar en la vida cultural de la comunidad) de la Declaración Americana, su derecho a un medio ambiente sano en relación con los artículos 1 (derecho a la vida) y 11 (derecho a la preservación de la salud y el bienestar) de la Declaración, y su derecho de consulta, consagrado parcialmente en el artículo 20 (derecho a participar en el gobierno) de la Declaración.<sup>26</sup>

Llegado el caso de llevarse a cabo dichos programas, los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las mismas.

Es fundamental que los gobiernos 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 y

---

<sup>25</sup> Convenio N° 169 OIT. Art. 15

<sup>26</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párrafo 46.

respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.<sup>27</sup> Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

En el uso de los recursos, la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de ONU garantiza a los pueblos indígenas su derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora.<sup>28</sup>

Actualmente, las incursiones en territorios indígenas para beneficiarse de los recursos existentes, lejos de ser casos aislados, muestran múltiples manifestaciones; piénsese que en los territorios indígenas se han encontrado oro (en Guatemala), níquel (en Nueva Caledonia), gas (en la amazonia peruana) y petróleo (Chad y Camerún) para cuya extracción los interesados no dudan en desplazar violentamente a los pueblos indígenas.<sup>29</sup>

### **3. Indígenas, medio ambiente y derecho al desarrollo**

Entre las actividades que han deteriorado el ambiente donde habitan los pueblos indígenas podemos mencionar: la tala masiva de bosques, la introducción de cultivos foráneos, la construcción de diques, represas, gasoductos y carreteras, la instalación de empresas que realizan actividades de prospección y extracción de petróleo, concesiones mineras a empresas multinacionales, empresas madereras, actividades turísticas, el destino de grandes extensiones de tierra para la agricultura extensiva y de exportación, etc.

Este deterioro ha repercutido en la vida de los pueblos indígenas al depender enteramente de la naturaleza para su subsistencia.

En relación al medioambiente y los pueblos indígenas, el Convenio N° 169 de la OIT establece en su artículo 4 que los Estados Parte tienen la obligación de adoptar medidas para salvaguardar “el medio ambiente de los pueblos interesados”, siempre que aquellas no sean

---

<sup>27</sup>Convenio N°169 OIT. Art. 13

<sup>28</sup>Ob.Cit. Art. 31.

<sup>29</sup>Cf. Soledad TORRECUADRADA GARCIA LOZANO, SOLEDAD. “La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: antecedentes, consecuencias y perspectivas”, pág. 11. *Revista de Estudios Internacionales*, N°165, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 2010, págs. 7-32.

“contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados”. En el artículo 7 se establece que el Estado deberá la realizar estudios junto con estos pueblos acerca de la incidencia que pueden tener las actividades de desarrollo, entre otros, sobre el medio ambiente y adoptar medidas “en cooperación con los pueblos interesados para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”. Esta obligación estatal resulta más formal que real<sup>30</sup>, en la medida en que los estudios indicados se efectuarán cuando los Estados discrecionalmente decidan emprenderlos sin que se establezca el alcance de la cooperación de los pueblos interesados en la concepción y adopción de esas medidas.

Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.<sup>31</sup>

En cuanto a la libre disposición de las riquezas y recursos naturales, el derecho internacional lo consagra como un derecho de los pueblos indígenas, e implica también obligaciones para los Estados. Así, el derecho a la libre disposición de las riquezas y recursos naturales siempre tiene que ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar de la población del Estado interesado.

La obligación más importante es, pues, la de utilizar las riquezas y recursos naturales para mejorar el bienestar del conjunto de la población de un Estado concreto y de todos los que lo forman, teniendo en cuenta el hecho de que los intereses de unos y otros pueden ser a veces contradictorios.<sup>32</sup>

En virtud de los dos Pactos de las Naciones Unidas de 1966, el derecho a la libre disposición de las riquezas y recursos naturales, en el marco del respeto del derecho al ambiente, debe ejercerse con el fin de hacer posible la realización de otros derechos reconocidos en dichos instrumentos: los derechos civiles y políticos y de los económicos, sociales y culturales de los pueblos.

---

<sup>30</sup> Cf. TORRECUADRADA GARCIA LOZANO, SOLEDAD. “Medio ambiente y América Latina II: Pueblos Indígenas”. Pág. 9. En *Manual sobre Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Editorial Cameron May, 2011, págs. 522-547

<sup>31</sup> Convenio N° 169. OIT. Art. 29.

<sup>32</sup> ÖZDEN, MELIK Y GOLAY, CHRISTOPHE. *El derecho de los pueblos a la autodeterminación y a la soberanía permanente sobre sus recursos naturales desde la perspectiva de los derechos humanos*. Programa de Derechos Humanos del Centro de Europa-Tercer Mundo (CETIM), 2012., pág. 25 -26

Al utilizar sus riquezas y recursos naturales, un Estado debe velar por el *respeto, protección y realización* de los derechos humanos de todos los que lo forman, entendiéndose incluidos los pueblos indígenas en ciertos Estados. Esto implica en muchos casos, simplemente *respetar* el uso tradicional de las riquezas y recursos naturales por parte de la población local y en otros supuestos *proteger* a la población local contra terceros poderosos, como las empresas transnacionales que saquean o destruyen las riquezas y recursos naturales.

Es necesario señalar que la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social<sup>33</sup> considera a la soberanía permanente de cada nación sobre sus riquezas y recursos naturales entre las condiciones primordiales en este campo.

En la promoción de dicho desarrollo, los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en relación a aquél, en la medida en que éste afecte 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.<sup>34</sup>

El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el organismo de expertos independientes que supervisa la implementación del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales por parte de los Estados Parte, ha interpretado el artículo 1 en común de dichos pactos como aplicable a los pueblos indígenas. Al respecto, en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán “*proveer a su desarrollo económico, social y cultural*” y pueden “*disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales*” para que no se los prive de “*sus propios medios de subsistencia*”.<sup>35</sup>

Asimismo, la Declaración sobre el derecho al desarrollo<sup>36</sup> establece en su artículo 1° que:

---

<sup>33</sup> Resolución 2542 (XXIV) de la Asamblea General, adoptada el 11 de Diciembre de 1969, art. 3.

<sup>34</sup> Convenio N° 169 OIT. Art. 7.1. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Art. 23 y 32.

<sup>35</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrafo 93.

<sup>36</sup> Resolución 41/128, adoptada el 4 de Diciembre de 1986 por la Asamblea General de la ONU.



*“1.El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él. 2. El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales.”*

La Declaración insiste también en el derecho y el deber de cada Estado de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de éste.

En la mayoría de los casos, la exploración y explotación de riquezas y recursos naturales (mineros, petroleros, de gas y agrarios) trae aparejada violaciones masivas de derechos humanos fundamentales de la población local (derecho a la alimentación, al agua, a la vivienda, a la salud y a un medio ambiente sano) y los ingresos que generan las actividades extractivas y/o productivas raramente conllevan una mejoría en el estándar de realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos.

Existe una notable presencia de terceros Estados y de las denominadas sociedades transnacionales (STNs), incluso del sector financiero, implicadas en la explotación de recursos naturales en varias partes del mundo. En este nuevo sistema internacional de acaparamiento de recursos, algunos Estados poderosos donde se encuentran las sedes de las STNs, se comportan como sus voceros para obtener concesiones a favor de aquellas ante los Estados receptores.<sup>37</sup>

Tras el estallido de la crisis alimentaria mundial a principios del año 2008, se manifestó un fenómeno nuevo y se aceleró la apropiación de millones de hectáreas de tierras por parte de Estados o empresas extranjeras con el fin de producir alimentos o agro carburantes que inmediatamente son importados por los que acaparan las tierras,

---

<sup>37</sup>ÖZDEN, MELIK Y GOLAY, CHRISTOPHE. *El derecho de los pueblos a la autodeterminación y a la soberanía permanente sobre sus recursos naturales desde la perspectiva de los derechos humanos*. Programa de Derechos Humanos del Centro de Europa-Tercer Mundo (CETIM), 2012., pág. 37.

especialmente aquellas donde se asientan pueblos originarios. El fenómeno de la apropiación de tierras por parte de extranjeros ha existido siempre (durante la colonización el método empleado era la fuerza y después de la descolonización, el contrato), pero la novedad después de varios años, son las motivaciones y la amplitud del fenómeno.<sup>38</sup> Desde esa época y con el objetivo de responder a la crisis alimentaria, energética y financiera, algunos Estados y ciertas sociedades transnacionales invierten masivamente en la apropiación de tierras baratas en los países del sur.

En su Informe sobre la apropiación de tierras, presentado en marzo de 2010 al Consejo de Derechos Humanos, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la alimentación, Olivier de Schutter, definía la amplitud del fenómeno así:

*“En los últimos tres o cuatro años, distintos inversionistas privados y gobiernos han mostrado un creciente interés en la adquisición o el arrendamiento a largo plazo de grandes porciones de tierras cultivables (más de 1.000 ha) en varios países, principalmente en desarrollo. Según un cálculo realizado por el Instituto Internacional de Investigaciones sobre Políticas Alimentarias (IIPA), entre 15 y 20 millones de hectáreas de tierras agrícolas en países en desarrollo han sido objeto de transacciones o negociaciones de inversionistas extranjeros desde 2006. Las tierras más demandadas han sido las que están cerca de recursos hídricos y por lo tanto pueden ser regadas a un costo relativamente bajo en lo relativo a las infraestructuras y las que están más cerca de los mercados y presentan una mayor facilidad para exportar los productos”.*<sup>39</sup>

Este nuevo fenómeno de apropiación de tierras a gran escala comporta violaciones graves de derechos humanos de las poblaciones locales, que son muy a menudo expulsadas de sus tierras sin ser consultadas y sin obtener a cambio ninguna compensación adecuada ni una propuesta para ser reubicadas en otras tierras. En la mayor parte de los casos, significa una gestión desastrosa de las riquezas y recursos naturales que no benefician en nada a las poblaciones del Estado en cuestión.

En los últimos años se observan casos de instalación de empresas transnacionales en territorios de comunidades indígenas, sin consulta previa y con el consiguiente atentado a su

---

<sup>38</sup> Ob. Cit. pág. 41.

<sup>39</sup> Cf. ONU. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Olivier De Schutter. *Las adquisiciones o arrendamientos de tierras en gran escala: conjunto de principios mínimos y medidas para tener en cuenta los derechos humanos*. A/HRC/13/33/Add.2, 28 de diciembre de 2009.

hábitat y forma de vida y, a veces, expulsión de sus tierras, en Guatemala, Surinam, Colombia, Ecuador, Brasil, Argentina y Paraguay.

Podemos entonces decir que el derecho al desarrollo de las comunidades indígenas no se garantiza con el ingreso de empresas extranjeras (extractivas, agropecuarias, etc.) en territorios cuyos recursos naturales les pertenecen originariamente, los cuales son degradados, extraídos y explotados por empresas que sólo buscan el lucro y la exportación de los mismos. Con políticas de estado que permitan el ingreso de este tipo de proyectos foráneos, no sólo se atenta contra el derecho de las comunidades originarias, sino que se vulnera fundamentalmente la soberanía del Estado.

