



Derechos de los pueblos indígenas a la consulta, consentimiento previo, libre e informado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

“El deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados”.

James Anaya

Por Efrén DIEGO DOMINGO¹

1. Introducción

En Guatemala, los gobiernos que han dirigido para bien o para mal el país, nunca han tenido la voluntad política de cumplir con las disposiciones del Convenio 169 y de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Prueba de esto es que no han hecho ni siquiera una consulta a pueblos indígenas en el otorgamiento de licencias para la exploración o explotación de recursos naturales existentes en tierras y territorios indígenas ni las medidas legislativa que adoptan los diputados. La falta de consulta y el consentimiento previo, libre e informado de pueblos indígenas en proyectos, políticas, programas o inversión a gran escala que se ejecutan en sus territorios han generado reacciones que derivan en niveles de conflictividad, generados y provocados por los mismos gobiernos que se supone son los responsables de respetar, garantizar y promover los derechos humanos, tal como lo afirman la Constitución Política de la República de Guatemala y las Convenciones internacionales de derechos humanos.

¹ Efrén Diego Domingo estudió primaria y secundaria en México. Regresa a Guatemala en 1994 y estudia el Bachillerato en Ciencias y Letras. En el año 2001, ingresa a estudiar hasta el cuarto semestre la carrera de ciencias jurídicas y sociales en la Universidad Mariano Gálvez. Ha impartido cursos y talleres en derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas a líderes comunitarios indígenas. Finalizó recientemente un curso especializado sobre los derechos de los pueblos indígenas en la Universidad de Deusto, Bilbao, España. Coordina actualmente la Asociación de Desarrollo Social de Ixcán (ADESI) y es columnista de la revista electrónica ALBEDRIO (www.albedrio.org) Su correo electrónico es: ediegoixcan@gmail.com.

En nuestro país, los funcionarios del Estado hablan de Estado de Derecho, pero de un Estado de Derecho parcial que no se ajusta a su práctica o un Estado de Derecho ajeno a los derechos e intereses de la mayoría, especialmente, los pueblos originarios.

Hablar en serio de Estado de Derecho o Estado Social y Democrático de Derecho va más allá de las órdenes de desalojos contra mujeres, niñas y hombres indefensos que reclaman su derecho a la posesión histórica de la tierra. Estado de Derecho implica la sujeción de la ley por parte de los funcionarios de gobierno y el cumplimiento de las disposiciones de instrumentos internacionales de derechos humanos como el Convenio 169 de la OIT, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aprobados y ratificados por Guatemala, los cuales, según la propia Constitución en su artículo 46, tienen preeminencia sobre el derecho interno, incluyendo la misma Constitución Política.

Para que no se siga vulnerando los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en Guatemala, hablaremos en estas páginas acerca de unos derechos más importantes de pueblos originarios: los derechos a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado que en los últimos años han tenido un desarrollo sin precedente en la evolución del derecho internacional y, por supuesto, los más violados por los gobiernos estatales. Y porque los pueblos originarios, desgraciadamente, somos los que tenemos que decirles a los funcionarios públicos o a los gobiernos blancos de la existencia de estos derechos.

2. ¿En qué consiste el principio de consulta establecido en el Convenio 169?

Claro, es importante saber, en primer lugar, en qué consiste este principio. Consiste en *"recabar la opinión, el asesoramiento y la asistencia de los pueblos indígenas y tribales, quienes resultan directamente afectados por las medidas legislativas, administrativas o por los programas que adopten los Estado Miembros de la OIT"*.²

3. ¿Por qué se dice que la consulta, el consentimiento previo, libre e informado son de los derechos más importantes de los pueblos indígenas y tribales?

Bueno, para hablar de consulta y consentimiento previo, libre e informado es necesario partir de tres premisas fundamentales:

La primera es que la consulta es un derecho internacionalmente reconocido a favor de los pueblos indígenas, y, como tal, es obligación de los Estados garantizar su observancia en el ámbito interno;

La segunda es que la consulta está prevista para escuchar la voz de los pueblos ante aquellas situaciones que impliquen una afectación a sus derechos e intereses, pudiendo ser éstas: reformas legales, implementación de proyectos extractivos y de aprovechamiento de recursos naturales y/o cualquier otro proyecto de desarrollo; y,

La tercera es que la consulta implica establecer un diálogo entre el Estado y los pueblos, con el objetivo de poner fin a la exclusión en la toma de decisiones.³

² Magdalena Gómez. Derechos Indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, pág. 62., INI, México, marzo de 1995.

³ Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. El derecho a la consulta del los pueblos indígenas: la importancia de su implementación en el contexto de los proyectos de desarrollo a gran escala. Pág. 10.

4. ¿En qué situaciones el Estado debe garantizar el derecho a la consulta a pueblos indígenas y tribales de acuerdo con el Convenio 169?

Si leemos y analizamos detenidamente las disposiciones del Convenio 169 nos daremos cuenta que la consulta existe en un nivel general y en niveles específicos y son obligatorios en los siguientes casos:

- 1) Cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (Art.6). Este es el nivel general.⁴
- 2) En la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo (Art.7).
- 3) Antes de emprender cualquier actividad de exploración o explotación de minerales y/u otros recursos naturales que se encuentren en las tierras y el territorio de los pueblos indígenas (Art. 15).⁵
- 4) Cada vez que sea necesario trasladar a las comunidades indígenas y tribales de sus tierras tradicionales a otro lugar. O mejor dicho, en los casos de desplazamiento o reubicación de sus tierras (Art.16).⁶
5. En la enajenación⁷ de las tierras de los pueblos indígenas o la transmisión de sus derechos sobre esta tierras a personas extrañas a su comunidad (Art.17).⁸
- 6) En la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional de los pueblos indígenas (Art.22).
- 7) En las medidas orientadas a enseñar a leer y escribir a los niños en su propio idioma indígena (Art. 28).⁹

5 ¿En qué casos el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados en la Declaración de N.U. sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas?

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su artículo 19 establece el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas “antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten”. Específicamente, la Declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados en los casos que se enumeran a continuación:

- a) En situaciones en que pueden llegar a ser desplazados de sus tierras o territorios (Art.10). Por ejemplo, en el caso de las represas, que por lo general requieren de traslados poblacionales, es imposible que el Estado tome una decisión de traslado poblacional sin el consentimiento de ese pueblo o de los pueblos que van a ser afectados.¹⁰

⁴ Op. cit. Pág. 18

⁵ Manuela Tomei y Lee Swepston. Pueblos Indígenas y Tribales: Guía para la Aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT, pág. 19, Ginebra, julio de 1996.

⁶ Oficina en México del A.C.N.U.D.H. Op cit., pág. 19.

⁷ Según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio, la palabra *enajenación* significa: “acción y efecto de enajenar, de pasar, transmitir a otro el dominio de una cosa o algún derecho sobre ella. El hecho de la enajenación puede tener origen voluntario o legal”.

⁸ Oficina en México del A.C.N.U.D.H. Op cit., pág. 18.

⁹ Oficina en México del A.C.N.U.D.H. Op cit., pág. 19.

¹⁰ Raquel Yrigoyen Fajardo. Noticias Aliadas, Informe Especial. “No se pueden modificar las condiciones de existencia de un pueblo sin su consentimiento”. Pág. 4, junio, 2011.

b) En el caso de que puedan llegar a ser afectados en sus bienes culturales, intelectuales, religiosos o espirituales (Art.11).

c) En la adopción de medidas eficaces para combatir los prejuicios y la discriminación (Art.15.).

d) En la adopción de medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación del niño, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social del niño (Art.17).¹¹

e) En los casos en que sus tierras y territorios sufran cualquier tipo de afectación (Art.28.).

f) En los casos de almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (Art.29). Por ejemplo, las actividades mineras hacen canchas de relaves mineros, las que almacenan sustancias tóxicas; no se puede hacer almacenamiento de sustancias tóxicas sin el consentimiento de un pueblo o comunidad indígena...donde va a ver una actividad minera necesariamente el Estado requiere el consentimiento de ese pueblo antes de dar la concesión minera.¹²

g) Antes de utilizar las tierras o territorios de los pueblos indígenas para actividades militares (Art. 30.2).¹³. Por ejemplo, dice Raquel Yrigoyen, si se va a poner una base militar o un polígono de tiro. Bajo circunstancias normales (no en guerra) el Estado no puede realizar actividades militares sin el consentimiento.

h) 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 (Art.32).

i) En la adopción de medidas para facilitar la relación y cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social con sus propios miembros, así como con otros pueblos a través de las fronteras (Art.36).

j) En la adopción de medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la Declaración.¹⁴

¿Pueden las empresas privadas realizar la consulta a pueblos indígenas?

