

El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional

Por James Anaya



Conferencia de James Anaya, Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el Seminario sobre "La Consulta Previa a los pueblos indígenas y el rol de los Ombudsman en América Latina", evento organizado por la Federación Iberoamericana del Ombudsman (FIO), Lima, 25 de Abril de 2013.

Texto original publicado en www.unsr.jamesanaya.org

Nota: Esta edición por www.politicaspUBLICAS.net tiene por propósito contribuir a la difusión del texto. Se han añadido subtítulos, énfasis y extractos de frases destacadas.

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 decisiones relacionadas con proyectos de desarrollo o de extracción industrial de recursos naturales en sus territorios. Seguramente todas las defensorías del pueblo o ombudsman representados en este seminario han enfrentado problemas de este tipo, lo que hace importante y motiva este seminario.

En mis comentarios de hoy haré un esbozo breve de los fundamentos en el derecho internacional de la norma de consulta previa con los pueblos indígenas, y ofreceré unos comentarios sobre algunos de los aspectos puntuales de esta norma.

EL MARCO NORMATIVO DEL DEBER DE CONSULTA

El deber de los estados de consultar a los pueblos indígenas se destaca en los principales instrumentos internacionales que específicamente tratan el tema de los pueblos indígenas, es decir el **Convenio 169** de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, y la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas**.

El Consejo de Administración de la OIT ha declarado que la norma de la consulta es la piedra angular del Convenio 169. Aunque no en términos tan explícitos, varios tratados además del Convenio 169 fundamentan la norma de consulta, tal como ha expuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a la **Convención Americana de Derechos Humanos** y los órganos de tratado de la ONU en relación al **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, y la **Convención Internacional en Contra de Todas las Formas de Discriminación Racial**.

Cabe destacar que el Convenio 169 y los otros tratados que acabo de mencionar, han sido ratificados por la gran mayoría de los países en la región americana, y por lo tanto sus disposiciones obligan a los estados en función del derecho internacional.

La obligación de los estados de consultar a los pueblos indígenas es "un principio general del Derecho Internacional"

Por otro lado, dentro de la doctrina generalmente aceptada sobre el derecho internacional, la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, siendo una resolución de la Asamblea General de la ONU y no un tratado, no es una fuente primaria de obligaciones dentro del derecho internacional, sin embargo, es indudablemente un instrumento dotado de autoridad, y sus disposiciones se fundamentan en principios generales de derechos humanos sentados en la Carta de las Naciones Unidas y en otros tratados que han sido ampliamente ratificados por los estados.

Además, tal como ha sido afirmado por la *Asociación de Derecho Internacional* – una asociación internacional de destacados abogados y juristas – varias de las disposiciones de la Declaración, inclusive aquellas sobre la consulta, reflejan normas que han llegado a ser parte del derecho consuetudinario internacional. De manera similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia en el caso *Sarayaku c. Ecuador*, afirma que **la obligación de los estados de consultar a los pueblos indígenas es "un principio general del Derecho Internacional"**.

EL CONTENIDO DE LA NORMA DE CONSULTA

En relación al contenido de la norma de consulta, tanto el Convenio 169 como la Declaración de la ONU, afirman que la consulta con los pueblos indígenas debe realizarse con el fin de obtener su consentimiento o el acuerdo. En varios de sus artículos, la *Declaración* hace hincapié en el principio de consentimiento libre, previo e informado. Lo que implica esta vinculación de la consulta con el consentimiento, tal como ha sido reconocido en la jurisprudencia de varios órganos internacionales, es que la consulta consiste en un diálogo de buena fe, libre de presiones o manipulaciones, por la cual las partes cooperarán para intentar llegar a decisiones consensuadas e informadas.

Mientras que el Convenio 169 y la Declaración se refieren a la consulta como una obligación o deber de los estados, entre actores institucionales y los que abogan por los pueblos indígenas, se ha venido hablando cada vez más del derecho de estos pueblos a ser consultados. Es importante recordar, sin embargo, que **este derecho corolario de consulta, tal como se plantea en los instrumentos y jurisprudencia internacionales, no es un derecho aislado o independiente.**

Más bien **la norma de consulta, con su principio conexo de consentimiento libre, previo e informado, se presenta en el derecho internacional como una salvaguarda para el conjunto de derechos sustantivos de los pueblos indígenas que pueden ser afectados por las decisiones administrativas o legislativas de los estados.**

El Convenio 169 y la Declaración se refieren a la consulta como una obligación o deber de los estados.