El caso *Awas Tingni* ejemplifica muchas de las dinámicas jurídicas y políticas que afectan al acceso y uso de las tierras y territorios de los pueblos indígenas. El caso se inició en 1995, cuando la Comunidad Awas Tingni, una pequeña comunidad mayangna ubicada en la Región Autónoma del Atlántico Norte (RAAN) de Nicaragua, tuvo conocimiento del otorgamiento por el gobierno nicaragüense de una concesión a favor de una empresa transnacional para la explotación forestal en un extensa área (60.000 hectáreas), ubicada en el corazón de su territorio tradicional. El gobierno otorgó dicha concesión sin informar previamente a la Comunidad y sin el consentimiento de ésta, basándose en el argumento, común a muchos países latinoamericanos, de que, en la medida en que dichas tierras no contaban con un título de propiedad a favor de la comunidad, eran tierras de nadie cuya propiedad recaía en último término en el Estado. La concesión dio lugar aun prolongado contencioso que llevó a la comunidad indígena a agotar todos los recursos disponibles ante los tribunales ordinarios, hasta conseguir finalmente en 1997 la suspensión definitiva de los trabajos de explotación, pero sólo debido a una cuestión formal y sin reconocer los derechos del pueblo indígena en cuestión sobre sus tierras tradicionales.

Por lo expuesto hasta aquí, es interesante destacar lo que desde la Relatoría de Naciones Unidas consideran el “modelo preferido”<sup>40</sup>, es decir, que la extracción y desarrollo de los recursos naturales en tierras indígenas se haga mediante la iniciativa y empresa de los pueblos indígenas. En contraposición con el modelo predominante, en el que la extracción de los recursos naturales de los territorios indígenas se realiza bajo el control y beneficio de

---

<sup>40</sup> ONU. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. A/HRC/24/741. 1 de julio 2013. Párrafo 8.

otros, en algunos casos los pueblos indígenas están estableciendo y administrando sus propias empresas para extraer y explotar los recursos naturales. Esta opción de extracción de recursos controlada por los indígenas, por su propia naturaleza, es más propicia al ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas a la libre determinación, a sus tierras y recursos, a un desarrollo culturalmente apropiado y otros derechos conexos.

El modelo por el cual los propios pueblos indígenas inician y controlan la extracción de los recursos en sus propios territorios de acuerdo con sus propias prioridades de desarrollo ha ido ganando terreno en varios países en que los pueblos indígenas han adquirido la capacidad de negocio y la capacidad técnica necesarias. Se conocen varios casos notables en América del Norte, por ejemplo, de naciones o tribus indígenas que poseen y administran empresas que se dedican a la producción de gas y petróleo, gestionan redes de energía eléctrica o invierten en las energías alternativas. En muchos de esos casos, los pueblos indígenas se han asociado con compañías no indígenas para crear empresas extractivas en las que tienen o, con el tiempo, obtienen una participación mayoritaria. Sin duda, incluso la extracción de recursos por las propias empresas de los pueblos indígenas puede plantear algunos riesgos al disfrute de los derechos humanos de los miembros de las comunidades indígenas, en particular en relación con el medio ambiente natural. Sin embargo, la experiencia demuestra que esos riesgos pueden reducirse, al tiempo que se aumenta el disfrute del derecho a la libre determinación y otros derechos conexos, cuando los pueblos indígenas eligen libremente crear sus propias empresas de extracción de recursos respaldados por capacidad e instituciones internas de gobierno adecuadas.<sup>41</sup>

#### 4. La propiedad comunal indígena

El gran paso jurisprudencial que da la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Awás Tingni vs. Nicaragua* es la interpretación “evolutiva” del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consagra el derecho individual a la propiedad privada en su formulación liberal clásica, en un sentido que da cabida a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales, propiedad de carácter *comunal* y no necesariamente garantizada a través de un título formal de propiedad otorgado por el Estado.

---

<sup>41</sup> Cf. Ob. Cit. Párrafo 11.

Mediante esa interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las norma de interpretación aplicables, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.

La forma comunal de propiedad de estas comunidades es más amplia que la concepción civilista (iusprivatista) y, por lo tanto, debe ser entendida desde esa órbita, inclusive bajo el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “a la luz de los hechos del cas d'espèce”. Esta concepción comunal supone una “cosmovisión propia”.<sup>42</sup>

Seguramente, uno de los elementos que más fueron subrayados en la sentencia del caso *Awas Tingni vs. Nicaragua* fue el carácter *colectivo* de la propiedad de los pueblos indígenas sobre las tierras y recursos naturales que, en términos generales, lo diferencia de los sistemas liberales de propiedad individual ahora predominantes en los Estados en los que viven. De acuerdo con la Corte, entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.<sup>43</sup> Las tierras no constituyen una cuestión de producción o posesión sino un elemento material y espiritual para disfrutar en plenitud, preservar el legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

Asimismo, en la sentencia mencionada, la Corte manifestó que las tierras son ocupadas y explotadas por toda la comunidad. Nadie es individualmente dueño de la tierra; los recursos de ésta son colectivos. Si la persona no pertenece a la comunidad no puede explotar la tierra. No existe el derecho de expulsar a alguien de la comunidad. Para negar el derecho al uso de la tierra a alguno de los miembros de la comunidad, el asunto tiene que ser considerado y decidido por la Junta de ésta. Cuando una persona muere, sus familiares son dueños de aquellas cosas que poseía el difunto. Pero, al ser las tierras propiedad colectiva de

---

<sup>42</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*). Voto razonado. Puntos 9 y 15.

<sup>43</sup> Ob. Cit. Párrafo 149.



la comunidad, no hay manera de que un miembro transmita a otro libremente los derechos que tiene en relación con el uso de ellas.<sup>44</sup>

En otra sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló quedese conocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>45</sup>

Es jurisprudencia de dicha Corte que el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de las comunidades acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta, y garantizar plenamente los derechos de aquellas sobre sus tierras y recursos.<sup>46</sup>

Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido, y en consecuencia tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

El derecho de propiedad indígena, creado por prácticas y normas consuetudinarias, y receptado en los artículos 26.1 y 2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, merece protección y es derecho de propiedad en el sentido del artículo 21 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Si no se reconoce la igualdad de los derechos de propiedad basados en la tradición indígena, se viola el principio de no discriminación contemplado en el artículo 1.1 de esa Convención.<sup>47</sup> Los Estados deberán asegurar el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> Ob. Cit. Párrafo 83.a)

<sup>45</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafo 120.

<sup>46</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni Vs. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*). Párrafo 138.

<sup>47</sup> Ob. Cit. Párrafo 140.

<sup>48</sup> Cf. Declaración Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Art. 26.3

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.<sup>49</sup>

Podemos sostener que desconocer el derecho ancestral de toda comunidad y de sus miembros sobre sus tierras afecta radicalmente otros derechos básicos, básicamente el derecho a la identidad cultural y a la supervivencia misma de la comunidad indígena y de sus miembros.<sup>50</sup>

Es tajante la Corte Interamericana de Derechos Humanos al sostener que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, *la posesión* de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.<sup>51</sup>

En cuanto a la *posesión* como requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos le niega dicho carácter en el caso *Sawhoyamaxa vs Paraguay* y admite que existen diversos supuestos donde la posesión no juega de igual manera y, por tanto, concluye que:

*“1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que*

---

<sup>49</sup> Cf. Ob. Cit. Art. 27.

<sup>50</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafo 114.

<sup>51</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*). Párrafo 151.

*involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad*.<sup>52</sup>

En cuanto al límite temporal para que las comunidades indígenas puedan ejercer el derecho a la recuperación de sus tierras, se ha señalado que, teniendo en cuenta que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente mientras dicha relación exista, caso contrario, desaparecerá.<sup>53</sup>

Los Estados tienen la obligación de regular un procedimiento interno específico para materializar dicho reconocimiento a través de la delimitación, demarcación y titulación de las tierras que corresponden a las comunidades indígenas. De lo contrario, se genera un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de las comunidades ya que no conocen con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los recursos.

Asimismo, los Estados deberán abstenerse de realizar, hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la comunidad.<sup>54</sup> De lo contrario, se produciría una violación del artículo 21 de la Convención.

## **5.El derecho de consulta**

Los derechos humanos en su conjunto son universales, indivisibles, inviolables, no negociables e interdependientes. La consulta previa, libre e informada contribuye a la protección y realización de los derechos de los pueblos indígenas y, al mismo tiempo, los derechos de los pueblos indígenas orientan tanto los contenidos como los procedimientos de

---

<sup>52</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafo 128.

<sup>53</sup> Cf. Ob. Cit. Párrafo 131.

<sup>54</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*). Párrafo 153.

la consulta. De esta manera, el conocimiento, la promoción y la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de la consulta son de gran importancia.<sup>55</sup>

Es responsabilidad de los gobiernos de los Estados desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. Esa acción estará destinada a asegurar a los miembros de dichos pueblos el goce, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población, y a promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones propias.

La consulta *previa, libre e informada* es uno de esos derechos, y es el mecanismo que permite examinar los intereses de los pueblos indígenas que están en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud a fin de poder establecer cuál de ellos posee una legitimidad mayor.

Podemos aproximarnos a este derecho diciendo que consiste *en recabar la opinión y contribuir al asesoramiento y la asistencia de los pueblos indígenas cuando resultan directamente afectados por las medidas legislativas o por los programas que adopten los Estados*, y busca fortalecer la determinación de estos pueblos de mantener, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales.<sup>56</sup>

El Relator de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, ha dicho que *“la consulta consiste en un diálogo de buena fe, libre de presiones o manipulaciones, por la cual las partes intentan y cooperan para llegar a una decisión consensuada”* y agrega *“(…) en mi trabajo como Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la mayoría de los problemas que llegan a mi atención señalan la falta de consulta adecuada a los pueblos indígenas, en particular sobre*

---

<sup>55</sup> Cf. BERRAONDO LÓPEZ, MIKEL. *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pág. 36.

<sup>56</sup> Ob. Cit. Pág. 142.

*decisiones a favor del desarrollo o extracción industrial de recursos naturales en sus territorios”.*<sup>57</sup>

En cuanto a su naturaleza, ha dicho que “*la consulta y su vinculación con el principio del consentimiento libre, previo e informado, son elementos céntricos para un nuevo modelo de relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas, así como para un nuevo modelo de desarrollo. No nos cuesta mucho recordar la historia de opresión e invasiones que por siglos han vivido los pueblos indígenas del continente americano. Esta historia es una en que los pueblos indígenas han sido excluidos de las decisiones que han tomado los Estados y otros actores poderosos sobre aspectos fundamentales de sus vidas, muchas veces con consecuencias desastrosas para su supervivencia física o cultural. Detrás de esta historia en todo el hemisferio y otras partes del mundo, se encuentra el afán de lucro de las riquezas en los territorios indígenas, junto con la falta de otorgarles valor a los patrones culturales que definen a los pueblos indígenas. Para los actores dominantes en los distintos países del continente y del mundo, la manera de ser de los pueblos indígenas, que se manifiesta en culturas diferenciadas, ha sido objeto de desprecio*”.

<sup>58</sup>

Desafortunadamente persiste hoy en día, en algunos ámbitos, la imagen del indígena como salvaje y con esa visión se justifican nuevos actos de exclusión de la participación y de las perspectivas de los pueblos indígenas. Todo esto implica la necesidad de mecanismos efectivos de consulta a los pueblos indígenas en los procesos de decisión que puedan afectarles en el goce de sus derechos.

Así, la consulta previa, libre e informada es un derecho y un instrumento para la participación en las decisiones sobre todos los asuntos que les conciernen a los pueblos indígenas. Contribuye a la protección de los derechos de los pueblos indígenas cuando estos entran en riesgo frente a las demandas y los requerimientos de sociedades numéricamente mayoritarias, y con mayor poder de decisión en las esferas de lo público y lo privado.

