



# EL DERECHO ES EL CONSENTIMIENTO, LA CONSULTA UN PROCEDIMIENTO: REFLEXIONES DESDE AMÉRICA LATINA SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA

SILVIA GABRIELA RUIZ CERVANTES\*

## Resumen

El derecho a la consulta se presenta en la actualidad como una de las principales herramientas jurídicas frente a los problemas causados por la mercantilización de recursos naturales que provocan el despojo de los territorios de los pueblos indígenas de América Latina a través del establecimiento de proyectos de desarrollo. Sin embargo, un medio no puede considerarse como un derecho o como un fin. Se encuentra, de esta forma, el auténtico derecho en el consentimiento libre, previo e informado (CLPI) y en la consulta uno de sus posibles procedimientos. Por ello, en este trabajo se expondrá un análisis del marco jurídico internacional sobre el CLPI exponiendo los alcances y la importancia de subrayar su obligatoriedad y garantía bajo los estándares internacionales de derechos humanos. Siendo este derecho una de las vías de emancipación de los pueblos indígenas para la defensa de sus tierras, territorios, recursos naturales y cultura en el marco de su autonomía y desarrollo propio. Este artículo pretende aportar razones suficientes para que se considere la aplicación obligatoria del CLPI en el discurso del derecho tanto a nivel nacional, regional e internacional, así como continuar suscitando el debate sobre la cuestión.

**Palabras clave:** derechos, CLPI, desarrollo, pueblos indígenas.

## Abstract

*Nowadays the right to consultation represents one of the foremost legal instruments against the problems caused by the commodification of natural resources, such as the seizure of historical indigenous people territories in Latin America, originated by settling projects of development in those areas. Nonetheless, it's not possible to consider the right to consultation as a right or goal by itself while it's only considered as a mean. We can find in this formula that the core is, in fact, the right of free, prior, and informed consent (FPIC), and consultation would be one of its means only as a procedure. We would analyze, in this way, the international legal framework related with FPIC, exposing its scope and the importance*



*of its obligatoryness and its compliance under the international human rights standards. Being this right one of the emancipation forms indigenous people use to defend their lands, territories, natural resources and culture under the scheme of their autonomy and own development. From this point, we would provide enough reasons to consider the mandatory application of FPIC in the discourse of Law in national, regional and international levels, as well as to continue the discussion of this topic.*

**Keyword:** rights, FPIC, development, indigenous people.

El origen de conflictos graves con los pueblos indígenas es la disputa de sus tierras, territorios y recursos naturales vinculados al capitalismo asociado al crecimiento exponencial que ha experimentado el modelo de acumulación durante las últimas décadas. Razón por la cual, los pueblos indígenas han visto sus derechos en constante amenaza por el modo de operar del capitalismo a través del despojo sobre la naturaleza teniendo como fin último el acceso a los recursos naturales y la biodiversidad (Composto y Navarro, 2012).

Para tener más clara la violación de derechos a pueblos indígenas que conlleva los procesos de acumulación, en específico en cuanto al despojo de tierras, territorios y recursos naturales, se hará referencia a uno de los ejes de análisis que es la visión hegemónica de la noción de desarrollo<sup>1</sup>. Concebida como la

1 Esta visión de desarrollo atada al libre mercado la encontramos en el Consenso de Washington que contiene diez puntos a seguir: 1) Disciplina presupuestaria de los gobiernos, 2) Reorientación del gasto gubernamental hacia áreas de educación

única forma de salir de la pobreza y la única vía de progreso, sin reconocer las distintas formas de vida de cada grupo o personas como los son los pueblos indígenas, creándose así una dinámica de exclusión y discriminación

Las violaciones a los derechos son cometidas por el Estado<sup>2</sup> cuando otorga concesiones y/o permisos para explotar recursos naturales; por parte de los organismos financieros cuando otorgan dinero para invertir en proyectos de desarrollo y por empresas extractivas que solo pretenden obtener la mayor ganancia posible (lógica inherente al modo de producción capitalista). Ante esta situación, la consulta previa aparece como un derecho de los pueblos indígenas, sin embargo, esta ha llegado a la etapa de arreglos y/o precedimentalización, es decir, los conflictos colectivos se han transformado en meros procesos de negociación (Garavito, 2012).