De conformidad con principios bien fundados de derecho internacional, el deber del Estado de proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas, incluido su deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas interesados antes de realizar las actividades que los afecten, no es un deber que pueda eludirse delegándolo a una empresa privada u otra entidad. Las empresas privadas que promuevan actividades de extracción o de otro tipo relacionadas con el desarrollo o que participen en ellas deben procurar que sea política de su empresa ajustar siempre su conducta a las normas internacionales

¹¹ Texto de la Declaración de N.U. sobre los Derechos de los PI.

¹² Raquel Yrigoyen Fajardo, Óp. cit., pág. 4

¹³ Texto de la Declaración de N.U. sobre los Derechos de los PI

¹⁴ Oficina en México del A.C.N.U.D.H. Óp. cit., pág. 19.

pertinentes en relación con los pueblos indígenas, en particular las relativas a las consultas.¹⁵

En nuestra opinión, si una empresa hace una consulta a pueblos indígenas o tribales sobre cualquier proyecto de exploración o explotación de recursos naturales existentes en territorios indígenas, no lo va hacer pensando en el respeto a los derechos o intereses de los pueblos indígenas, sino hará una consulta manipulada, parcial, corrompida y de acuerdo con su lógica de ganancia, acumulación y saqueo. La responsabilidad de consultar es deber estatal. Si un Estado deja en manos de una empresa privada la realización de la consulta, ese Estado y su gobierno se vuelven en comerciantes de los derechos indígenas.

¿El consentimiento es sólo la finalidad de la consulta o es un derecho en sí mismo? ¿el derecho a la consulta previa implica un poder de VETO para los pueblos originarios?

Para responder a esta pregunta, citaremos lo que dice la experta abogada María Clara Galvis Patiño: En los dos instrumentos internacionales mencionados (agregado mío: Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas), respeto de la aprobación de leyes, medidas administrativas, proyectos de uso, prospección o explotación de recursos naturales, el consentimiento no ha sido configurado como un derecho sino como la finalidad de la consulta previa. Sin embargo, en la sentencia de la Corte Interamericana, en el Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, (...) estableció el derecho al consentimiento en circunstancias específicas: cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que puedan tener u impacto mayor en el territorio del pueblo. Si bien es cierto que aún no está definido con precisión el significado de "*planes de desarrollo o inversión a gran escala y de impacto mayor*", si existen criterios que permiten saber cuándo se está frente a proyectos capaces de causar impactos mayores y/o generar cambios sociales y económicos profundos en las comunidades. Sigue manifestando la abogada María Clara que estos criterios fueron mencionados por el Relator Rodolfo Stavenhagen en su informe y retomados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Se trata de un proyecto de este tipo cuando éste genere efectos como: i) *La pérdida de territorios y tierra tradicional*, ii) *el desalojo*, iii) *la migración y el posible reasentamiento*, iv) *el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural*; v) *la destrucción y contaminación del ambiente tradicional*, vi) *la desorganización social y comunitaria*, vii) *impactos sanitarios y nutricionales negativos y de larga duración*, o, viii) *abuso y violencia*. Ante estas circunstancias indicadas, el consentimiento se configura, conforme la jurisprudencia de la Corte I.D.H. y de la Corte Constitucional de Colombia, como un verdadero derecho que se debe cumplir cuando los proyectos tengan consecuencias particularmente graves. Por último, la experta dice que en los Estados que han ratificado el Convenio 169 y aprobado la Declaración de 2007, cuando un proyecto cause o tenga la potencialidad de causar alguno de los impactos señalados (los cuales deben ser identificados debidamente en el estudio previo de impacto ambiental y social realizado por entidades independientes y con capacidad técnica) éste no se podrá autorizar ni ejecutar sin el consentimiento previo, libre e informado del pueblo afectado. Esto, en la práctica, implica que las comunidades tienen el PODER DE VETAR EL PROYECTO, EN RAZÓN DE LOS "IMPACTOS MAYORES" que éste pueda generar.¹⁶

¹⁵James Anaya. El Deber estatal de Consultar a los pueblos indígenas: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/378.html?task=view>

¹⁶ María Clara Galvis Patiño. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF). Consulta, consentimiento y veto. Pág. 11, número 14, año 3, septiembre de 2010.