El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades indígenas está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural,

---

<sup>57</sup> James Anaya. Peritaje sobre Consulta y Consentimiento, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Consultado el 28 de julio de 2013. Disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/757-anaya-consulta-cidh.html>

<sup>58</sup> Ob. Cit. Pág.2.



los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.<sup>59</sup>

Pero, sin lugar a dudas, su importancia radica en que es una de las garantías fundamentales para lograr la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal y la protección de los recursos naturales, fundamentales para su subsistencia, existentes en las tierras que ocupan.

Diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, a través de su normatividad interna y por medio de sus más altos tribunales de justicia, han incorporado los estándares mencionados. De ese modo, la normatividad interna de varios Estados de la región como por ejemplo Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Estados Unidos, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela ha establecido la importancia de la consulta o de la propiedad comunitaria. Además, varios tribunales internos de Estados de la región que han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT se han referido al derecho a la consulta previa de conformidad con las disposiciones del mismo. En ese sentido, altos tribunales de Argentina<sup>60</sup>, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Perú o Venezuela han señalado la necesidad de respetar las normas de

---

<sup>59</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012.(Fondo y Reparaciones), párrafo 159.

<sup>60</sup>La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina expresó que la garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas “debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores”, y “la relevancia y la delicadeza de los aludidos bienes deben guiar a los magistrados no sólo en el esclarecimiento y decisión de los puntos de derecho sustancial, sino también [...] de los vinculados con la "protección judicial" prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25), que exhibe jerarquía constitucional” (CSJN, “Comunidad Indígena EbenEzer c/provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/ amparo” de 30 de septiembre de 2008, C. 2124. XLI, a la p. 4). El Tribunal Superior de Justicia de Neuquén (Argentina) se ha pronunciado sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, señalando que la misma es, “en esencia, un derecho fundamental de carácter colectivo, por el que el Estado está obligado a instaurar procedimientos de buena fe destinados a recoger el parecer libre e informado de dichas comunidades, cuando se avizoren acciones gubernamentales, ya sean legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente, a fin de establecer los acuerdos o medidas que sean meritorios”. El mismo Tribunal agregó que el “reconocimiento [del derecho a la consulta previa] surge como resultado de la conciencia de la necesidad de abogar de manera especial por la salvaguardia de los intereses de las poblaciones humanas que, por factores ligados a su identidad cultural, se han visto relegadas de los procesos de decisión del poder público y del funcionamiento de las estructuras estatales en general. En ese orden de ideas, se erige como garantía de igualdad o mecanismo de equiparación, en cuanto a la aptitud real de dichas poblaciones de pronunciarse e influir sobre las disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida, a fin de situarla en el mismo plano que la que corresponde a cualquier grupo de ciudadanos” (TSJN, Acuerdo N° 6 en autos “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad” del 25 de octubre de 2010, Expte. No. 1090/04). Véase asimismo Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Argentina, Expte No. 102.631, sentencia del 18 de mayo de 2012.

consulta previa y de dicho Convenio. Otros tribunales de países que no han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT se han referido a la necesidad de llevar a cabo consultas previas con las comunidades indígenas, autóctonas o tribales sobre cualquier medida administrativa o legislativa que los afecte directamente así como sobre la explotación de recursos naturales en su territorio. De ese modo, se observan desarrollos jurisprudenciales similares por parte de altas cortes de países como Canadá o Estados Unidos de América y Nueva Zelanda. Es decir, *la obligación de consulta*, además de constituir una *norma convencional*, es también un *principio general del Derecho Internacional*.<sup>61</sup>

Para llevar a cabo la consulta, los Estados deben establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, como mínimo 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.

Las consultas deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o bien lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

El Comité de Expertos de la OIT considera que este consentimiento es un mecanismo de expresión idóneo para los pueblos indígenas y tribales cuyo objeto es influir en el proceso de adopción de decisiones estatales, pero que no implica un derecho a veto. Existen países que se han opuesto al excesivo alcance que se le da al consentimiento (ejemplo de Canadá respecto de este tópico en la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas) ya que sostienen que tal como está regulado dicho consentimiento sí supone un derecho a veto y que así se estaría discriminando al resto de la sociedad que exclusivamente puede manifestar su opinión a través de los canales institucionalmente establecidos para ello, aunque la decisión les afecte directa o indirectamente.<sup>62</sup>

Cabe señalar que el artículo 6.1 del Convenio N° 169 de la OIT establece el mecanismo de consultas cuando se vayan a adoptar medidas “*susceptibles de afectarles directamente*”, aunque no si la incidencia de las decisiones es indirecta.

---

<sup>61</sup> Ob. Cit. párrafo 164.

<sup>62</sup> Cf. TORRECUADRADA GARCÍA LOZANO, SOLEDAD. “La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: antecedentes, consecuencias y perspectivas”, pág.11. *Revista de Estudios Internacionales*, N°165, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 2010., pág. 7-32.

Sin embargo, la Declaración de Naciones Unidas sobre Derecho de los Pueblos Indígenas, en el artículo 19, difiere del anterior instrumento. Mantiene el valor instrumental de la consulta con el fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado para la adopción y aplicación de *cualquier tipo de medidas* que puedan afectar a los pueblos indígenas *sin distinguir entre afectación directa o indirecta*, por lo que en ambos casos se requerirá el consentimiento expresado mediante consulta.

### 5.1. Supuestos

En cuanto a la regulación normativa, el mencionado Convenio N° 169 de la OIT señala que el Estado deberá consultar a los pueblos indígenas en los siguientes supuestos: Medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar *directamente* a dichos pueblos (artículo 6.1.a).

- 
- Adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que conciernan a dichos pueblos (artículo 6.1.b).
  - Prospección o explotación de recursos existentes en sus tierras (artículo 15.2).
  - Enajenación y/o transmisión de tierras (artículo 17.2).
  - Programas de formación profesional (artículo 22.1 y 22.2).
  - Educación de niños indígenas en su propio idioma (artículo 28.1).

En el caso de recursos naturales y pueblos indígenas, señala que la consulta se realiza “*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 naturales existentes en sus tierras*”.<sup>63</sup>

En relación a este tópico, y a modo de ejemplo de la situación en análisis en Latinoamérica, el Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, en el Informe que presentara en el año 2011 luego de su visita a Argentina, describió:

*“El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, con el objetivo de lograr su consentimiento, está garantizado en el Convenio N° 169 de la OIT, que forma parte del*

---

<sup>63</sup> Convenio N° 169 OIT. Artículo 15.2

*ordenamiento jurídico interno de Argentina, y por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que ha sido respaldada por el Gobierno argentino. Sin embargo, no existe ley o política alguna, tanto a nivel federal como provincial, que regule un procedimiento de consulta con los pueblos indígenas. Las leyes sectoriales de la nación, como la Ley de Hidrocarburos y el Código de Minería tampoco se refieren a la consulta con los pueblos indígenas. Del mismo modo, la Ley General del Ambiente nacional sólo se refiere en términos generales al derecho de “toda persona” a ser consultada, afirmando a la misma vez que la opinión u objeción de los participantes no será vinculante”.*<sup>64</sup>

El Informe, que puede hacerse extensivo a varios países de Latinoamérica, destaca además que debido en parte a estos vacíos legales y administrativos en relación con los proyectos extractivos, existe una ausencia de procesos de consulta con los pueblos indígenas que cumplan con los estándares internacionales, por lo que numerosos casos han sido llevados a la atención del Relator Especial alegando una falta de consulta o bien porque los que se han realizado se han visto afectados por diversas irregularidades.

Lo hasta aquí expuesto presupone el reconocimiento a los pueblos indígenas del derecho de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan y de sus recursos naturales<sup>65</sup>, además del deber de los Estados de tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

La consulta a los pueblos interesados también deberá tener lugar siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

Por su parte, la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas recepta el derecho de esos pueblos a la consulta, en los siguientes supuestos:

- Antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten (no diferencia entre afectación directa o indirecta), a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado (artículo 19).

---

<sup>64</sup>ONU. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en Argentina. A/HRC/21/XX/Add.Y. Julio de 2012, pág. 11, párrafo 45.

<sup>65</sup> Convenio N° 169 OIT, art. 14. Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas, Art. 26.3.

- Utilización de tierras o territorios para actividades militares (artículo 30.2).
- Para combatir los prejuicios, eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad (artículo 15.2).
- Protección de los niños indígenas (artículo 17.2).
- Pueblos divididos por fronteras internacionales (artículos 36.1 y 2).
- Para alcanzar los fines de la Declaración (artículo 38).

El Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>66</sup> reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la protección de su medio ambiente y “*a un marco legal efectivo de protección de sus derechos sobre recursos naturales en sus tierras*”<sup>67</sup>, y establece que, cuando los recursos del subsuelo pertenecen al Estado, éste debe “*establecer procedimientos de consulta previa con los pueblos indígenas afectados para la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de dichos recursos, así como acuerdos justos relativos a la indemnización y la participación en los beneficios de tales actividades*”.<sup>68</sup> Asimismo prohíbe el traslado o reubicación de pueblos indígenas sin el consentimiento libre, genuino, público e informado, y reconoce su derecho a la restitución de las tierras, territorios y recursos que hayan sido confiscados, ocupados, usados o dañados. También reconoce la obligación del Estado de dar máxima prioridad a la demarcación y reconocimiento de las propiedades y áreas de uso indígena, y de impedir y sancionar toda intrusión o uso de dichas tierras por personas ajenas no autorizadas.<sup>69</sup>

La Declaración de Durban insta a los Estados a consultar a los pueblos indígenas sobre cualquier asunto que pueda afectar su integridad física, espiritual o cultural, y a que, en el marco de sus iniciativas nacionales y en cooperación con otros Estados y con organizaciones e instituciones financieras regionales e internacionales, promuevan la utilización de inversiones públicas y privadas en consulta con las comunidades afectadas a fin de erradicar la pobreza, en particular en las zonas donde viven predominantemente las

---

<sup>66</sup> Disponible en <http://www.oas.org/consejo/sp/cajp/Indigenas%20documentos.asp#2012>. Consultado el 6 de agosto de 2015.

<sup>67</sup> Cf. <http://www.cidh.org/Indigenas/Cap.2g.htm>. Artículo XVIII.4.

<sup>68</sup> Ob. Cit. Artículo XVIII.5

<sup>69</sup> Ob. Cit. Artículo XVIII.8



víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia.<sup>70</sup>

## 5.2. Características

En cuanto a las características de la consulta podemos señalar:

- a) Debe efectuarse *de buena fe* (Artículo 6.2 del Convenio N°169 OIT y Artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas).
- b) Debe ser *informada*: la consulta debe realizar según todos los elementos necesarios para la toma de una decisión. Las comunidades consultadas deben tener un conocimiento pleno, suficiente y adecuado del proyecto que se propone realizar en su territorio. El Convenio N° 169 OIT (Artículo 16.2) establece que en el caso excepcional de traslado de pueblos indígenas de sus tierras, el consentimiento de dichos pueblos debe ser adquirido “*con pleno conocimiento de la causa*”. Lo mismo señala el artículo 32.2 de la Declaración de Naciones Unidas.
- c) Debe ser *libre*: sin interferencia de factores externos (Artículo 6.1.b) del Convenio N° 169 OIT).
- d) Debe ser *previa*: la consulta debe ser anterior a todo emprendimiento o medida (Artículo 15 Convenio N° 169 OIT). Debe ser anterior a la adopción y a la aplicación de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (Artículo 6.1.a) del Convenio 169 OIT y Artículo 19 Declaración ONU).
- e) *Mediante procedimientos apropiados*.

