

CONSULTA Y CONSENTIMIENTO PREVIO LIBRE E INFORMADO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Bartolomé Clavero

Miembro del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas

1.- La consulta previa.

La consulta previa es un derecho de los pueblos indígenas que obliga a los Estados a celebrar consultas con estos pueblos en función de razones especiales que atañen solo a los pueblos indígenas y tribales ya que está vinculada con el derecho a la identidad y la integridad cultural, el derecho a conservar las propias instituciones, usos y costumbres, el derecho al territorio y los recursos y el derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo, entre otros¹. Asimismo la consulta previa significa una obligación del Estado desde el momento que el Convenio OIT-169 se ratificó y se incorporó plenamente al ordenamiento jurídico nacional con rango constitucional. Es un deber del Estado y un derecho de los pueblos indígenas. Es entonces un derecho amparado por las garantías constitucionales y cuya omisión o realización inadecuada conlleva invalidez de la norma o el acto administrativo.

La consulta previa es un proceso previsto para hacer efectivo el derecho a la participación de los pueblos indígenas en todos los asuntos que puedan afectar a sus personas, a sus bienes o a sus derechos individuales y colectivos. Se trata de una consulta independiente de otras a los que los ciudadanos indígenas puedan tener derecho como ciudadanos (participación en consultas para estudios de impacto ambiental, etc.). Introduce una nueva etapa en el proceso de formación de la ley u acto administrativo y eso exige cambios en las normas que regulan el funcionamiento de los diferentes poderes del Estado.

La consulta se tiene que hacer siempre en relación con el derecho de participación. Otro principio fundamental del Convenio n° 169. Consulta y Participación son principios fundamentales del Convenio que deben contemplarse siempre conjuntamente.²

Para garantizar un proceso de consulta acorde con el derecho internacional tenemos que realizar dicha consulta teniendo en cuenta los siguientes principios: buena fe; Igualdad de oportunidades; Información previa, oportuna y adecuada; Veracidad de la información; Integralidad de los aspectos y temas a someter bajo el proceso de consulta; Oportunidad; Participación; Transparencia; territorialidad; autonomía y representatividad a través de las instituciones propias; localidad y accesibilidad al lugar de celebración de la consulta; legalidad y obligatoriedad de la consulta; jerarquía; El principio de responsabilidad por la mala fe; y la libertad.

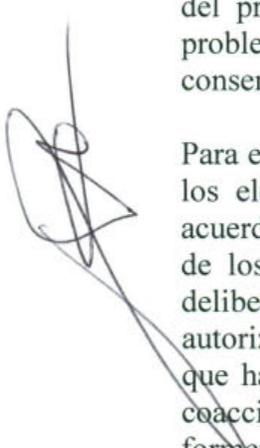
¹ Pedro García Hierro, "¿Cómo debemos entender la Consulta Previa?", 2009, artículo en el archivo del autor.

² OIT, Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Un manual. 2003. P 15 y 18. Chandra Roy and Mike Kaye The International Labour Organization: A handbook for Minorities and Indigenous Peoples P 21.

2.- El Consentimiento libre, previo, e informado (CLPI).

Un derecho que asegura el consenso/consentimiento de los pueblos indígenas determinado en conformidad con los regímenes de derecho y prácticas consuetudinarias. Según su concreción en el derecho internacional podemos considerarlo como un derecho “finalidad” de un proceso de consulta, o como un derecho “requisito” para que el Estado tome una decisión. El consentimiento como finalidad del proceso de consulta significa que el Estado debe organizar los procedimientos de tal modo que estén orientados al logro del consentimiento o acuerdo. Sin embargo, si aún instaurados dichos procedimientos de buena fe, no se logra dicho consentimiento o acuerdo, la consulta sigue siendo válida y el Estado está facultado a tomar una decisión. En cambio, hay otras situaciones en las que el consentimiento no es sólo el horizonte o finalidad de un procedimiento, sino que dicho consentimiento es un requisito para que el Estado tome una decisión. Este es el caso de situaciones en las que se puede poner en riesgo la integridad de un pueblo, como ocurre en los traslados poblacionales o casos afines³.