Algo de vital importancia que nos debe quedar muy claro, es que en los demás casos, es decir, cuando la consulta se refiera a proyectos que no generen los impactos indicados o cuando se trate de medidas legislativas o administrativas, si mediante un proceso de consulta previa (...) no se llega a un acuerdo o al consentimiento, bajo normas internacionales (...) vigentes, las comunidades NO TIENEN UN DERECHO A VETAR EL PROYECTO O LA MEDIDA LEGISLATIVA O ADMINISTRATIVA. Aunque la consulta no implique un poder de VETO, ello no se traduce en que los Estados tengan entera discrecionalidad para aprobar medidas o proyectos. La ausencia de un acuerdo no genera, de ninguna manera, un espacio de vacío normativo o de ausencia de derecho. En estas circunstancias los Estados están sujetos a las normas y principios propios del Estado de Derecho que establecen controles a la acción estatal, prohíben la arbitrariedad y exigen que las medidas que restringen derechos (...) están previstas en las leyes y estén justificadas en función de la proporcionalidad entre la restricción del derecho y el logro de objetivos legítimos. Si las medidas que adopte unilateralmente el Estado desconocen derechos constitucional o internacionalmente protegidos, pueden ser cuestionados ante los tribunales nacionales y en subsidio ante los internacionales.¹⁷

De acuerdo con el Profesor Bartolomé Clavero, la no aplicación de estos derechos por cualquier instancia jurídica y administrativa de un Estado establece responsabilidades clara de ese Estado por la violación de derechos humanos de los pueblos indígenas y sitúa en la ILEGALIDAD cualquier actuación que se realice dentro de territorios indígenas.¹⁸

El ex presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia, Wilman Durán, sostiene que los indígenas tienen **derecho a veto** sobre cualquier tipo de perturbación en su territorio. Ningún Estado ni ningún Gobierno puede romper el habitat, léase territorio ancestral, porque queda en riesgo la supervivencia de los indígenas.¹⁹

En Guatemala, para la defensa de los derechos humanos o los derechos de los pueblos indígenas, tenemos, especialmente, el amparo. En el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos tenemos dos entidades que velan por el respeto a los derechos humanos: La Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, con competencias diferentes.

¿Cuál es el reto de los pueblos indígenas para la implementación de los derechos a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado?

La Dra. Raquel Yrigoyen Fajardo, experta en derechos de los pueblos indígenas, sugiere:

- 1) Que los propios pueblos indígenas conozcan sus derechos.
- 2) Que no solamente usen medidas directas (movilización, marchas) sino que también utilicen los mecanismos como el amparo, el habeas corpus, los procesos constitucionales para proteger sus derechos. En el caso de Guatemala, el amparo está contenido en el Título VI, Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional y Capítulo II. El artículo 265 dispone así: Procedencia del amparo. Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para

¹⁷ María Clara Galvis Patiño, Op. cit. Pág. 12.

¹⁸ Bartolomé Clavero: consulta y consentimiento previo libre e informado a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

¹⁹ Wilman Duran. Indígenas tienen derecho a veto. <http://www.derechos.org/nizkor/bolivia/doc/tipnis156.html>

restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan. Todo lo relacionado con el amparo lo desarrolla la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, Decreto Número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente.

3. Demandar al Ejecutivo (Ministerios) la implementación del derecho a la consulta, al Legislativo cada vez que tiene que tomar una medida, tiene que consultar a los pueblos y comunidades indígenas, pero también desarrollar el derecho de consulta, el derecho de participación, de consentimiento, etc.²⁰. Al Organismo Judicial, responsable de cumplir y hacer cumplir las disposiciones del Convenio 169, la de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y tomar en cuenta las sentencias vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la evolución del derecho internacional de los derechos relacionados con los derechos de los pueblos originarios, puesto que los jueces cumplen un papel fundamental para el respeto, garantía y promoción de los derechos humanos y libertades fundamentales individuales y colectivos de los pueblos indígenas.

²⁰ Raquel Yrigoyen Fajardo. Op. cit. Pág. 5.