En consecuencia, los Estados, organismos internacionales y las empresas se enfocan principalmente en cumplir con los requisitos que contiene

y salud, 3) Reforma fiscal o tributaria, con bases amplias de contribuyentes e impuestos moderados, 4) Desregulación financiera y tasas de interés libres de acuerdo al mercado, 5) Tipo de cambio competitivo, regido por el mercado, 6) Comercio libre entre naciones, 7) Apertura a inversiones extranjeras directas, 8) Privatización de empresas públicas, 9) Desregulación de los mercados, y 10) Seguridad de los derechos de propiedad.

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

la consulta, en lugar de ir al fondo del problema, que es el despojo de los territorios y recursos naturales, violentando los derechos colectivos de los indígenas reconocidos a nivel internacional. Derechos reclamados con persistencia por los pueblos por el simple hecho de ser sujetos colectivos preexistentes a los Estados modernos quienes les negaron históricamente su identidad y sus formas de gobierno (Garcés, 2013).

Así, resulta importante poner en el debate académico y de los movimientos el CLPI como un derecho de los pueblos indígenas para frenar las dinámicas de expansión constante (en términos productivos y geográficos) que tienden a la acumulación incesante que dicho modelo tiene como eje rector (Composto, Navarro, 2012).

### **Capitalismo, desarrollo y pueblos indígenas**

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

En ese sentido, se propuso una concepción dualista entre países desarrollados y en vías de desarrollo o subdesarrollados (Truman, 1949). Así nacían las ideas de “primer” y “tercer” mundo planteadas por primera vez en

1952 (Rajagopal, 2005), que venían a ocupar el lugar de antiguas divisiones entre pueblos cristianos y no cristianos (conquista) o entre civilización y barbarie (Grosfoguel, 2008). En aquella ocasión se señaló, desde la visión de los economistas de los países desarrollados, que los países en vías de desarrollo o subdesarrollados habrían de requerir de la capacidad económica de los países industrializados para aumentar su calidad de vida y así salir de la pobreza. En otras palabras, se planteaba el crecimiento económico y el desarrollo como única vía para crecer y llegar a ser un país de primer mundo<sup>3</sup> (Rajagopal, 2005).

Desde entonces, el modelo de desarrollo capitalista tomó fuerza como patrón de poder mundial, y se fue imponiendo como si fuera el único modelo a seguir, sobre todo después de la caída del muro de Berlín y el final de la Guerra Fría, cuando se trató de demostrar con ese hecho que el modo de producción del socialismo real había sido un fracaso. Sin embargo, el modelo de desarrollo economicista ha ido en constante avance y, a pesar de ello, no parece estar cumpliendo con las necesidades de los pueblos (Linz, 2000, 2001)<sup>4</sup>. Por el contrario, en mu-

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

4 En el Informe de la primera experta independiente de Naciones Unidas Anne Marie Linz, Los

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

Este juego de poder y dominación tiene una relación histórica con las concepciones coloniales que se impusieron en América desde la denominada conquista. Desde entonces, la construcción política, social y cultural de la relación entre ambos mundos se basó en la idea de que los pueblos indígenas eran una raza inferior, arcaica y primitiva que debe entrar en la dinámica de la modernidad para poder desarrollarse y salir de la pobreza de ese mundo atrasado en el que viven (Stavenhagen, 2007).

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

de identidades (Quijano, 2000), colocando a estos en un nivel de subordinación.

La lógica de inferioridad que surgió en la colonia sigue presente en el discurso de la modernidad capitalista del siglo XXI, pues se construyen megaobras en los territorios de los pueblos y comunidades indígenas alegando la necesidad y conveniencia de cambios socioeconómicos para solucionar sus problemas de pobreza, lo que, sin embargo, genera violaciones de derechos humanos tales como el de autonomía y la libre determinación, afectando la vida diaria de los pueblos indígenas (Stavenhagen, 2007).

Esta concepción de desarrollo economicista provoca problemas de discriminación<sup>5</sup>, exclusión social<sup>6</sup> y despojo de la naturaleza, siendo el último uno de los signos distintivos del capitalismo contemporáneo, como una vía para la privatización y mercantilización de los recursos naturales a favor de las empresas transnacionales (Composto y Navarro, 2014).