Entre actores institucionales y los que abogan por los pueblos indígenas, se ha venido hablando cada vez más del derecho de estos pueblos a ser consultados.

Sin embargo, es importante recordar, que este derecho corolario de consulta, tal como se plantea en los instrumentos y jurisprudencia internacionales, no es un derecho aislado o independiente.

La norma de consulta, con su principio conexo de consentimiento libre, previo e informado, se presenta en el derecho internacional como una salvaguarda para el conjunto de derechos sustantivos de los pueblos indígenas que pueden ser afectados por las decisiones administrativas o legislativas de los estados.

LA CONSULTA ES UNA OBLIGACIÓN ESTATAL DESTINADA A SALVAGUARDAR DERECHOS

La consulta se trata de una obligación estatal destinada a salvaguardar, en particular, los derechos de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras, recursos y territorios, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una serie de casos en el contexto de proyectos de extracción de recursos naturales.

La consulta también salvaguarda otros derechos, tal como el derecho a la cultura y a la religión, por ejemplo cuando una decisión sobre un proyecto podría afectar sitios sagrados; el derecho de los pueblos indígenas de sentar sus propias prioridades para el desarrollo, sobre todo cuando se trata de proyectos de inversión a grande escala en territorios indígenas; o el derecho a la salud y bienestar físico en relación con un medio ambiente limpio y saludable.

Además, la consulta y el consentimiento funcionan para asegurar e implementar el derecho de participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones que les conciernen, de manera coherente son su derecho a la libre determinación y el ejercicio del conjunto de derechos aplicables.

Todos estos derechos y otros amparados por la consulta se fundamentan en múltiples fuentes de derecho internacional, inclusive los tratados multilaterales de derechos humanos antes mencionados, y están enunciados en la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas.

La consulta y el consentimiento han de funcionar para identificar y evaluar los impactos sobre estos derechos que puedan tener las decisiones administrativas o legislativas estatales, y para proteger y facilitar el goce de estos derechos bajo arreglos consensuados. Por lo tanto, siempre y cuando surge la cuestión de la consulta en situaciones puntuales, debe de haber un enfoque específico en los derechos sustantivos de los pueblos indígenas que podrían verse afectados por la medida a ser consultada. **Con este enfoque en derechos, se aclaran la pertinencia de la consulta, el asunto a ser consultado, y el objeto del consentimiento o los acuerdos que deberían resultar de la consulta.**

Así, por ejemplo, en el contexto de un proyecto de extracción de recursos naturales, los pueblos o comunidades indígenas específicas a ser consultados son aquellos que son los titulares de los derechos que podrían verse afectados por el proyecto; los temas a tratarse en el proceso de consulta se definen en gran parte en torno a un enfoque en los posibles efectos sobre los derechos; y el consentimiento que se busca es el consentimiento a estos efectos, sobre la base de condiciones justas y equitativas que salvaguardan e instrumentalizan los derechos.

Dicho esto, para **maximizar la función de la consulta como salvaguarda e instrumento para el goce de derechos**, se debe mantener flexibilidad en los procesos de consulta y en la definición de la medida a ser consultada. La consulta no se trata de la mera transmisión de información ni de la búsqueda de un "sí" o "no" a una medida ya predeterminada. Sino se trata de un diálogo de buena fe en que se intercambia información y perspectivas, y en que se exploran varias alternativas para la medida propuesta, con el fin de llegar a una decisión consensuada.

La consulta y el consentimiento han de funcionar para identificar y evaluar los impactos sobre estos derechos que puedan tener las decisiones administrativas o legislativas estatales, y para proteger y facilitar el goce de estos derechos bajo arreglos consensuados.

Con este enfoque en derechos, se aclaran la pertinencia de la consulta, el asunto a ser consultado, y el objeto del consentimiento o los acuerdos que deberían resultar de la consulta.

Con estos comentarios generales sobre la consulta en el derecho internacional, quisiera ahora pasar a reflexionar sobre dos cuestiones que surgen cada vez más en relación a este tema: Primero, ¿qué ocurre cuando los pueblos indígenas rehúsan ser consultados? Segundo, ¿qué significa para el estado cuando los pueblos indígenas rehúsan otorgar su consentimiento?

¿QUÉ OCURRE CUANDO LOS PUEBLOS REHÚSAN A SER CONSULTADOS?