Sobre esta última característica conviene explicarse. El artículo 6.1 del Convenio N° 169 de la OIT y el artículo 30.2 de la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas establecen que se deben adoptar procedimientos apropiados para la consulta y que esta debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas.

En cuanto al modelo de institución representativa, lo importante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas. Pero es fundamental que la consulta se lleve a cabo con las instituciones realmente representativas de los pueblos

---

<sup>70</sup>Cf. Numeral 1 y 208, Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, 2001. Consultado el 18 de julio de 2013. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/comun/docs/?symbol=A/CONF.189/12>

interesados. Si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades, la consulta no cumple con los requisitos que le son propios.

Asimismo, la consulta deberá producirse de conformidad con el derecho indígena, que será el único que pueda determinar a los participantes y la modalidad de expresión de la voluntad dentro del propio grupo.<sup>71</sup> Es decir, los procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados.

Por lo tanto, los principios y procedimientos del derecho propio de la comunidad por consultar hacen parte de las reglas aplicables al proceso de consulta y es lo que doctrinariamente se denomina “pluralismo jurídico”.<sup>72</sup>

La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos<sup>73</sup> indica que es el gobierno de cada Estado el que debe acordar con las comunidades los procedimientos, tiempos, espacios y contenido de la consulta, garantizando que escojan a sus representantes de manera autónoma. Se debe adoptar la metodología culturalmente adecuada en forma mancomunada con los pueblos indígenas.

Las modalidades técnicas de la consulta deben contemplar los diversos niveles de la misma, a fin de impulsar los mecanismos propios de las comunidades en la búsqueda de capacidad de negociación y acuerdos. Es decir, la consulta a los pueblos indígenas siempre deberá respetar su cosmovisión y atender a sus usos, costumbres, valores, concepciones y tiempos para llevarla a cabo.<sup>74</sup>

La legitimidad del proceso estriba en que será coordinado por el Estado y con la participación de las legítimas autoridades de las comunidades.

En síntesis, será apropiado el procedimiento que genere las condiciones para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas independientemente del resultado que se alcance. Es decir, que la expresión “procedimientos

---

<sup>71</sup> TORRECUADRA GARCÍA LOZANO, SOLEDAD. *Identidad Indígena*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 17, Madrid, 2013, pág. 28.

<sup>72</sup> El reconocimiento del derecho indígena a los fines de la consulta es reconocido por el Convenio N° 169 en sus artículos 8.1 y 2.

<sup>73</sup> Cf. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA (ONU). *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada*. Colombia, pág. 21.

<sup>74</sup> Cf. Art. 5 a) b) c) Convenio N° 169 OIT.

apropiados” debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No es necesario, por supuesto, que en un acuerdo se logre o se obtenga el consentimiento.<sup>75</sup>

### 5.3. Metodología

En cuanto a la forma o metodología para llevar a cabo la consulta, podemos identificar tres fases:<sup>76</sup>

#### 1) *Fase de información sobre el proyecto que se va a consultar*

Supone la coordinación interinstitucional y comunitaria para avanzar en el proceso de consulta. El objetivo en esta etapa es recabar, proporcionar y analizar toda la información respecto a la temática que generó la consulta, es decir, todos los aspectos relacionados con el proyecto, obra u actividad. Esta fase, a su vez, conlleva dos subetapas:

- a) Socialización: acercamiento entre instituciones del Estado, comunidades y particulares con identificación de los actores que intervendrán en el proceso.
- b) Reuniones de Trabajo: presentación del marco legal del proceso de consulta, papel y competencia de cada uno de los actores participantes, exposición detallada del proyecto, intervenciones de la comunidad, acuerdos sobre la siguiente fase, etc.

La comunidad indígena consultada debe tener los espacios y el tiempo suficientes para analizar, comprender y digerir la información recibida para la toma de decisiones. Los tiempos y los procedimientos deben ser concertados con la comunidad indígena antes de proceder con la información o socialización del proyecto ya que la integridad cultural de la comunidad indígena merece respeto y protección.

#### 2) *Fase de Identificación, Comentarios y Protocolización*

Esta etapa supone la definición y elaboración del estudio de impacto ambiental y cultural, y se debe llevar a cabo con participación de la comunidad y la empresa. Realizado el estudio e identificados los impactos, se procede a la concertación de medidas de manejo. Definidos los acuerdos, se procede a la citación y realización de la reunión de

---

<sup>75</sup> Cf. BERRAONDO LÓPEZ, MIKEL. *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pág. 147

<sup>76</sup> Cf. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA (ONU). *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada*. Colombia, pág. 54-55

protocolización de la consulta. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación en la elaboración de los estudios de impacto (sociales, culturales, ambientales u otros específicos) generados por el proyecto, obra u actividad, según el artículo 7.3 del Convenio N° 169 de la OIT.

Se recomienda aplicar los principios de buena fe, información suficiente previa, y procedimientos adecuados dando espacio para el diálogo intercultural y pluralismo jurídico, a los que nos referimos anteriormente.

### 3) *Fase de sistematización y seguimiento*

El seguimiento del proceso de consulta debe realizarse con la plena participación de los pueblos y las comunidades afectadas, en cumplimiento de los acuerdos establecidos para las medidas de mitigación de los impactos tanto naturales, económicos, como sociales y culturales, o con referencia a los reglamentos interculturales consagrados. Los pueblos indígenas tienen derecho al registro y memoria de los asuntos que los afectan o en los que ellos toman parte. La presencia del Estado es requerida durante todo el proceso como ente portador de obligaciones y garante de la protección de la integridad cultural, social y económica de los pueblos que participan en los procesos de consulta.<sup>77</sup>

## **6. El derecho de consulta en los procesos de extracción y explotación de recursos naturales en territorios indígenas**

Recordemos la significación que el territorio y los recursos naturales tienen para las poblaciones indígenas en el marco de su concepción comunal de la tierra, como se ha expuesto al inicio de este trabajo de investigación.

La carrera mundial por extraer y explotar minerales y combustibles fósiles (petróleo, gas y carbón), junto con el hecho de que gran parte de lo que queda de esos recursos naturales se encuentra en tierras de pueblos indígenas, está aumentando y generalizando los efectos de las industrias extractivas en la vida de los pueblos indígenas. Como se ha documentado ampliamente en los informes del Relator Especial sobre derechos de los

---

<sup>77</sup> Ob. Cit. Pág. 57.

pueblos indígenas de las Naciones Unidas, las industrias extractivas han tenido consecuencias negativas, incluso devastadoras, para dichos pueblos en el mundo.<sup>78</sup>

Los pueblos indígenas se ven afectados por proyectos de extracción de recursos emprendidos por el Estado y por empresas privadas, por lo general cuando el Estado reivindica la propiedad de los recursos. Aunque en un número creciente de casos los pueblos indígenas están aceptando ese tipo de iniciativas, parece que en muchos más lugares en el mundo las están rechazando.

A través de los años, los proyectos agropecuarios y de industrias extractivas existentes en distintos países de América Latina han afectado a un conjunto de derechos de los pueblos indígenas, incluidos los derechos a sus tierras y recursos naturales, así como sus derechos a la alimentación, la salud y el desarrollo, entre otros.

El avance de la frontera agrícola ha generado la pérdida de grandes extensiones de tierras tradicionales de los pueblos indígenas. Familias indígenas han sido desalojadas de las áreas donde vivían y, a veces, han tenido que migrar a las ciudades cercanas para buscar oportunidades laborales. Los desmontes realizados como parte de estas actividades agropecuarias también han hecho que el acceso a y la disponibilidad de los animales de caza y pesca, plantas, materiales para la construcción de viviendas utilizados por los pueblos indígenas, así como el acceso a sitios de importancia cultural y espiritual, como cementerios, se vean dramáticamente limitados. Existen también efectos nocivos en la salud de las personas indígenas a raíz del uso de agro-tóxicos para la fumigación de cultivos.

En cuanto a las industrias extractivas de recursos naturales, dicha actividad ha generado numerosos casos de disminución de territorios de los cuales dependen los pueblos indígenas. Las empresas mineras, por ejemplo, consumen en exceso el agua de la zona poniendo en peligro los niveles y calidad de ese recurso, además de la contaminación que en general provocan.

El derecho a la libertad de expresión y el derecho a la participación están firmemente arraigados en el derecho internacional de los derechos humanos. En virtud de esos derechos, las personas y los pueblos indígenas pueden oponerse y expresar activamente su oposición a

---

<sup>78</sup> ONU. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. A/HRC/24741. 1 de julio 2013, párrafo 1.



los proyectos extractivos, tanto en el contexto de la adopción de medidas sobre los proyectos por el Estado como en otras situaciones.

Es absolutamente necesario que los Estados adopten las medidas necesarias para garantizar el derecho de los pueblos y las personas indígenas a expresar pacíficamente su oposición a los proyectos extractivos libres de todo acto de intimidación o violencia o de cualquier forma de represalia.

Como regla general, se postula que no se deben realizar actividades extractivas dentro de los territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. Los territorios de los pueblos indígenas incluyen las tierras que el Estado les reconoce o reserva de una u otra forma, las tierras que tradicionalmente poseen en régimen consuetudinario (tengan o no título oficial de propiedad) y las demás zonas que son de importancia cultural o religiosa para ellos o en las que tradicionalmente tienen acceso a recursos que son importantes para su bienestar físico o sus prácticas culturales. El consentimiento también puede ser necesario cuando las actividades extractivas afectan de otro modo a los pueblos indígenas, en función del carácter de los posibles efectos de las actividades en el ejercicio de sus derechos. En todos los casos de proyectos de extracción que podrían afectar a los pueblos indígenas, deberían celebrarse consultas con ellos y, por lo menos, debería tratar de obtenerse su consentimiento, aun cuando este no sea estrictamente obligatorio. La regla general señalada se deriva del carácter del consentimiento libre, previo e informado como salvaguardia de los derechos internacionalmente reconocidos de los pueblos indígenas que suelen verse afectados por las actividades extractivas que se realizan en sus territorios.<sup>79</sup>

Respecto al derecho de consulta en este supuesto específico de exploración y explotación de recursos naturales, el **Convenio N° 169 de la OIT** y la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, respectivamente, lo abordan de la siguiente manera:

*“Artículo 6.1: Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, 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.”*

---

<sup>79</sup> Cf. Ob. Cit. Párrafos 27 y 28.

*“Artículo 7.1: Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo 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.”*

*“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.”*

*“Artículo 15.2: 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 indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”*

*“Artículo 17.2: Deberá **consultarse** a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.”*

La **Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas** alienta a los Estados a que respeten y cumplan eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados, y reconoce que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral.

El **Artículo 19** del instrumento señalado establece:

*“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.”*

En el supuesto de que las tierras, los territorios y los recursos de los pueblos indígenas que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado (lo que supone la realización de la consulta), los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica, o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

Agrega la Declaración en el **Artículo 32.2**: *“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.”*

Nótese la diferencia de amplitud de la consulta entre los dos instrumentos internacionales señalados. Mientras que el Convenio N° 169 de la OIT la contempla para medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles *directamente*, la Declaración de Naciones Unidas establece que el objetivo es obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar *cualquier proyecto* que “afecte” (sin distinguir si es de manera directa o indirecta) las tierras y recursos de los pueblos indígenas.

Existe una tensión entre el interés general de los Estados y los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, y esa contradicción aún no ha sido resuelta en torno a los procesos de consulta previa. Los procesos de consulta pueden conducir a un complejo y largo debate sino se establece como verdadera prioridad la protección de la integridad cultural del pueblo indígena como tal. Dar relevancia al procedimiento de consulta antes que a la afectación de los derechos y libertades fundamentales de los pueblos puede hacer de la consulta un ejercicio fallido.