El discurso hegemónico del desarrollo economicista profundiza la situación de pobreza y marginación (Ramírez e Isauro, 2010), contrario a la premisa principal de la idea original de

derechos humanos y extrema pobreza E/CN.4/2000/52. La experta reconoce que si bien la liberalización de los intercambios y la mundialización deberían generar múltiples posibilidades para los países en desarrollo, es preciso admitir que han consolidado los mecanismos de exclusión en el desarrollo de numerosas economías.

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

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

desarrollo que supondría la posibilidad de superarlas. Esta cuestión deja claro que su meta no es el bienestar de los pueblos indígenas y que, por el contrario, ha contribuido a aumentar la violencia y pobreza. El discurso/práctica hegemónico de desarrollo economicista no ha respondido a las demandas de los pueblos, pues concebir al desarrollo como sinónimo de crecimiento económico no es la solución a los problemas (Stavenhagen, 2007).

Lamentablemente, el Estado, en lugar de ofrecer soluciones justas para los pueblos acordes a los derechos humanos, los criminaliza (CNDH, 2013)<sup>7</sup> por proteger sus territorios sagrados frente a planes de desarrollo, intensificando de este modo la violación masiva de sus derechos.

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

7 Para dar ejemplos en México en el 2006, 22 personas defensoras han sido asesinadas por motivos relacionados por las causas que defendían y se desconoce el paradero de seis. El caso más crítico es en el 2011 porque se registró un incremento del 23% - 48 quejas en 2010, 59 en 2011 y 51 en 2012.

varios documentos (uno de ellos es la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo<sup>8</sup>) plantea que pueden existir tantas nociones de desarrollo como tantos pueblos existan: es así que la pregunta a la que se debe dar respuesta es entonces ¿qué tipo de desarrollo propio quieren?

Dentro de este marco del desarrollo propio, es importante resaltar que el derecho al CLPI (que será explicado con mayor detalle en el siguiente apartado) es clave porque se convierten en el instrumento que permite recoger las necesidades de los pueblos indígenas frente a proyectos de desarrollo.

### **Consentimiento Libre, Previo e Informado**

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

La necesidad del derecho al consentimiento se debe a que permite garantizar cuestiones relacionadas con la vida de los pueblos indígenas. A través de su implementación y obtención se

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

garantizan las necesidades reales y derechos de los pueblos indígenas frente al despojo de recursos que ha operado en toda América Latina, de forma acentuada en las últimas décadas.

El derecho al consentimiento<sup>9</sup> cuenta con los siguientes principios que lo complementan para su pleno ejercicio:

*Libre:*

Se dice que el consentimiento es libre cuando existe la posibilidad de que los pueblos emitan su consentimiento sin coacción, intimidación o manipulación que limite su derecho y siguiendo su ritmo de tiempo para evitar que sean presionados ante la toma de una decisión que podría cambiarles la vida.

*Previo:*

El consentimiento debe obtenerse con antelación a cualquier actividad relacionada con la decisión que tomarán los pueblos para emprender el proceso, porque de nada sirve obtener con posterioridad el consentimiento si ya surtieron efecto las afectaciones sobre sus territorios.

Cabe mencionar, que en cuanto a la obtención del consentimiento previo, la Corte colombiana, en una sentencia que emitió en el 2011, ha subrayado que debe obtenerse el consentimiento con anterioridad en adopción de la medida, porque en caso contrario, los

9 Regulados en la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Artículos 10, 29 y 32. Y señalados por el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, 2005.

pueblos no tendrían la oportunidad de incidir en el proceso y se encontrarían frente a una decisión unilateral, que es lo que se quiere evitar.

*Informado:*

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

La Corte Constitucional colombiana (2011) ha establecido que este principio no puede limitarse a cumplir con una simple función informativa, sino que también debe ayudar a los pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes.

De igual forma, el Relator Especial, James Anaya, ha destacado que para tomar cualquier tipo de decisión, los pueblos, necesitan que se les proporcione información clara y precisa sobre los aspectos del proyecto que les afectará (Anaya, 2009).

*Buena fe:*

La buena fe debe crear espacios de sinceridad y respeto recíproco entre los pueblos y autoridades presentes. Permite generar consensos a través de un clima de transparencia y confianza que propicie un diálogo significativo (Melo, 2013).