Con respecto a la primera cuestión, **es evidente que en muchos casos los pueblos indígenas simplemente no quieren ser consultados**, sobre todo cuando se trata de proyectos de desarrollo o de inversión de gran escala dentro de o cerca de sus territorios. Esta negativa se debe a la desconfianza en los procesos de consulta ofrecidos por los estados, o por posiciones ya cimentadas en contra de las medidas o proyectos a ser consultados. Considero que son bien comprensibles estas posturas, dado la historia que han sufrido los pueblos indígenas frente a proyectos de inversión impulsados por los estados que han vulnerado sus derechos y la falta de procesos de consulta adecuados.

En algunos casos los pueblos indígenas han formalizado sus decisiones en contra de medidas o proyectos impulsados por los estados y en contra de las consultas con los estados, mediante procesos altamente participativos. En Guatemala, por ejemplo comunidades maya a lo largo del país han organizado lo que han denominado "consultas comunitarias de buena fe", al margen de las consultas con el estado.

Las consultas comunitarias

La llamada consulta comunitaria consiste, básicamente, en una discusión entre los integrantes de una comunidad sobre un proyecto de minería o de otro tipo impulsado por el estado, pero sin la presencia del estado, seguido por un referéndum sobre el proyecto. En todos los casos de proyectos de minería y otros proyectos de inversión, estos procesos han llevado a decisiones colectivos claras en contra de los proyectos. Líderes mayas han insistido en mantener posiciones en contra de los proyectos con base en estos procesos, y por lo general han resistido entrar en diálogo con el estado o las empresas promotoras de los proyectos, argumentando que la consulta debida ya se ha realizado y que su negativa a los proyectos es vinculante.

En informes que he elaborado sobre los pueblos indígenas de Guatemala, en mi calidad de Relator Especial de la ONU, he observado que las llamadas consultas comunitarias de buena fe claramente no constituyen el tipo de consultas tal como se definen en los instrumentos internacionales, que se refieren a aquellas consultas entre los estados y los pueblos indígenas. Sin embargo, he señalado que **los resultados de estos procesos comunitarios son expresiones legítimas de la voluntad de las comunidades, y que estas expresiones deben incidir en las decisiones del estado sobre los proyectos.**

Es evidente que en muchos casos los pueblos indígenas simplemente no quieren ser consultados, sobre todo cuando se trata de proyectos de desarrollo o de inversión de gran escala dentro de o cerca de sus territorios. Esta negativa se debe a la desconfianza en los procesos de consulta ofrecidos por los estados

En algunos casos los pueblos indígenas han formalizado sus decisiones en contra de medidas o proyectos impulsados por los estados y en contra de las consultas con los estados, mediante procesos altamente participativos

Los resultados de estos procesos comunitarios son expresiones legítimas de la voluntad de las comunidades, y estas expresiones deben incidir en las decisiones del estado sobre los proyectos.

Considero importante resaltar que **los pueblos indígenas tienen el derecho de oponerse, de manera pacífica, a los proyectos de inversión u otras medidas impulsadas por los estados**, en función de su derecho a la libertad de expresión y de asociación. El estado en todo momento debe respetar este derecho y no fomentar o permitir represalias de ningún tipo en contra de los pueblos indígenas cuando ejercitan este derecho y se oponen a proyectos impulsados por el estado.

Además, aunque corresponde al estado el deber de realizar consultas con los pueblos indígenas antes de decidir sobre medidas que les puedan afectar, el estado no debe insistir en realizar las consultas mientras que la parte indígena mantiene una oposición clara en contra de la consulta con el estado y del proyecto o medida en cuestión.

Considero que el estado cumple con su deber de consultar cuando ofrece un proceso de consulta adecuado de acuerdo a los estándares internacionales y se enfrenta con esta postura definitiva de oposición. **En tales circunstancias, se puede considerar que la parte indígena ha renunciado su derecho a ser consultado por el estado, pero no ha renunciado a su derecho de no otorgar su consentimiento.** De hecho, cuando los pueblos se oponen a ser consultados y a la medida en cuestión, están rehusando otorgar su consentimiento, al igual si hubiesen entrado en un proceso de consulta y hubiesen rehusado otorgar su consentimiento o entrar en acuerdos dentro de ese proceso.

¿QUÉ SIGNIFICA PARA EL ESTADO CUANDO LOS PUEBLOS INDÍGENAS REHÚSAN OTORGAR SU CONSENTIMIENTO?

Y esto nos lleva a la siguiente cuestión que quiero tratar: ¿Qué significa para el estado cuando los pueblos indígenas rehúsan otorgar su consentimiento? Con respecto a esta cuestión, así como en relación a otras cuestiones relativas a la consulta, un enfoque en los derechos sustantivos que puedan verse afectados nos lleva de nuevo al marco de análisis apropiado.