Es preciso remarcar lo señalado por la Relatoría de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en cuanto a que los Estados no deben insistir o permitir que las empresas insistan en que los pueblos indígenas participen en consultas sobre los proyectos de extracción a los que hayan expresado claramente su oposición. En opinión del Relator Especial, sin embargo, cuando los Estados toman esas iniciativas de consulta sobre los proyectos y, por su parte, los pueblos indígenas interesados se oponen inequívocamente a los proyectos propuestos y declinan participar en las consultas, como ha ocurrido en varios países, la obligación de consultar de los Estados deja de existir. En esos casos, ni los Estados ni las empresas necesitan ni deberían insistir en las consultas, mientras que, al mismo tiempo, deben entender que los pueblos indígenas han denegado expresamente su consentimiento.<sup>80</sup>

No hay duda de que debido al carácter invasivo de la extracción de los recursos naturales a escala industrial, el disfrute de ciertos derechos se ve indefectiblemente afectado cuando las actividades extractivas tienen lugar dentro de los territorios indígenas; de ahí se deriva la regla general de que el consentimiento de los indígenas es obligatorio para las actividades extractivas dentro de sus territorios.<sup>81</sup>

Una opinión cada vez más extendida es que, cuando un proyecto extractivo podría afectar a los pueblos indígenas o a sus territorios, los Estados o las empresas que promueven el proyecto deberían obtener el consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas interesados por una mera cuestión de buena práctica. Dicho consentimiento o acuerdo proporciona la necesaria aprobación social y sienta las bases para que los operadores del proyecto extractivo tengan una relación positiva con las personas más directamente afectadas, lo cual contribuirá a la necesaria estabilidad del proyecto.<sup>82</sup>

Mientras que la denegación del consentimiento puede bloquear los proyectos extractivos promovidos por empresas o Estados, su aceptación puede abrirles la puerta. Sin embargo, hay que destacar que el consentimiento no es un instrumento independiente de legitimación. El principio del consentimiento libre, previo e informado, al originarse en un marco de derechos humanos, no contempla el consentimiento como un simple sí a una decisión predeterminada, o como un medio de validar un acuerdo desfavorable para

---

<sup>80</sup> Ob. Cit. Párrafo 25.

<sup>81</sup> Ob. Cit. Párrafo 28.

<sup>82</sup> Ob. Cit. Párrafo 29.

los pueblos indígenas afectados. Cuando se otorga no solo libremente y con conocimiento de causa, sino también en condiciones justas que protejan los derechos de los pueblos indígenas, el consentimiento cumple su función de salvaguardia de los derechos humanos.<sup>83</sup>

La obligación general de obtención del consentimiento de los indígenas a las actividades extractivas dentro de los territorios indígenas puede estar sujeta a algunas **excepciones**, pero solo con arreglo a parámetros rigurosamente definidos. En primer lugar, el consentimiento puede no ser necesario en el caso de las actividades extractivas realizadas dentro de territorios indígenas *cuando pueda determinarse de manera concluyente que las actividades no afectarán sustancialmente a los pueblos indígenas en el ejercicio de cualquiera de sus derechos sustantivos en relación con las tierras y los recursos de sus territorios*; quizá esta sea principalmente una posibilidad teórica, dado el carácter invasivo de las actividades de extracción, especialmente cuando los pueblos indígenas viven cerca de la zona en que se realizan las actividades. En segundo lugar, el consentimiento puede no ser necesario *cuando se pueda determinar que la actividad extractiva solo impondría a los derechos sustantivos de los pueblos indígenas limitaciones permitidas, con sujeción a estrictas condiciones, por el derecho internacional de los derechos humanos*.<sup>84</sup>

Cuando un Estado determina que puede permitirse poner en marcha un proyecto extractivo que afecta a un pueblo indígena sin su consentimiento, y decide hacerlo, queda obligado a respetar y proteger los derechos del pueblo indígena y debe asegurarse de que se respeten todas las demás salvaguardias pertinentes, en particular que se adopten medidas para reducir o compensar la limitación de los derechos mediante evaluaciones de impacto, medidas de mitigación, compensaciones y la participación en los beneficios. Los Estados deben velar por que se hagan esfuerzos, de buena fe, para consultar a los pueblos indígenas con el fin de elaborar y llegar a un acuerdo sobre esas medidas, de conformidad con su obligación general de consultar. La adecuación de esas medidas y las consultas acerca de ellas también serán factores que habrá que tener en cuenta al evaluar la proporcionalidad de las limitaciones de derechos.<sup>85</sup>

Toda decisión del Estado de comenzar o permitir que comience un proyecto de extracción sin el consentimiento de los pueblos indígenas afectados por el proyecto debe ser

---

<sup>83</sup> Ob. Cit. Párrafo 30.

<sup>84</sup> Ob. Cit. Párrafo 31.

<sup>85</sup> Ob. Cit. Párrafo 38.



susceptible de revisión por una autoridad judicial imparcial. La revisión judicial debe garantizar el cumplimiento de las normas internacionales aplicables a los derechos de los pueblos indígenas y determinar de manera independiente si el Estado ha cumplido o no con su obligación de justificar toda limitación de derechos.<sup>86</sup>

En necesario señalar que los Estados pueden imponer limitaciones al ejercicio de algunos derechos humanos, como el derecho a la propiedad y el derecho a la libertad de religión y de expresión. Sin embargo, para ser válidas, las limitaciones deben cumplir ciertos criterios de necesidad y proporcionalidad en relación con una finalidad pública válida, definida dentro de un marco general de respeto de los derechos humanos. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en su Artículo 46, párrafo 2, establece los parámetros de las limitaciones permitidas a los derechos en ella reconocidos, y define las siguientes condiciones mínimas:

*“El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán solo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática”.*

Se recordará que el consentimiento cumple una función de salvaguardia de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Cuando los pueblos indígenas dan libremente su consentimiento a proyectos extractivos con sujeción a condiciones que tienen por objeto proteger sus derechos, cabe suponer que toda limitación del ejercicio de sus derechos es admisible y que no se infringen sus derechos. En cambio, cuando los pueblos indígenas no dan su consentimiento a proyectos extractivos dentro de sus territorios, dicha suposición no es aplicable, y para que se lleve a cabo un proyecto el Estado tiene el deber de demostrar que no se limitará ningún derecho o que, en caso contrario, la limitación es válida.<sup>87</sup>

Para que una limitación sea válida, en primer lugar, el derecho debe ser uno de los que pueden ser objeto de limitación por el Estado y, en segundo lugar, como se indica en la

---

<sup>86</sup> Ob. Cit. Párrafo 39.

<sup>87</sup> Ob. Cit. Párrafo 33.

Declaración, la limitación debe ser necesaria y proporcional en relación con un objetivo válido del Estado en interés de los derechos humanos de otras personas.<sup>88</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los intereses de propiedad de los pueblos indígenas con respecto a sus tierras y recursos, aunque están protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, están sujetos a limitaciones por parte del Estado, pero solo a aquellas limitaciones que cumplan los criterios de necesidad y proporcionalidad en relación con un objetivo válido.<sup>89</sup>

El Relator Especial observa que, en varios casos, los Estados han afirmado su facultad para expropiar a los indígenas tierras o recursos del suelo con el fin de acceder o permitir el acceso a los recursos del subsuelo, de los que reclaman su titularidad. Puesto que una expropiación de ese tipo es una limitación de los derechos de propiedad de los indígenas, aunque se les proporcione una compensación justa, una cuestión previa en esos casos es si la limitación obedece a una finalidad pública válida. El Relator Especial advierte que entre las finalidades públicas válidas no se encuentran los meros intereses comerciales o los objetivos de generación de ingresos, y mucho menos cuando los beneficios de las actividades extractivas tienen un destino principalmente privado. Cabe recordar que, en virtud de diversas fuentes del derecho internacional, los pueblos indígenas tienen derechos de propiedad, culturales y de otro tipo en relación con sus territorios tradicionales, aunque no dispongan de un título de propiedad u otro tipo de reconocimiento oficial. Las limitaciones de todos esos derechos de los pueblos indígenas deben, como mínimo, obedecer a una finalidad pública válida en un marco de derechos humanos, al igual que ocurre con las limitaciones de los derechos formalmente reconocidos por el Estado.<sup>90</sup>

Aun cuando puede determinarse que existe una finalidad pública válida para la limitación de los bienes de propiedad u otros derechos relacionados con los territorios indígenas, la limitación debe ser necesaria y proporcional a esa finalidad. En general, ese requisito será difícil de cumplir en el caso de las actividades extractivas que se llevan a cabo en los territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento. Al determinar la necesidad y la proporcionalidad, debe tenerse debidamente en cuenta la importancia para la

---

<sup>88</sup> Ob. Cit. Párrafo 34.

<sup>89</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrafo, párrafo 127.

<sup>90</sup> Ob. Cit Párrafo 35.

supervivencia de los pueblos indígenas de toda la gama de derechos que podrían resultar afectados por el proyecto. También debe tenerse en cuenta que en muchos de los casos, si no en la mayoría de ellos, los pueblos indígenas siguen reivindicando su derecho a disponer de los recursos del subsuelo de sus territorios sobre la base de sus propias leyes y costumbres, aunque el ordenamiento jurídico del Estado disponga lo contrario. Estos factores disminuyen en gran medida la posibilidad de que las limitaciones de derechos impuestas por el Estado se consideren proporcionales, lo que refuerza la regla general del consentimiento de los pueblos indígenas a las actividades extractivas dentro de sus territorios.<sup>91</sup>

El Informe del Relator ha establecido ciertas condiciones para lograr y mantener el acuerdo de los pueblos indígenas a las actividades extractivas promovidas por el Estado o empresas extranjeras. *La primera condición* es el establecimiento por parte del Estado de regímenes regulatorios que protejan adecuadamente los derechos de los pueblos indígenas. En el contexto de las industrias extractivas, la obligación del Estado de proteger los derechos humanos entraña necesariamente la existencia de un marco regulatorio que reconozca plenamente los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales (así como otros derechos que puedan verse afectados por las operaciones de extracción), que exija el respeto de esos derechos tanto en todas las decisiones administrativas pertinentes del Estado como en el comportamiento de las empresas extractivas y que prevea sanciones y recursos efectivos cuando esos derechos sean vulnerados por actores públicos o privados. Ese marco regulatorio requiere leyes o reglamentos que incorporen las normas internacionales de derechos indígenas y que las pongan en práctica a través de los distintos componentes de la administración del Estado que rigen la tenencia de la tierra, la minería y la extracción y explotación de petróleo, gas y otros recursos naturales.

Como *segunda condición*, el Informe del Relator plantea algo interesante: la regulación de las actividades extraterritoriales de las empresas. En muchos casos en que se ha identificado a empresas extractivas como responsables de violaciones de los derechos de los pueblos indígenas, o se las ha vinculado con dichas violaciones, el régimen regulatorio del país en cuestión es débil y las empresas responsables están domiciliadas en otros países, por lo general mucho más desarrollados. Aun cuando los Estados no estén obligados por el derecho internacional a regular las actividades extraterritoriales de las empresas domiciliadas en su territorio con el fin de asegurar o promover la conformidad con las

---

<sup>91</sup> Ob. Cit. Párrafo 36.

normas de derechos humanos, existen poderosas razones relacionadas con las políticas para que lo hagan. Los Estados deberían adoptar medidas regulatorias para las empresas domiciliadas en su jurisdicción con objeto de prevenir y, según las circunstancias, sancionar y remediar las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas en el extranjero de las que sean responsables o cómplices dichas empresas. El Relator Especial<sup>92</sup> observa que algunos Estados han adoptado medidas regulatorias de alcance extraterritorial en este sentido para abordar los problemas de derechos humanos en ciertos contextos, pero con escasa aplicabilidad a los problemas específicos de los pueblos indígenas. La regulación de las actividades extraterritoriales de las empresas para promover el cumplimiento de las normas internacionales relativas a los derechos de los pueblos indígenas ayudará a establecer una cultura de respeto de esos derechos por las empresas transnacionales y aumentará la posibilidad de que las relaciones entre las empresas extractivas y los pueblos indígenas sean cordiales.