Siguiendo los principios mencionados, el Foro Permanente para las Cuestiones

Indígenas<sup>10</sup>, ha hecho una interpretación de éstos para su aplicación (2005):

- a) No debe haber coerción, intimidación ni manipulación.
- b) Debe tratar de obtenerse el consentimiento con suficiente antelación
- c) Debe proporcionarse información que incluya las zonas que se verán afectadas, evaluación del impacto económico, social, cultural y ambiental.
- d) La información debe ser precisa y revestir una forma accesible y comprensible.
- e) Las partes deben establecer un diálogo que les permita hallar soluciones adecuadas en una atmósfera de respeto recíproco con buena fe, y una participación plena y equitativa.

Es importante que tengamos presentes estos principios porque si no se cumple con uno de ellos, se estaría violando el derecho al consentimiento.

### **Marco Internacional del derecho al Consentimiento, Libre, Previo e Informado**

El CLPI está normado en el Convenio 169 de la OIT (1989) y en la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos

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

Indígenas, DNAUDPI (2007)<sup>11</sup>, en ambos regula que la finalidad de la consulta<sup>12</sup> es llegar al CLPI, y se obliga al Estado a realizar consultas de acuerdo a sus costumbres y respetando sus instituciones representativas, siempre orientadas a la obtención del CLPI (Clavero, 2010).

En este sentido, el Relator de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, en su último informe especial mencionó que el CLPI es la regla general para realizar cualquier actividad extractiva (Anaya, 2013). Asimismo, existen supuestos en los documentos internacionales que le dan fuerza vinculante al CLPI.

En el Convenio 169 de la OIT (1989) y que aún sigue vigente, encontramos un primer supuesto en el artículo 16.2 que va en esta dirección:

#### **a) Desplazamiento de su lugar de origen**

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtener su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener

11 Regulado en el artículo 6 y 15 Convenio 169 OIT y artículo 19 y 32 de la DNUDPI

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

lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

En la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), hay tres supuestos que exigen la obtención del CLPI:

**a) Desplazamientos forzados**

Artículo 10

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

**b) Almacenamiento de materiales peligrosos en el territorio.**

Artículo 29.2

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

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

Artículo 32.2

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

Para mayor claridad, en la siguiente tabla se muestran los artículos (mencionados arriba) del Convenio 169 OIT (1989) y la DNUDPI (2007) con sus respectivos artículos que regulan la obtención obligatoria del CLPI.

Además de la legislación mencionada, existen espacios generados a nivel internacional que han hecho aportes importantes sobre la obligación de obtención del CLPI como:

**Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas**

La figura del Relator Especial forma parte del sistema de procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Rodríguez, 2012). Existen diferentes



**Tabla 1.**  
**Supuestos para la obtención obligatoria del consentimiento libre, previo e informado**

Supuestos obligatorios para la obtención del CLPI	Convenio 169 de la OIT (1989)	DNUDPI (2007)
1.- Desplazamientos forzosos.	Art. 6	Art. 10
2.- Almacenamiento de materiales peligrosos en el territorio.		Art. 29
3.- Utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo		Art 32

**Fuente:** Elaboración propia basada en el artículo 6 del Convenio 169 OIT (1989) y en los artículos 10, 29 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

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

El relator sobre pueblos indígenas realiza informes anuales ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la situación en la que viven los indígenas, realiza recomendaciones a los estados por violaciones a los derechos de dichos pueblos, le da seguimiento a las recomendaciones y produce informes de cada visita que realiza a un país solicitante (Rodríguez, 2012).

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

El exrelator especial sobre pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen (2003), se pronunció sobre la conflictividad de los proyectos impuestos en territorios

indígenas y menciona que siempre que se lleven a cabo proyectos a gran escala<sup>13</sup> en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de sus derechos humanos.