Como punto de partida hay que tener presente que con o sin el consentimiento de la parte indígena, el Estado tiene la obligación dentro del derecho internacional de respetar y proteger los derechos de los pueblos indígenas de acuerdo a los estándares internacionales establecidos. Recordemos que la consulta y el consentimiento existen para salvaguardar e instrumentalizar los derechos de los pueblos indígenas; de ninguna manera representan un marco normativo exhaustivo con respeto a las decisiones estatales.

Cabe notar que **en el contexto de proyectos de extracción de recursos naturales, el deber estatal de protección implica**, aparte de la obligación de **realizar consultas** y la necesidad de **obtener el consentimiento**, la obligación de **contar con estudios de impacto ambiental**, de elaborar **medidas de mitigación** en el caso de posibles impactos previstos, y de ofrecer **compensación** en el caso de injerencias permisibles en el goce de derechos de propiedad y de otros derechos.

En todo caso, los estados deben evitar decisiones que llevan a vulneraciones de cualquiera de los derechos específicos de los pueblos indígenas que han sido afirmados en los instrumentos internacionales o en el derecho interno, con independencia del otorgamiento o no del consentimiento por la parte indígena.

Los pueblos indígenas tienen el derecho de oponerse, de manera pacífica, a los proyectos de inversión u otras medidas impulsadas por los estados en función de su derecho a la libertad de expresión y de asociación.

Si la parte indígena ha renunciado su derecho a ser consultado por el estado, no ha renunciado a su derecho de no otorgar su consentimiento.

En el contexto de proyectos de extracción de recursos naturales, el deber estatal de protección implica, aparte de la obligación de realizar consultas y la necesidad de obtener el consentimiento, la obligación de contar con estudios de impacto ambiental, de elaborar medidas de mitigación en el caso de posibles impactos previstos, y de ofrecer compensación en el caso de injerencias permisibles en el goce de derechos de propiedad y de otros derechos.

Por otro lado, también se debe tener presente que dentro de la doctrina del derecho internacional, salvo en pocos casos, los derechos humanos pueden ser restringidos sin que se produzcan violaciones de la normativa internacional. Pero **las restricciones a los derechos sólo pueden producirse bajo condiciones limitadas de proporcionalidad y necesidad con relación a un interés válido estatal dentro del marco de derechos humanos.** La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas plantea este supuesto en relación a los derechos allí reconocidos. El artículo 46.2 de la Declaración dice:

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 sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática.

Criterio de proporcionalidad

La respuesta a la cuestión puntual sobre qué ocurre cuando no hay consentimiento por la parte indígena radica en un análisis sobre **las condiciones en que es permisible la limitación de derechos, bajo los criterios señalados por la Declaración.** Como se ha mencionado, la norma de consulta con su objetivo de consentimiento se aplica cuando el estado anticipa tomar una decisión que pueda afectar a los pueblos indígenas, en el sentido de tener un impacto sobre uno u otro de sus derechos. El impacto anticipado sobre los derechos de alguna manera implica limitaciones al ejercicio de estos derechos, como ocurre claramente en el caso de industrias extractivas.

Procede entonces considerar en los casos puntuales si las restricciones a los derechos son permisibles, para lo cual es clave el criterio de proporcionalidad.

Cuando existe el consentimiento bajo términos justos y equitativos a un impacto o limitación al goce del derecho a la propiedad, el derecho a la identidad cultural, u otro derecho, con ese consentimiento se entiende que se cumple *per se* con el requisito de proporcionalidad. Por supuesto sería inadmisibles el consentimiento formal bajo términos injustos que pondrían en peligro el goce de derechos fundamentales o la supervivencia cultural o física del grupo indígena afectado. Pero cuando existe consentimiento en términos justos y equitativos, hay una presunción sólida a favor de la permisibilidad de la restricción a los derechos. Incluso, si se manifiesta por medio de un acuerdo que incluye beneficios importantes para la parte indígena, el consentimiento puede ir más allá de ser una salvaguarda y convertir lo que habría sido una restricción, a un instrumento que facilite y promueve el goce de los derechos.

En cambio, cuando no existe consentimiento, para poder proceder con la medida propuesta el estado tendría que demostrar que las restricciones a derechos impuestas por la medida son necesarias y proporcionales frente a un propósito válido estatal en el marco de los derechos humanos.

Las restricciones a los derechos sólo pueden producirse bajo condiciones limitadas de proporcionalidad y necesidad con relación a un interés válido estatal dentro del marco de derechos humanos.