Como *tercera condición* establece la participación de los pueblos indígenas en la planificación estratégica de los Estados para la explotación y extracción de recursos. Los Estados suelen considerar los recursos minerales, petrolíferos y gaseros, así como otros recursos naturales, como activos estratégicos y, en consecuencia, al regular las industrias, muchos de ellos realizan una planificación a largo y corto plazo de la explotación de esos recursos, incluidos los existentes dentro o cerca de territorios indígenas. Dicha planificación estratégica de los Estados influye en la definición de las leyes y determina los controles regulatorios y las políticas pertinentes para la extracción de recursos. También sienta las bases para las decisiones sobre el desarrollo y la ejecución de los proyectos de extracción de recursos. Así, la planificación estratégica de la explotación de los recursos puede tener efectos profundos, aunque no sean inmediatos, en los pueblos indígenas y en el disfrute de sus derechos.

Como *cuarta condición*, el Informe señala la debida diligencia<sup>93</sup> que las empresas extractivas deben tener para respetar los derechos de los pueblos indígenas. Las empresas deben actuar con la debida diligencia para impedir que sus actos violen o sean cómplices en la violación de los derechos de los pueblos indígenas. Para ello, deben determinar y evaluar los efectos, reales y posibles, de sus proyectos de extracción de recursos respecto a los

---

<sup>92</sup> Ob. Cit. Párrafo 48.

<sup>93</sup> Ob. Cit. Párrafo 52.

derechos humanos. Dicha debida diligencia entraña la identificación particular de los grupos indígenas específicos que podrían verse afectados por el proyecto, sus derechos dentro y alrededor de la zona del proyecto, y los posibles efectos en esos derechos. Esa labor debe realizarse previamente, en las primeras etapas de la determinación de la viabilidad del proyecto, antes de una evaluación más completa del impacto del proyecto en las etapas posteriores de la planificación o de la toma de decisiones sobre el proyecto. Además, las empresas extractivas deben emplear la debida diligencia para evitar la adquisición de activos contaminados, como permisos adquiridos anteriormente por otras empresas para la prospección o extracción de recursos en detrimento de los derechos de los pueblos indígenas.

Es importante señalar que la debida diligencia entraña también velar por que la empresa no esté contribuyendo o beneficiándose del incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales para con los pueblos indígenas. Por ejemplo, las empresas extractivas deberían evitar aceptar permisos o concesiones de los Estados cuando no se hayan cumplido los requisitos de consulta previa y consentimiento, como se ha señalado anteriormente.<sup>94</sup>

Según el Informe de referencia en este apartado, actualmente se produce un fenómeno consistente en que las empresas negocian directamente con los pueblos indígenas sobre los proyectos extractivos que les afectan, lo que significa que los Estados delegan a las empresas la ejecución de la obligación que les incumbe de consultar a los pueblos indígenas antes de autorizar las actividades extractivas. Ello no atenta contra los derechos de los pueblos indígenas si consideramos que, en virtud de su derecho a la libre determinación, los pueblos indígenas son libres de entablar negociaciones directamente con las empresas si así lo desean. Las negociaciones directas entre las empresas y los pueblos indígenas pueden ser la forma más eficiente y conveniente de llegar a acuerdos para la extracción de los recursos naturales existentes en los territorios indígenas que respeten plenamente los derechos de los pueblos indígenas, y pueden proporcionar a estas oportunidades de promover sus propias prioridades de desarrollo. Pero es importante tener presente que esas negociaciones directas entre las empresas y los pueblos indígenas deben cumplir esencialmente las mismas normas internacionales que rigen las consultas entre los Estados y los pueblos indígenas, especialmente las que tienen que ver con las consideraciones temporales, la reunión y el

---

<sup>94</sup> Ob. Cit. Párrafo 55.



intercambio de información sobre los impactos y los beneficios potenciales, y la participación indígena. Pero hay que tener siempre presente que, si bien las propias empresas deben ejercer la debida diligencia para asegurar dicho cumplimiento, el Estado sigue siendo el responsable último de las deficiencias de los procedimientos de consulta o negociación, por lo que debe emplear medidas para supervisar y evaluar los procedimientos y sus resultados, y especialmente para mitigar los desequilibrios de poder entre las empresas y los pueblos indígenas con los que negocian.<sup>95</sup>

Hasta aquí podemos decir entonces que los procedimientos de consulta con respecto a proyectos extractivos son las vías mediante las cuales los pueblos indígenas pueden contribuir activamente a la evaluación previa de los posibles efectos de la actividad propuesta, en particular sobre la medida en que puede afectar a sus derechos sustantivos e intereses. Además, los procedimientos de consulta son claves para la búsqueda de alternativas menos dañinas o para la definición de medidas de mitigación. Las consultas también deben ser mecanismos mediante los cuales los pueblos indígenas puedan llegar a acuerdos favorables a sus propias prioridades y estrategias de desarrollo, proporcionarles beneficios y promover el desarrollo y disfrute de sus derechos humanos.

## **7.El derecho de consulta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

Ya hicimos referencia a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en sus decisiones que la persona humana, entendida como el sujeto individualmente considerado, no es la única estructura portadora de derechos humanos, pese a que la Convención Americana de Derechos Humanos la tiene como referente fundamental. Así, existen además realidades étnicas como los pueblos indígenas que son merecedores de derechos específicos.<sup>96</sup> Uno de esos derechos específicos, es el derecho a la *consulta libre, previa e informada*, como describimos anteriormente.

Uno de los supuestos donde la consulta libre, previa e informada puede y debe ser aplicada es en los supuestos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios que pertenecen a los pueblos indígenas u originarios.

---

<sup>95</sup> Ob. Cit. Párrafo 62.

<sup>96</sup> Cf. CASTRILLÓN ORREGO, JUAN DIEGO. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Madrid, 2012, pág. 2.

A continuación expondremos las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la consulta en determinados casos concretos.

En el **Informe No 27/98** de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de **Caso AwasTingui vs. Nicaragua**, la Comisión manifestó que el Estado de Nicaragua fue responsable por violar el derecho a la propiedad en forma activa, consagrado en el artículo 21 de la Convención, al otorgar una concesión a la compañía SOLCARSA para realizar en las tierras indígenas Awas Tingni trabajos de construcción de carreteras y de explotación maderera, sin el consentimiento de la Comunidad indígena.<sup>97</sup>

Destaca el Informe que el Estado de Nicaragua no garantizó un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad Awas Tingni sobre sus derechos a tierras y recursos naturales de acuerdo con el artículo 25 de la Convención.<sup>98</sup>

Asimismo la Comisión recomendó en dicho Informe que Nicaragua iniciara en el plazo de un mes un *diálogo* (lo que conlleva consulta) con la Comunidad Awas Tingni, a fin de determinar bajo qué circunstancias se pudiera llegar a un acuerdo entre el Estado y el pueblo indígena.

En otro **Informe** de la Comisión **sobre el acceso a la justicia e inclusión social** (El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia, de 28 de junio de 2007),<sup>99</sup> se estableció que procede la consulta a los pueblos indígenas cuando se pretenda adoptar medidas sobre los procesos de acceso y disfrute del territorio ancestral.

En el **Informe N° 40/04**, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el marco del **Caso Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)**, los peticionarios sostuvieron que el Estado había violado los artículos 1, 2, 3 6 , 11, 18, 20 y 23 de la Declaración Americana con respecto a las tierras tradicionalmente usadas y ocupadas por el pueblo maya, al otorgar concesiones madereras y petroleras en esas tierras y por no proteger por otras razones dichas tierras, no reconocer y garantizar los derechos territoriales del pueblo maya a dichas tierras y no otorgar al pueblo maya la protección judicial de sus derechos e intereses en las tierras debido a las demoras en los trámites judiciales por ellos instituidos. De acuerdo con los peticionarios, las contravenciones del Estado afectaron

---

<sup>97</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*). Párrafo 143.

<sup>98</sup> Ob. Cit. Párrafo 143.

<sup>99</sup> Doc. OEA/Ser. L/V/II, Doc. 38, Párrafo 240.

negativamente el medio ambiente natural del que depende el pueblo maya para su subsistencia, amenazaron al pueblo maya y a su cultura y plantearon el riesgo de causar otros daños en el futuro.

Los peticionarios también sostuvieron que ninguna de las aldeas mayas afectadas acordó concesión maderera alguna y que no se realizaron previamente consultas sustanciales con el pueblo maya para otorgar las concesiones. También de acuerdo con los peticionarios, no existió indicio alguno de que los funcionarios gubernamentales considerasen las prácticas culturales o las modalidades de uso de la tierra de los mayas en las zonas afectadas cuando otorgaron las concesiones, ni se adaptaron los intereses o derechos de los mayas a la explotación maderera.

También se alegó que las concesiones madereras han causado y seguirán causando efectos ambientales negativos, en tanto las concesiones petroleras amenazan con causar prejuicios similares. Especialmente, en la petición se estableció que las concesiones madereras abarcan superficies de tierras que incluyen porciones críticas del medio ambiente natural del que depende el pueblo maya para su subsistencia, incluyendo suelos vulnerables, bosques primarios e importantes cuencas. Los peticionarios también sostuvieron que las actividades madereras han afectado fuentes de abastecimiento de agua esenciales, han distorsionado la vida vegetal y animal y, en consecuencia, han afectado la práctica de caza, pesca y recolección que son esenciales para la supervivencia cultural y física de este pueblo maya.

En cuanto al derecho de consulta de los pueblos indígenas cuando el Estado decida otorgar concesiones de explotación de recursos naturales en tierras donde se asientan las comunidades, en el caso en análisis, los peticionarios indígenas sostuvieron que Belice ha negado a los mayas una consulta sustantiva en relación con las concesiones madereras y petroleras en el Distrito de Toledo, en violación del derecho de consulta. En particular, los peticionarios argumentaron que el derecho a una consulta sustantiva sobre toda decisión que pueda afectar los intereses indígenas en las tierras y los recursos naturales está implícita en las disposiciones de derechos humanos que protegen estos intereses, incluido el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho a participar en el gobierno consagrado en el artículo 20 de la Declaración Americana. Los peticionarios

argumentaron que, para los pueblos indígenas, este principio establece como mínimo el derecho a participar genuinamente en toda decisión que los afecte.<sup>100</sup>

La Comisión sostuvo que las consultas requeridas con los pueblos indígenas tienen que ser algo más que formalidades o simplemente procesos en los que se les suministra información sobre proyectos de desarrollo, y tienen también que dar a los pueblos indígenas una oportunidad plena y justa de ser oídos y de incidir auténticamente en las decisiones antes de ser estas tomadas.<sup>101</sup> Los peticionarios alegaron que toda reunión pública que se celebró respecto de las concesiones brindó sólo una información vaga e incompleta, y todo intento de los propios mayas por participar en un diálogo sustancial con el Gobierno ha sido sistemáticamente impedido, dando lugar a una denegación del derecho humano de los mayas a ser consultado.<sup>102</sup> Cabe destacar esta caracterización de la Comisión Interamericana de “*derecho humano*” en relación al derecho de consulta.