En cuanto a la forma de procedimiento, el CLPI es un proceso administrativo que brinda la oportunidad para que tanto los pueblos indígenas afectados como el/los proponente(s) del proyecto, puedan plantear sus preocupaciones e identificar las soluciones a los problemas antes de que los pueblos indígenas afectados decidan si otorgar o no su consentimiento.⁴



Para entender correctamente el CLPI tenemos que asumir el significado de cada uno de los elementos que la conforman: **Consentimiento** significa la manifestación de un acuerdo claro y convincente, de acuerdo con las estructuras para la toma de decisiones de los Pueblos Indígenas en cuestión, lo que incluye los procesos tradicionales de deliberación. Estos acuerdos deben contar con la participación plena de los líderes autorizados, los representantes o las instituciones responsables de la toma de decisiones que hayan determinado los mismos Pueblos Indígenas. **Libre** significa la ausencia de coacción y de presiones exteriores, entre ellas los incentivos monetarios (a menos que formen parte de un acuerdo mutuo final) y las tácticas de “dividir para conquistar”. Significa también la ausencia de cualquier tipo de amenaza o de represalias implícitas si la decisión final es un “no”. **Previo** significa que se permite tiempo suficiente para la recopilación de información y para el pleno debate, lo que incluye la traducción a los idiomas tradicionales antes de que se inicie el proyecto. No deberá existir ninguna presión para tomar la decisión con prisa, ni ninguna limitación temporal. Ningún plan o proyecto podrá comenzar antes de que este proceso haya concluido por completo y el acuerdo se haya perfeccionado. **Informado** significa la disponibilidad de toda la información relevante, en la cual se reflejan todas las opiniones y puntos de vista, incluyendo las aportaciones de los ancianos tradicionales, los guías espirituales, los practicantes de la economía de subsistencia y los poseedores de conocimientos tradicionales, con tiempo y recursos adecuados para poder considerar la información imparcial y equilibrada acerca de los riesgos y beneficios potenciales⁵.

³ Raquel Irigoyen, “ De la Tutela Indígena a la Libre Determinación del Desarrollo, Participación, Consulta y Consentimiento”, Lima, enero 2009. En el archivo del autor.

⁴ Fergus Mackay, El derecho de los pueblos indígenas al Consentimiento libre, previo, e informado y la revisión de las industrias extractivas del Banco Mundial, Forest People Programme, 2004. P 17.

⁵ Ver documento de trabajo preliminar sobre el principio del consentimiento previo de los pueblos indígenas fundamentado y dado libremente en relación con los aspectos del desarrollo que afectan a sus tierras y recursos naturales, que sirva de marco para la redacción de un comentario jurídico sobre este concepto por parte del Grupo de Trabajo presentado por la Sra. Antoanella Iu lia Motoc y la Fundación

3.- Fundamento normativo y jurídico de la consulta previa y del CLPI.

Los documentos normativos claves en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas son el Convenio No° 169 de la OIT sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989) y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). En dichos documentos se concretan los derechos a la Consulta y al CLPI y se establecen los contextos en los que tienen que aplicarse. Si bien la consulta viene establecida en el Convenio No 169 de la OIT, el CLPI se concreta mayormente a través de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas.

Por un lado el Convenio No 169 de la OIT nos revela el derecho a ser consultados de los pueblos indígenas a través de diferentes artículos: Art. 6 1 a. Deber de consulta a los pueblos indígenas cuando se adopten medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles; Art. 6.2 La consulta debe ser de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias, con finalidad de llegar a acuerdo o lograr consentimiento; Art. 7. Derecho a decidir prioridades del desarrollo, y participar en formulación y aplicación de planes de desarrollo; Art. 15 2 Consulta obligatoria antes de emprender actividad de exploración o explotación de minerales y/u otros recursos naturales que se encuentren en las tierras de dichos pueblos, participación en beneficios, indemnización por daños; Art. 16. Traslado con consentimiento previo.

Por su parte la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas también recoge ampliamente la obligación de los Estados de consultar con los pueblos indígenas⁶. Pero introduce de manera destacada el derecho de los pueblos indígenas a que se obtenga su CLPI cuando los Estados adopten decisiones que les afectan en relación con: su traslado desde sus tierras y territorios (Artículo 10); aquellas decisiones de carácter legislativo y administrativas que les afecten (Artículo 19); la explotación de sus tierras, territorios y recursos naturales (artículo 28); y la aprobación de proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente aquellos relacionados con el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. (Artículo 32.2).

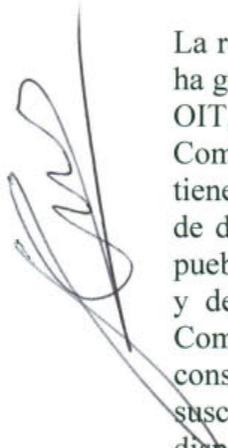
Además de los diferentes marcos normativos, existe una jurisprudencia muy interesante sobre la consulta previa y el CLPI que se ha gestado a través de diferentes mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. De todas ellas queremos destacar las referencias a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y al Relator Especial sobre los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas.