En el mismo sentido que Stavenhagen, el actual relator se ha pronunciado sobre la obligatoriedad del CLPI frente a

13 El Relator Especial para Pueblos Indígenas de la ONU, en este informe define por “gran proyecto de desarrollo” el “proceso de inversión de capital público y/o privado, nacional o internacional para la creación o la mejora de la infraestructura física de una región determinada, la transformación a largo plazo de las actividades productivas con los correspondientes cambios en el uso de la tierra y los derechos de propiedad de la misma, la explotación en gran escala de los recursos naturales incluidos los recursos del subsuelo, y la construcción de centros urbanos, fábricas, instalaciones mineras, centrales energéticas, complejos turísticos, instalaciones portuarias, bases militares y empresas similares, cuyo “objetivo [...] puede variar, desde el fomento del desarrollo económico hasta el control de las inundaciones, la generación de energía eléctrica y otros recursos energéticos, la mejora de las redes de transporte, la promoción de las exportaciones con el fin de obtener divisas, la creación de nuevos asentamientos, la garantía de la seguridad nacional, y la creación de oportunidades de empleo e ingresos para la población local”.

las actividades extractivas que realizan en sus territorios (Anaya, 2013).

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

La insistencia de la obtención obligatoria del CLPI por parte de los relatores es trascendente porque, como ellos lo han documentado, tras el proyecto de desarrollo, los pueblos indígenas sufrirán cambios sociales, económicos, políticos y culturales profundos como la pérdida del territorio que han ocupado tradicionalmente, desalojos forzosos, migración, agotamiento de recursos, contaminación del ambiente y, en algunos casos, abusos y violencia (Stavenhagen, 2003).

### Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial<sup>14</sup>

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

14 Establecido en el Artículo 8 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 2106 (XX) del 21 de diciembre de 1965 y abierta a firma el 7 de marzo de 1966.

Formas de Discriminación Racial del año 1969.

El CEDR emite recomendaciones sobre el tema de discriminación y la aplicación del Convenio. Recibe también quejas y casos sobre discriminación racial realizada por los Estados Partes, los cuales deben presentar ante el Comité informes periódicos sobre la aplicación de los derechos de la Convención. Algunas de las recomendaciones que emite el Comité a los Estados se refieren al reconocimiento y protección de tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas para que desarrollen y utilicen, además de que participen en su explotación y administración (CEDR, 2004, 2005).

También se ha pronunciado en el tema de consulta previa, recomendando que se realice a través de procedimientos adecuados como lo indican los estándares internacionales para llegar a un acuerdo (CEDR, 2004).

De igual forma, continuando con el tema de los derechos de los pueblos indígenas, en su Recomendación General N.º 23 de 1997 del CEDR establece que los pueblos deben otorgar su consentimiento en caso de que exista cualquier afectación a sus derechos, el respeto a la participación efectiva en la vida pública y que no se tome ninguna decisión que guarde relación directa con sus derechos o intereses sin su consentimiento (CEDR, 2003).

## **Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas**

El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas es un órgano asesor del Consejo Económico y Social de las Naciones<sup>15</sup> para examinar las cuestiones indígenas relacionadas al desarrollo económico y social, la cultura, la educación, la salud, el medioambiente y los derechos humanos.

Dentro de sus funciones, el Foro (2007) realiza informes que contienen posicionamientos sobre la necesidad de la obtención del CLPI ante proyectos que los afectarán en sus derechos, y que ello es un principio a seguir para que los pueblos administren y desarrollen sus tierras, territorios y recursos naturales imprescindibles para la existencia de su cultura.

Asimismo, ha realizado un taller sobre el tema de la obtención del CLPI de los pueblos indígenas frente a medidas que los afecten. Ese taller se impartió en el 2005 para evaluar instrumentos y prácticas del CLPI, hacer recomendaciones sobre los resultados y crear una metodología para su aplicación. En el taller se identificó que se debe obtener el CLPI cuando, exista relación con tierras, territorios y lugares sagrados; exista exploración o explotación

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

de territorios y recursos indígenas; y cuando existan políticas y legislación que afecte a los indígenas.

También se detallaron los principios que debe contener el CLPI, que sirven como guía para su aplicación. Son la ausencia de coerción o manipulación; respeto por el tiempo requerido por los pueblos; y el suministro de información completa sobre el motivo del proyecto, su naturaleza y alcance, los posibles riesgos y las posibilidades de beneficio para los pueblos afectados.

Adicionalmente, el Foro recomienda que todos los Estados Parte del Convenio 169 de la OIT (1989) lo apliquen, ya que es fundamental para los pueblos indígenas estar informados sobre las consecuencias del uso y explotación de los recursos naturales de sus territorios, a través de consultas con el fin de llegar al CLPI. Esto permitirá evitar conflictos futuros, al tiempo que permitirá lograr la plena participación de los pueblos indígenas en los mecanismos de consulta, las evaluaciones del impacto ambiental y del impacto sociocultural.