Un aspecto interesante precisado por la Corte Interamericana en su jurisprudencia es que el resultado de las consultas no posee, en todos los casos en los que se precisa, el mismo valor; en ciertas ocasiones, podrán tener un efecto estrictamente *consultivo* y en otras, *vinculante* (cuando se requiere consentimiento). Que nos encontremos ante uno u otro dependerá del objeto sobre el que verse aquel procedimiento. La Corte afirmó que se requiere **el consentimiento** *cuando se pretenden ejecutar proyectos con un gran impacto en el territorio indígena considerado*. Debe ponderarse en este punto el efecto de la consulta en función del grado de afectación derivado de las actividades a ejecutar en el territorio indígena, pues parece claro que de la materialización de los proyectos a gran escala en los hábitats indígenas potencialmente derivan en cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos de anticipar. La necesidad de consentir en estos escenarios es una consecuencia lógica del equilibrio necesario entre el derecho a la identidad cultural y las decisiones estatales que potencialmente puedan afectarla. En este contexto, la prestación del consentimiento del pueblo interesado es el único modo de alcanzar el pretendido equilibrio.<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párrafo 55.

<sup>101</sup> Ob. Cit. Párrafo 56.

<sup>102</sup> Ob. Cit. Párrafo 57.

<sup>103</sup> TORRECUADRA GARCÍA LOZANO, SOLEDAD. *Identidad Indígena*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 17, Madrid, 2013, pág. 31.

En este Informe, la Comisión concluyó que el Estado violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 23 de la Declaración Americana y el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 12 de la Declaración Americana, en perjuicio del pueblo maya, al no adoptar medidas efectivas para delimitar, demarcar y reconocer oficialmente el derecho de propiedad comunal a las tierras que han ocupado y usado tradicionalmente, y por otorgar concesiones madereras y petroleras a terceros para utilizar los bienes y recursos que podrían estar comprendidos dentro de las tierras que deben ser delimitadas, demarcadas y tituladas, *sin consultar al pueblo maya ni obtener su consentimiento informado*.

En el **Caso Sawhoyamaxa vs. Paraguay**, la Corte garantiza la consulta de los pueblos indígenas para consensuar la entrega de tierras alternativas cuando las tradicionales no puedan serle restituidas. Así ha dicho: *“Una vez que se ha demostrado que el derecho de recuperación de las tierras tradicionales perdidas está vigente, corresponde al Estado realizar las acciones necesarias para devolverlas a los miembros del pueblo indígena que las reclama. No obstante, conforme lo ha señalado la Corte, cuando el Estado se vea imposibilitado, por motivos objetivos y fundamentados, de adoptar medidas para devolver las tierras tradicionales y los recursos comunales a las poblaciones indígenas, deberá entregarles tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión”*.<sup>104</sup>

En el **Caso Saramaka vs. Suriname**, la Corte hace referencia a la consulta estableciéndola como mecanismo a los fines de la delimitación del territorio indígena. Así estableció:

*“(…) que más que un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener el título de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra. Este título debe ser reconocido y respetado, no sólo en la práctica, sino que en el derecho, a fin de salvaguardar su certeza jurídica. A fin de obtener dicho título, el territorio que los miembros del pueblo Saramaka han usado y ocupado tradicionalmente debe ser primero demarcado y delimitado, a través de **consultas** realizadas con dicho pueblo y con los pueblos vecinos. Sobre este particular, la Corte ha*

---

<sup>104</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 135.



*declarado previamente que el reconocimiento estrictamente jurídico o abstracto de las tierras, territorios o recursos de los indígenas pierde verdadero significado cuando no se ha establecido ni delimitado físicamente la propiedad*<sup>105</sup>.

Asimismo, la Corte sostuvo en este caso que el Estado debía garantizar que no se emitiera ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realizaran un estudio previo de impacto social y ambiental con el objeto de preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tenían con su territorio, la cual a su vez, garantizaba su subsistencia como pueblo tribal.<sup>106</sup>

Precisamente la Corte sostuvo también que, al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes.<sup>107</sup>

Las consultas deben realizarse *de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo*. Asimismo, se debe consultar con el pueblo indígena en cuestión, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado.<sup>108</sup>

Destaca la Corte en el caso en análisis que el Estado, asimismo, debe asegurarse de que los miembros del pueblo indígena tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria.

En cuanto al *consentimiento* libre, informado y previo, la Corte considera que el Estado tiene la obligación de consultar a la comunidad indígena en cuestión y obtener su

---

<sup>105</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrafo 115.

<sup>106</sup> Ob. Cit. Párrafo 129.

<sup>107</sup> Ob. Cit. Párrafo 133

<sup>108</sup> Ob. Cit. Párrafo 133 in fine.

*consentimiento*, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían impacto dentro del territorio de la comunidad.<sup>109</sup>

La Corte considera que la diferencia entre “consulta” y “consentimiento” en este contexto requiere de mayor análisis. Así señala en el fallo que: “*Es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo*”.<sup>110</sup>

Según la Corte, el artículo 21 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos no prohíbe per se la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales. Sin embargo, si el Estado quisiera restringir, legítimamente, los derechos a la propiedad comunal de los miembros del pueblo debe consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente, compartir los beneficios razonables con ellas, y realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social.<sup>111</sup>

En el caso en análisis, la Corte determinó que el Estado no permitió la participación efectiva del pueblo Saramaka, de conformidad con sus tradiciones y costumbres, en el proceso de la toma de decisiones respecto de las concesiones madereras y, a su vez, los miembros del pueblo Saramaka no recibieron ningún beneficio de la extracción maderera en su territorio.<sup>112</sup>

Concluyendo, en este caso el Tribunal estableció que, para que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias: primero, efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular y entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; segundo, realizar un estudio de impacto ambiental; y tercero, en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus tradiciones y costumbres.

---

<sup>109</sup> Ob. Cit. Párrafo 134.

<sup>110</sup> Ob. Cit. Párrafo 135.

<sup>111</sup> Ob. Cit. Párrafo 126 y 129.

<sup>112</sup> Ob. Cit. Párrafo 154 y 155.

En el **Caso Sarayaku vs. Ecuador**<sup>113</sup>, la Corte analizó si el Estado respetó y garantizó adecuadamente los derechos del pueblo indígena Sarayaku que se alegaban violados, al haber otorgado un contrato para exploración y explotación petrolera sobre el territorio indígena a una empresa privada.

En el proceso, la Comisión alegó que el Estado violó el artículo 21 de la Convención, y sostuvo que en base a dicho artículo y en la jurisprudencia de los órganos del sistema, para el momento de la firma del contrato con la empresa petrolera, el Estado tenía la obligación de *consultar* de forma previa, libre e informada a sus miembros, para que tuvieran la posibilidad de participar en este proceso y, de considerarlo pertinente, interponer recursos judiciales.<sup>114</sup>

Asimismo, sostuvo que la obligación de consulta previa, libre e informada al pueblo Sarayaku con garantías apropiadas está determinada por la *interpretación evolutiva* del artículo 21 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos en relación con los derechos de los pueblos indígenas y la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT.

La Comisión alegó que, en relación al artículo 13 de la Convención, en el marco de la consulta, el Estado debió asegurarse de suministrar información clara, suficiente y oportuna, sobre la naturaleza y el impacto de las actividades que se buscaban realizar y sobre el proceso de consulta previa, dado que el acceso a la información es vital para un adecuado ejercicio del control democrático de la gestión estatal respecto de las actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en el territorio de las comunidades indígenas, un asunto de evidente interés público.

A la vez, en relación con el artículo 23 de la Convención, la Comisión mencionó que, al no informar ni consultar al pueblo Sarayaku sobre el proyecto que impactaría directamente su territorio, el Estado incumplió sus obligaciones, conforme a los principios del derecho internacional y de su derecho interno, de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los pueblos indígenas puedan participar a través de sus propias instituciones y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, en la

---

<sup>113</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Indígenas Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012.

<sup>114</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Indígenas Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párrafo 125.

toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en la vida cultural y social de los pueblos indígenas.<sup>115</sup>

Los representantes de las comunidades indígenas alegaron<sup>116</sup> que el Estado firmó el contrato con la petrolera sin consultar y sin lograr el consentimiento de la comunidad, y además también permitió y apoyó (mediante la “militarización”) la incursión ilegal de la compañía petrolera en el territorio, a pesar del repetido rechazo de la comunidad.

La Corte sostuvo que el otorgamiento y posterior implementación de la concesión petrolera se llevó a cabo sin que el Estado garantizara la participación efectiva de los miembros de la comunidad por medio de la consulta y el consentimiento previo, libre e informado, según sus tradiciones y costumbres, de modo que se beneficiaran razonablemente del plan, y sin haberse realizado un estudio previo de impacto social y ambiental por una entidad independiente bajo la supervisión del Estado.

El Estado alegó que, al suscribir el contrato de exploración y explotación petrolera con la empresa privada en 1996, no tenía obligación alguna de iniciar un proceso de consulta previa, ni tampoco de obtener el consentimiento libre, previo e informado de Sarayaku, dado que aún no había ratificado el Convenio N° 169 de la OIT y que la Constitución de ese entonces no contenía disposición alguna en este sentido, por lo que, con base en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, era una obligación jurídicamente inexistente para el Ecuador.<sup>117</sup>

El Estado señaló en el proceso que, si bien no existía una obligación de consulta previa, se consideró que la participación de los pueblos indígenas en los asuntos que les son inherentes y el derecho a ser consultados es fundamental para su desarrollo social y cultural. Sin embargo, alegó que no existe norma alguna que faculte a las comunidades indígenas a ejercer un “derecho de veto” sobre una decisión del Estado respecto a la explotación de sus recursos naturales, en especial aquellos bajo la superficie.<sup>118</sup>

Los representantes alegaron que la concesión sin consulta a un tercero por parte del Estado sobre el territorio del pueblo vulneró su derecho a la cultura, dada la especial vinculación con su territorio.<sup>119</sup>

---

<sup>115</sup> Cf. Ob. Cit. Párrafo 126.

<sup>116</sup> Cf. Ob. Cit. Párrafo 127.

<sup>117</sup> Cf. Ob. Cit. Párrafo 128.

<sup>118</sup> Cf. Ob. Cit. Párrafo 129.

<sup>119</sup> Cf. Ob. Cit. Párrafo 137.

En este caso la Corte señaló que el artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporeales que se desprendan de ellos.<sup>120</sup> Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.<sup>121</sup> Estas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero merecen idéntica protección del artículo 21 de la Convención Americana.

La obligación de consultar a las comunidades y pueblos indígenas sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.<sup>122</sup>

En cuanto al momento de la consulta, la Corte sostuvo que los procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad

---

<sup>120</sup> Cf. Ob. Cit. Párrafo 156.

<sup>121</sup> Cf. Ob. Cit. Párrafo 157.

<sup>122</sup> Of. Ob. Cit. Párrafo 166.



con los estándares internacionales pertinentes.<sup>123</sup> Asimismo, la Corte sostuvo que se debe consultar de conformidad con sus propias tradiciones y garantizar que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos del proyecto. El incumplimiento de esta obligación, o la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados.<sup>124</sup>

La Corte también se refirió a la consulta en el **Caso Moiwana vs. Suriname** para la determinación de los límites de las tierras de las comunidades indígenas, al indicar que “si hubiera una disputa sobre límites, esto sería decidido en consulta con los ancianos y jefes de la aldea, de conformidad con su tradición y con la norma consuetudinaria”.<sup>125</sup> Asimismo, este fallo habilita la consulta con las comunidades indígenas para acordar las medidas de seguridad en sus aldeas a los fines de regresar a las mismas cuando han tenido que abandonarlas por expulsiones o éxodo forzoso.<sup>126</sup>

A la fecha de este trabajo de investigación se encuentra pendiente de resolución ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos el **Caso 12.639, “Pueblos de Kaliña y Lokono vs Suriname”**, en manos del órgano jurisdiccional desde el 26 de enero de 2014.