Tebtebba, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/4 de 8 de julio de 2004. Ver también el informe del Seminario Internacional sobre Metodologías relativas al Consentimiento Libre, Previo e Informado y los pueblos indígenas (17 al 19 de enero de 2005) E/c.19/2005/3.

⁶ La obligación de consultar con los pueblos indígenas aparece reiteradamente en diferentes artículos de la Declaración. Quizás el artículo 19 es donde se recoge con un carácter más general. Este artículo afirma que "Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado".

A) La Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Dentro de la OIT podemos destacar las observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en los casos de Bolivia⁷ (año 2000, 2004 y 2005) y Paraguay 2008. Extrapolando las argumentaciones más importantes sobre el derecho de consulta podemos decir que la consulta previa debe darse respecto de cualquier tipo de actividad, que pudiera realizarse en territorio indígena; La consulta es obligatoria cuando el Estado prevé realizar actividades en tierras o territorios indígenas incluso no titulados; La consulta debe darse antes de cualquier acto administrativo, previo a la autorización de cualquier actividad de exploración y explotación; La consulta previa debe ser hecha necesariamente por el Estado; La consulta constituye un proceso y no un acto informativo, con un tipo de procedimiento y con la finalidad de llegar a un acuerdo con los pueblos afectados; La consulta genera el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común.



La relevancia que la OIT otorga al derecho de consulta previa de los pueblos indígenas ha generado la realización de una Observación General sobre el Convenio No. 169 de la OIT, la cual introduce referencias importantes al derecho de consulta previa. La Comisión que realizó la Observación General no puede sino subrayar la importancia que tiene garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a decidir sus prioridades de desarrollo a través de consultas significativas y eficaces y la participación de esos pueblos en todas las etapas del proceso de desarrollo, especialmente cuando se debaten y deciden los modelos y prioridades de desarrollo. En relación a las consultas, la Comisión toma nota de dos desafíos fundamentales: Garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y tribales; E incluir disposiciones en la legislación que requieran consultas previas como parte del proceso en el que se determina si se otorgarán concesiones para la explotación y exploración de recursos naturales. La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión — con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas — de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes. Si se cumplen estos requisitos, las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos⁸.

⁷ Como consecuencia de dichas observaciones Bolivia incorporó el derecho de consulta previa obligatoria en la ley de Hidrocarburos. Posteriormente el Tribunal Constitucional en su sentencia del 02-02-2006 razonó que el derecho de consulta previa debe ser obligatorio en cuanto a su realización y que tal derecho forma parte del bloque de constitucionalidad.

⁸ OIT Derecho de consulta. Observación general sobre el Convenio N0 169 de la OIT. CEACR. Documento ilolex n° 052009169. Publicado 2009.

B) Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas.

En relación con los derechos de consulta y CLPI el Relator Especial ha afirmado con rotundidad que el deber que tienen los Estados de celebrar consultas efectivas con los pueblos indígenas se funda igualmente en los tratados esenciales de derechos humanos de las Naciones Unidas, en particular la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, el deber de celebrar consultas dimana de las obligaciones contraídas por los Estados en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según afirmó la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tanto el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, como el Comité de Derechos Humanos se han referido a las obligaciones que tienen los Estados de celebrar consultas con sus pueblos indígenas⁹.

Además establece con claridad una serie de requisitos claves para poder determinar la existencia de un proceso de consulta entre un Estado y una comunidad indígena. Según el Relator Especial la consulta debe realizarse de buena fe con miras a llegar a acuerdo o lograr consentimiento; se debe generar clima de confianza que permita un diálogo productivo; los pueblos indígenas tienen que recibir la información objetiva, completa sobre todos los aspectos del proyecto; El Estado debe hacer estudios sobre el impacto ambiental y social a fin de que se puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever; los pueblos indígenas deben conocer los estudios de impacto en la primera etapa de la consulta de modo de sea posible realizar observaciones; el consenso que se busca no es solo relacionado con la mitigación y compensación sino también con la distribución equitativa de beneficios; Los Estados no pueden transferir o delegar el deber de celebrar consulta a las empresas privadas¹⁰.

C) El Sistema Interamericano de derechos humanos.