## **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Es un órgano judicial de la Organización de los Estados Americanos (OEA)<sup>16</sup> que tiene su sede en San José, Costa Rica, cuya función es aplicar e interpretar la

16 La OEA fue fundada en 1948 con el objetivo de lograr en sus Estados Miembro, un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia.

Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados de Derechos Humanos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

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

En la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos existen casos referentes a la afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas como el *Yake Axa vs Paraguay* (2005), *Saramaka vs Surinam* (2007) y *Sarayaku vs Ecuador* (2012), a través de los cuales la CIDH se ha pronunciado a favor del derecho a la consulta previa y la obtención obligatoria del CLPI.

De los casos mencionados que ha resuelto la CIDH, la sentencia *Saramaka vs Surinam* ejemplifica la obligatoriedad de la obtención del CLPI (Saramaka, 2007). Esta sentencia es muy significativa porque establece criterios fundamentales para determinar cuándo es obligatorio que el Estado obtenga el CLPI de los pueblos.

## En defensa del Consentimiento Libre, Previo e Informado

A pesar del esfuerzo que se hizo por parte de los indígenas para incorporar el derecho al CLPI en el Convenio 169 OIT (1989), se encontraron resistencias por parte de los estados y empresas para su implementación. Ante esta presión, es que surgió el derecho a la consulta como el derecho de los pueblos indígenas para defender su territorio, debilitando al CLPI. (Garavito, 2012)

A raíz del Convenio 169 OIT (1989), fueron surgiendo varios documentos internacionales que establecen claramente que para alcanzar el CLPI de los pueblos se utiliza la consulta previa como derecho procedimental, ya que es una manera para abrir el diálogo entre el pueblo y Estado. Sin embargo, la tendencia ha sido a no concentrarse en el CLPI, sino en las particularidades del proceso de la consulta (Díaz-Polanco, 2011). En ese sentido, la consulta previa se vuelve en un discurso a favor de las empresas y el Estado, y en definitiva, en un discurso jurídico hegemónico de globalización (Garavito, 2012) que, a su vez, constituye una pieza fundamental para implementar el (supuesto) desarrollo económico y el neoliberalismo.

De esta forma, se genera una reapropiación del discurso de los derechos humanos por parte de estados, empresas y organismos financieros internacionales, dejando a la vista los

riesgos detrás del derecho a la consulta cuando esta no se relaciona con otros derechos y, sobre todo, cuando no se articula con el CLPI que es lo que la da fuerza vinculante.

Dentro de esta dinámica de la consulta es importante estar alerta ante el Estado, las transnacionales y organismos financieros porque tienen la capacidad de producir conocimientos y discursos para fortalecer estrategias y mecanismos a favor de la industria y así garantizar la continuidad de la acumulación de capital. Todas estas iniciativas son reacciones que tienen estos actores frente a las amenazas de los movimientos contra hegemónicos (Composto, 2012).

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

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

El problema y el debate viene hacer sobre la obligatoriedad del CLPI que se está dando en toda América Latina,

y en México existen muchos casos<sup>17</sup> que ejemplifican la relevancia y necesidad de ir más allá de la consulta previa, es decir, reconocer y aplicar el CLPI para la protección de los derechos colectivos de los indígenas.

Por ello, es aconsejable resaltar que carece de sentido realizar una consulta sin establecer la obligatoriedad de obtener el CLPI para hacer efectiva la decisión de los pueblos. La batalla que hay que librar no es solo por una consulta previa, sino por un CLPI.

### **Alcances del Consentimiento Libre, Previo e Informado**

El punto medular del conflicto sobre el CLPI es el momento de hacerlo efectivo y el alcance que este pueda tener. El debate que se plantea se refiere a su efecto obligatorio sobre los proyectos de desarrollo. Por un lado, la normatividad regula que el derecho a la consulta tiene como finalidad llegar al CLPI, además de que contiene supuestos que refuerzan su obligatoriedad; y por el otro, los Estados mencionan que la normativa no expresa precisamente un derecho al veto para la aprobación de proyectos (Due Process of law foundation, 2011).