En la nota de remisión del caso por la Comisión a la Corte para someterlo a su jurisdicción<sup>127</sup>, el día 26 enero de 2014, la Comisión sostuvo que el Estado violó los derechos de propiedad de los Pueblos Kaliña y Lokono establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, al (i) otorgar títulos de propiedad a personas no indígenas dentro del territorio de los Kaliña y Lokono; (ii) establecer y mantener las Reservas Naturales WiaWia, Galibi y WaneKreek; y (iii) otorgar una concesión minera y autorizar actividades mineras dentro de su territorio tradicional, todo esto *sin realizar un proceso de consulta* dirigido a obtener su consentimiento libre, previo, e informado de conformidad con los estándares interamericanos.

---

<sup>123</sup> Cf. Ob. Cit. Párrafo 167.

<sup>124</sup> Cf. Ob. Cit. Párrafo 177.

<sup>125</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas). Pág. 28 y párrafo 133.

<sup>126</sup> Cf. Ob. Cit. Párrafo 212.

<sup>127</sup> Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12639NdeRes.pdf>. Consultado el 6 de agosto de 2015.

La petición originaria de los pueblos indígenas de Kaliña y Lokono del Río Bajo Marowijne contra la República de Surinam fue recibida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 16 de febrero de 2007.

En esa oportunidad los peticionantes alegaron que el Estado de Surinam había violado los derechos protegidos en los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 21 (derecho a la propiedad privada) y 25 (derecho a la protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los artículos 1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de los Pueblos de Kaliña y Lokono. Asimismo alegaron que las presuntas víctimas habían habitado sus territorios en el Río Bajo Marowijne, en el noreste de Surinam, durante miles de años, y que de conformidad con el derecho internacional tienen derechos ancestrales sobre sus tierras, territorios y recursos naturales. Afirmaron que Surinam había violado sus derechos, principalmente debido a (i) la falta de reconocimiento de su personalidad jurídica en la legislación interna; (ii) la emisión de títulos de propiedad individuales en favor de personas no indígenas sobre sus tierras tradicionales; (iii) el otorgamiento de concesiones y permisos mineros en los territorios del Bajo Marowijne; (iv) el establecimiento de tres reservas naturales en sus territorios; y (v) la ausencia de protecciones judiciales adecuadas y efectivas para demandar el amparo de sus derechos humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifestó en relación al fondo de este caso en su **Informe N° 79/13** del 18 de julio de 2013 que a través de los desarrollos en las normas y en la jurisprudencia, el derecho internacional ha dado contenido específico al derecho de los pueblos indígenas a ser *consultado* sobre situaciones que puedan afectar su territorio, y el correspondiente deber del Estado de llevar a cabo *consultas previas*.

Remarcó que el derecho de los pueblos indígenas a la *consulta previa, libre e informada* se deriva de su derecho de autodeterminación, de conformidad con el cual los pueblos indígenas pueden “provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural” y pueden “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales para que no se los prive de sus propios medios de subsistencia”.

Sobre este aspecto, la CIDH ha recordado que los Estados tienen *el deber* de consultar a los pueblos indígenas respecto de *cualquier* actividad o proyecto económico que afecte sus territorios y recursos naturales, incluyendo los casos en los que un Estado busque explotar recursos mineros en tierras indígenas. El derecho a la consulta comprende el *deber*

*positivo* de los Estados de proporcionar mecanismos adecuados y efectivos para buscar obtener un consentimiento libre, previo e informado de conformidad con las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, antes de llevar a cabo actividades que puedan afectar adversamente sus intereses o sus derechos a la propiedad de sus tierras, territorios o recursos naturales.

En este Informe pese a sostener que la consulta debe realizarse cualquiera sea la actividad o proyecto, la Comisión Interamericana destaca los de gran envergadura (en el sentido que no podrá omitirse) ya que sostiene ha aplicado estos principios en distintos contextos, incluso en relación con mega proyectos de infraestructura o desarrollo, tales como autopistas, canales, represas, puertos y proyectos similares, así como también en relación con concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales en tierras ancestrales que puedan tener un impacto especialmente profundo en los pueblos indígenas al poner en peligro sus territorios y los ecosistemas dentro de sus territorios.<sup>128</sup>

---

## REFLEXIONES FINALES

Advertimos que desde fines del siglo XX se ha reconocido al sujeto colectivo “pueblos indígenas” como portador de un amplio espectro de derechos que deben ser promovidos, respetados y protegidos por los Estados donde aquellos habitan. El objetivo es asegurar a los miembros de dichos pueblos el goce, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población, y a promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones propias.

El derecho de consulta es uno de esos derechos que ha entrado en escena en la actualidad como un mecanismo eficaz para propender a la protección integral de los derechos de esos pueblos. Así, los instrumentos internacionales señalados y la doctrina y la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte

---

<sup>128</sup>Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12639FondoEs.pdf> párrafo 118 a 121. Consultado el 6 de agosto de 2015.

Interamericana de Derechos Humanos lo han contemplado y continúan desarrollando su contenido y extensión.

Este trabajo ha permitido concluir, desde la órbita del sistema interamericano de derechos humanos, que en los supuestos de proyectos de explotación y/o extracción de recursos naturales en territorios indígenas, ya sean generados desde el Estado o por parte de empresas privadas con concesión estatal para llevarlos a cabo, es necesario consultar a dicho pueblos respecto del emprendimiento, de manera tal de conocer su opinión (lo que en muchos casos conlleva el derecho a obtener un consentimiento expreso y por ende a oponerse a determinada iniciativa) y contribuir al asesoramiento y a la asistencia de los pueblos indígenas cuando puedan resultar afectados por esos proyectos tanto sea de manera directa o indirecta.

El desarrollo de este instituto del derecho de consulta de los pueblos indígenas ha sido formidable en los últimos años en América. Sin embargo, es paradójico que en un continente donde se produjo una conquista que aparejó el aniquilamiento de los pueblos indígenas, su cultura y sus derechos, pero donde desde hace décadas los Estados se jactan de proteger a los pueblos originarios que aún subsisten y de promover sus derechos a través de la legislación nacional e internacional y con determinadas políticas estatales, aún se sigan produciendo importantes violaciones a sus derechos, especialmente cuando de los recursos naturales de sus territorios se trata.

Bregamos para que el derecho a la consulta permita prevenir la vulneración de muchos derechos de los que son titulares los pueblo indígenas, especialmente en el ámbito abordado en este trabajo de investigación, de manera tal de cumplir con los propósitos, los fines y el respeto del derecho internacional en la materia.

## BIBLIOGRAFÍA

Berraondo López, Mikel. *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto. España, 2006.

Castrillón Orrego, Juan Diego. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Madrid, 2012.

Clavero, Bartolomé. “El derecho indígena entre el derecho constitucional y el derecho interamericano, Venezuela y Awas Tingui”. En *Revista IIDH*, Volumen 39, 2004, pág. 257-292.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. Consultado el 12 de mayo de 2013. Disponible en: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.III-IV.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*. 12 de octubre de 2004.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre el acceso a la justicia e inclusión social (El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia)* Doc. OEA/Ser. L/V/II, Doc. 38. 28 de junio de 2007.

Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, 2001. Consultado el 18 de julio de 2013. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/comun/docs/?symbol=A/CONF.189/12>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Pueblo Indígenas Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Serie C N° 245. Sentencia de 27 de junio de 2012.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Caso Comunidad Indígena Hoktekt’Oi Pueblo Wichí c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s. amparo*. 8 septiembre 2003.



Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, 2001. Consultado el 18 de julio de 2013. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/comun/docs/?symbol=A/CONF.189/12>

James Anaya. *Peritaje sobre Consulta y Consentimiento*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Consultado el 28 de julio de 2013. Disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/757-anaya-consulta-cidh.html>

Observatorio Petrolero Sur. “Inversiones chinas en Argentina: claves del nuevo escenario energético”. En *Revista del Observatorio Petrolero Sur*. Argentina, Agosto, 2011.

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Colombia (ONU). *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada*. Colombia, 2008.

Organización de Estados Americanos (OEA). Declaración Americana de Derechos Humanos. OEA, 1948.

Organización de Estados Americanos (OEA). Convención Americana de Derechos Humanos. OEA, 1969.

Organización de Estados Americanos (OEA) Proyecto de Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. OEA/Ser.K/XVIGT/DADIN/doc.416/12. 9 de abril de 2012.

Organización de Estados Americanos (OEA). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 58 del 24 diciembre 2009.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación. Doc.A/HRC/13/33/Add.2 *Las adquisiciones o arrendamientos de tierras en gran escala: conjunto de principios mínimos y medidas para tener en cuenta los derechos humanos*. 28 de diciembre de 2009.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). Consejo de Derechos Humanos. Doc. A/HRC/21/XX/Add.Y. *Informe del Relator Especial James Anaya sobre los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*. Julio, 2012.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). Consejo de Derechos Humanos. Doc. A/HRC/24/41. *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*. 1 de julio de 2013.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Resolución A/Res/61/295, Asamblea General, 2007.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos*. Colombia, 2008.

Organización de Naciones Unidas (ONU). Asamblea General. Declaración sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social. Resolución 2542 (XXIV), 1969.

Organización de Naciones Unidas (ONU). Asamblea General. Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4.

Organización de Naciones Unidas (ONU). Declaración sobre el derecho al desarrollo. Asamblea General, ONU, 1986.

Organización de Naciones Unidas (ONU). Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Olivier De Schutter*. Las adquisiciones o arrendamientos de tierras en gran escala: conjunto de principios mínimos y medidas para tener en cuenta los derechos humanos. Doc.A/HRC/13/33/Add.2, 28 de diciembre de 2009.

Organización de Naciones Unidas (ONU). Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

Organización de Naciones Unidas (ONU). Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

Organización de Naciones Unidas (ONU). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Doc. A/Res/61/295. 10 de diciembre de 2007.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. 1989

Organización Internacional del Trabajo (OIT). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.

Özden, Melik y Golay, Christophe. *El derecho de los pueblos a la autodeterminación y a la soberanía permanente sobre sus recursos naturales desde la perspectiva de los derechos humanos*. Programa de Derechos Humanos del Centro de Europa-Tercer Mundo (CETIM), 2012.

Torre Cuadrada García Lozano, Soledad. "Identidad Indígena". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 17, Madrid, 2013

TorreCuadrada García Lozano, Soledad. “La cooperación europea y española con los pueblos indígenas y sus mujeres”. En *Revista Sistema* N°219, Diciembre de 2010, pág. 163-180.

TorreCuadrada García Lozano, Soledad. *Los derechos indígenas sobre sus territorios y los recursos que se encuentran en ellos*. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián. Ed. J. Soroetea Liceras, Universidad del País Vasco, 2013.

TorreCuadrada García Lozano, Soledad. “Medio ambiente y América Latina II: Pueblos Indígenas”. En *Manual sobre Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Editorial Cameron May, 2011. Pág. 522-547.

TorreCuadrada García Lozano, Soledad. “La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: antecedentes, consecuencias y perspectivas”. En *Revista de Estudios Internacionales*, N°165, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 2010., pág. 7-32.