Sería inadmisibles el consentimiento formal bajo términos injustos que pondrían en peligro el goce de derechos fundamentales o la supervivencia cultural o física del grupo indígena.

Cuando no existe consentimiento, para poder proceder con la medida propuesta el estado tendría que demostrar que las restricciones a derechos impuestas por la medida son necesarias y proporcionales frente a un propósito válido estatal en el marco de los derechos humanos.

Situaciones genéricas que requieren el consentimiento y otras salvaguardas

De conformidad con este marco analítico, se ha identificado una serie de situaciones genéricas de impactos significativos que requieren el consentimiento, junto con las otras salvaguardas aplicables para los derechos afectados.

La **Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas**, por ejemplo, señala que el consentimiento es exigible, mas allá de ser un objetivo de la consulta, en el caso en que un proyecto dé lugar al traslado de un grupo indígena fuera de sus tierras tradicionales y en los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (arts. 10 y 29, párr. 2, respectivamente). En esta misma línea, la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** ha sostenido que, "cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión de gran escala que tendría un impacto mayor dentro de un territorio [indígena o tribal], el Estado tiene la obligación no solo de consultar [a la parte indígena o tribal], sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones." (Caso Saramaka c. Surinam, párr. 134.)

En todas estas situaciones – almacenamiento de desechos tóxicos, traslado de grupos indígenas, y proyectos de inversión de gran escala en territorios indígenas – el impacto es significativo sobre el ejercicio de una serie de derechos de los pueblos indígenas; y esto generalmente hace difícil que en estas situaciones pueda demostrarse una necesidad y proporcionalidad sin el consentimiento de la parte indígena, aún asumiendo que existe un propósito estatal válido.

Importancia de tener en cuenta factores políticos y sociales

Dicho lo anterior, considero que es importante tener en cuenta, más allá de la observancia de los criterios del derecho internacional relativos a la consulta, factores políticos y sociales cuando los pueblos indígenas deniegan su consentimiento y se oponen a proyectos de inversión u otras medidas impulsadas por el estado.

Los pueblos indígenas se caracterizan por las condiciones de discriminación, marginación, y conflictividad que han vivido históricamente y que siguen viviendo. Este contexto hace necesario que los estados actúen con especial cautela para no exacerbar estas condiciones, debidamente tomando en cuenta el deber especial que tienen los estados de velar por los derechos de los pueblos indígenas.

Cuando no existan consensos con los pueblos indígenas, el Estado no debería precipitarse en actuar de una manera que haría difícil la construcción de consensos en el futuro y una paz social duradera tanto para los pueblos indígenas como el conjunto del país o regiones.

Se ha identificado una serie de situaciones genéricas de impactos significativos que requieren el consentimiento, junto con las otras salvaguardas aplicables para los derechos afectados.

Cuando no existan consensos con los pueblos indígenas, el Estado no debería precipitarse en actuar de una manera que haría difícil la construcción de consensos en el futuro y una paz social duradera tanto para los pueblos indígenas como el conjunto del país o regiones.

CONSULTA Y CONSENTIMIENTO: CENTRALES EN UN NUEVO MODELO PLURINACIONAL DE RELACIONES ENTRE ESTADOS Y PUEBLOS INDÍGENAS

Quisiera terminar destacando que **la consulta y su vinculación con el principio del consentimiento libre, previo e informado son elementos centrales 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.

Pero afortunadamente hoy día existe una vertiente de pensamiento de reconocimiento, valoración e inclusión de los pueblos indígenas, una vertiente de pensamiento que presenta un reto al legado de la historia de opresión. Esta vertiente ha venido manifestándose en los nuevos instrumentos internacionales, como la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT, que forman parte de un nuevo régimen del derecho internacional relativo a los pueblos indígenas.

En este nuevo régimen del derecho internacional se plantea **un nuevo relacionamiento entre los estados y los pueblos indígenas** dentro del **modelo plurinacional** o pluricultural. Y dentro de este modelo, los pueblos indígenas deben poder determinar sus propios destinos en pie de igualdad con los demás, participar en la toma de las decisiones que les afectan, y estar seguros en sus derechos individuales y colectivos.

La consulta y su vinculación con el principio del consentimiento libre, previo e informado son elementos centrales para un nuevo modelo de relaciones entre los estados y los pueblos indígenas.

En este nuevo régimen del derecho internacional se plantea un nuevo relacionamiento entre los estados y los pueblos indígenas dentro del modelo plurinacional

Dentro de este modelo los pueblos indígenas deben poder determinar sus propios destinos en pie de igualdad con los demás.