Este problema, en principio, debería ser resuelto con las normas y referencias

<sup>17</sup> A lo largo del territorio nacional podemos encontrar ejemplos como el caso La Parota (presa), Cerro de Oro (presa), El Zapotillo (presa), Minera San Javier y REDD+ (solo por mencionar algunos) que ponen en riesgo y tensión a las comunidades indígenas.

internacionales ya mencionadas que dan luz a que la consulta debe ir encaminada al CLPI cada vez que se quieran realizar proyectos de desarrollo en territorios indígenas. Sin embargo, la obligatoriedad a implementar el CLPI por parte de los Estados, organismos internacionales y empresas se limita a su interpretación e intereses, violando los estándares internacionales de derechos humanos.

En este sentido, a pesar de la interpretación que le puedan dar los Estados y empresas al CLPI, deben tener en cuenta que no pueden tomar decisiones unilaterales que impliquen afectaciones a los derechos de los pueblos indígenas. En cambio, deberían tener como guía de conducta la práctica de realizar consultas previas con la obtención del CLPI de los indígenas afectados para demostrar el respeto a sus derechos territoriales, el manejo y uso de sus recursos naturales, además de que es parte de sus obligaciones internacionales (Due Process of law foundation, 2011).

Al respecto, en el caso de México, el Comité de Derechos Humanos señaló que:

El Estado [...] debería tomar las medidas necesarias para garantizar a las comunidades indígenas el respeto a los derechos y libertades que les corresponde individualmente y como grupo, erradicar los abusos a que se les somete, respetar sus costumbres y cultura, así como sus formas tradicionales de vida permitiéndoles

el disfrute de sus tierras y recursos naturales. Asimismo, se deben tomar medidas adecuadas para incrementar su participación en las instituciones del país, así como el ejercicio del derecho a la autodeterminación (ONU, 1999, párr. 19).

En Colombia, la Corte Constitucional en el caso de la empresa Muriel Mining (2009), ordenó al Estado detener la explotación en un yacimiento de cobre, estipulando que cuando el proyecto ponga en riesgo la supervivencia de un pueblo indígena se debe obtener el CLPI.

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

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

## Conclusiones

El despojo de tierras, territorios y recursos naturales a pueblos indígenas ha ido en aumento en el contexto de desarrollo economicista, provocando

la resistencia y existencia de movimientos que reclaman su recuperación. Ante ello, en el derecho positivo se han creado normas jurídicas para defender los derechos de los pueblos indígenas. Esta codificación establecida en el Convenio 169 OIT (1989) y la DNUDPI (2007) se traduce en la regulación del CLPI como una vía jurídica de defensa de los pueblos. También existen organismos internacionales mencionados en el artículo que posicionan la obligatoriedad de su obtención.

Los esfuerzos destinados a la regulación de este derecho ha sido una ganancia, pero aún hace falta todo un recorrido para su plena eficacia, puesto que las empresas, organismos internacionales y los estados han encontrado la manera de reapropiarse del discurso de los derechos humanos dando como resultado la legitimidad de sus acciones, a pesar de los argumentos que favorecen la exigencia del CLPI a favor de los pueblos indígenas.

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

## Referencias

- Anaya, J. (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas A/HRC/12/34*. Nueva York: ONU.
- \_\_\_\_\_. (2013). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas A/HRC/24/41*. Nueva York: ONU.
- Banco Mundial. (2005). *Observación 4.10 del sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Recuperado de <http://www.bicusa.org/wp-content/uploads/2013/08/2013-01-28-OP-4.10-IP-Policy-Presentat-n-SPA.pdf>
- Clavero, B. (2010). *Consulta y Consentimiento Previo, libre e informado a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Recuperado de [http://www.redunitas.org/Consulta\\_BC.pdf](http://www.redunitas.org/Consulta_BC.pdf)
- CNDH. (2013). *Informe sobre la situación de las y los defensores de derechos humanos en México*. Recuperado de [http://hchr.org.mx/images/doc\\_pub/Informe\\_defensoresDH\\_2013\\_web.pdf](http://hchr.org.mx/images/doc_pub/Informe_defensoresDH_2013_web.pdf)
- CIDH. (2005). *Caso Yakye Axa vs Paraguay*. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf)
- \_\_\_\_\_. (2007). *Caso Saramaka vs Surinam*. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)
- \_\_\_\_\_. (2012). *Caso Sarayaku vs Ecuador*. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)
- Comité de Derechos Humanos. (1999). *Observaciones del Comité de Derechos Humanos: México*. Nueva York: ONU.

- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. (2004). *Observaciones finales sobre Surinam CEDR/C/64/CO/9*. Nueva York: ONU.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. (2005). *Decisión 1 (67) sobre Surinam CEDR/C/DEC/SUR/4*. Nueva York: ONU.
- Composto, C. y Navarro, M. (2012). Estados, transnacionales extractivas y comunidades movilizadas: dominación y resistencias en torno a la minería a gran escala en América Latina. *Theomai*, (25), 58-78.
- \_\_\_\_\_. (2014). *La megaminería en México*. Recuperado de <http://horizontescomunitarios.files.wordpress.com/2014/02/territorios.pdf>
- Composto, C. (2012). Minería a gran escala y control social. Apuntes de investigación sobre el caso Argentino. *A contra corriente*, 3, 254-290.
- Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial. (2003). *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Parte conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones finales respecto al Ecuador CERD/C/62/CO/2*. Nueva York: ONU.
- Corte Constitucional Colombiana. (2009). CASO T-769/09.
- Corte Constitucional Colombiana. (2011). CASO T-116/11.
- Díaz-Polanco, H. (2011). *Intervención en el Seminario Retos y desafíos en la construcción de Estados Plurinacionales*. La Paz.
- Due Process of law foundation. (2011). *El derecho a la consulta libre, previa e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Washington D.C.: OXFAM.
- Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas. (2005). *Informe del Taller internacional sobre metodologías de consentimiento libre, previo e informado y pueblos indígenas*. Nueva York: ONU.
- Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas. (2007). *Informe E/C.19/2007/12*. Nueva York: ONU.
- Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. (2005). *Informe E/C.19/2005/3*. Nueva York: ONU.
- Garcés, F. (2013). *Los Indígenas y su Estado (Pluri) Nacional: una mirada al proceso constituyente boliviano*. Bolivia: Clacso.
- Grosfoguel, R. (2008). Hacia un pluri-versalismo transmoderno decolonial. *Tabula Rasa*, 9, 199-215.
- Linz, M. (2000). *Informe de la primera experta independiente de Naciones Unidas los derechos humanos y extrema pobreza E/CN.4/2000/52*. Nueva York: ONU.
- \_\_\_\_\_. (2001). *Informe de la primera experta independiente de Naciones Unidas los derechos humanos y extrema pobreza E/CN.4/2001/54/Add.1*. Nueva York: ONU.
- Melo, M. (2013). *Directrices para la aplicación del derecho al consentimiento, libre, previo e informado de los pueblos indígenas*. Bolivia: IBIS.



- Oxfam. (2010). *Guía sobre el consentimiento, libre, previo e informado*. Recuperado de <http://goldcorpoutofguatemala.files.wordpress.com/2010/07/oaus-freepriorinformedconsentspanish-0910.pdf>
- Quijano, A. (2000). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En E. Landier (comp.). *La colonialidad del saber, eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO.
- Rajagopal, B. (2005). *El Derecho Internacional desde abajo*. Bogotá: Ilsa.
- Rionda, J. (2010). Exclusión Indígena en México (Historia Económica en retrospectiva). *Tecsiscatl*, 2(7). Recuperado de <http://www.eumed.net/rev/tecsisecat/n7/jirr.htm>.
- Rodríguez, C. (2010). *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Colombia: Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, Universidad de los Andes, Colección Justicia Global.
- \_\_\_\_\_. (2012). *Etnicidad.gov: los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Colombia: Dejusticia.
- Stavenhagen, R. (2003). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas CN.4/2003/90*. Nueva York: ONU
- \_\_\_\_\_. (2007). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas A/HRC/6/15*. Nueva York: ONU.
- Truman, H. (1949). *Discurso de investidura presidencial*. Recuperado de [http://www.trumanlibrary.org/whistlestop/50yr\\_archive/inagural20jan1949.htm](http://www.trumanlibrary.org/whistlestop/50yr_archive/inagural20jan1949.htm)

**Recibido:** 9/12/2014 • **Aceptado:** 2/3/2015