En el sistema interamericano de derechos humanos también se han realizado diversos pronunciamientos importantes desde el punto de vista de los derechos de consulta y consentimiento previo, libre e informado. Por un lado podemos destacar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) encontró que las leyes interamericanas de derechos humanos requieren “medidas especiales que aseguren el reconocimiento de los intereses particulares y colectivos que los pueblos indígenas tienen en la ocupación y el uso de sus tierras tradicionales y sus recursos, y su derecho a no privarse de este interés, excepto cuando ha habido un consentimiento informado, bajo condiciones de igualdad y con una compensación justa.” La CIDH declaró que este derecho forma parte de un número de “principios legales generales internacionales aplicables en el contexto de los derechos humanos indígenas¹¹.”

⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Dº James Anaya, al Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/12/34 Para 40-41 de 15 de julio de 2009.

¹⁰ Supra Note. Para 44 – 57.

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 75/02, Caso N° 11.140, Mary y Carrie Dann (EEUU), Dic. 27, 2002. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 46, en párrafo 131. Ver también *reporte N° 96/03. Maya Indigenous Communities and their Members (Case 12.053 (Belice))*, 24 de octubre de 2003, párrafo 116. *Id.*, en párrafo 130. (pies de página omitidos)

Por otro lado la Corte Interamericana ha llegado a establecer un listado de requisitos que deben darse para poder definir un proceso de diálogo entre el Estado y una comunidad indígena afectada por un plan de desarrollo o inversión en su territorio como consulta. Fue en su sentencia del caso Saramaka contra Surinam (2007) cuando afirmó que: La consulta implica una comunicación constante entre las partes, a través de procedimientos culturalmente adecuados que deben tener como fin llegar a un acuerdo, y de conformidad con sus propias tradiciones. La consulta debe realizarse en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión (el aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado), debe asegurarse el conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria, y debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo indígena para la toma de decisiones. La Corte considera además que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. Por último, la Corte establece también el deber del Estado de compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con el pueblo Saramaka. De conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo Saramaka.¹²

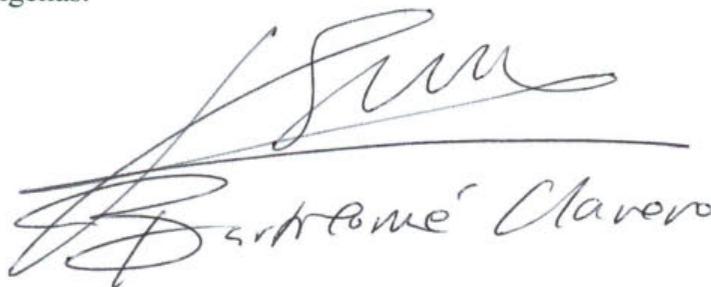


4.- Conclusiones.

Los derechos de consulta y CLPI se encuentran plenamente fundamentados en el derecho internacional de los derechos humanos y se integran en diferentes marcos normativos y jurisdiccionales que establecen obligaciones directas para los Estados. Especialmente para todos aquellos que han ratificado el Convenio No. 169 de la OIT

¹² Corte Interamericana de derechos humanos, sentencia del caso Saramaka v. Surinam. Pará 134, 135 y 141. En relación a la relevancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre los Estados que ha ratificado su jurisdicción hay que tener en cuenta que aun cuando los ordenamientos internos de los Estados no reconozcan a los pueblos indígenas los derechos que han sido establecidos por el derecho internacional, se puede afirmar que estos derechos se encuentran vigentes en ellos, al menos en los Estados que han reconocido la jurisdicción de la Corte. Ello en razón de que la Corte, a la luz interpretación evolutiva que ha realizado de las normas de la Convención Americana, hace extensivos a los pueblos indígenas derechos reconocidos por otros instrumentos internacionales de derechos humanos hoy vigentes, dentro y fuera del sistema interamericano, entre ellos en: el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas y las convenciones de derechos humanos de Naciones Unidas. La Corte considerando además para estos efectos como valida la interpretación autorizada que de estos derechos hacen sus propios órganos de tratado. Tales derechos constituyen lo que la propia Corte Interamericana ha denominado como el *corpus juris* de los derechos humanos, el que según precisara "...está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)". (Opinión Consultiva OC-16/199, pára. 115). Tal *corpus juris*, en el caso de los derechos de los pueblos indígenas (*Yakye Axa vs. Paraguay*) está conformado por el conjunto de normas de derechos humanos que establecen la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, contenidas en los instrumentos internacionales antes referidos. Además podemos mencionar también la cláusula de competencia que introduce el artículo 62.2 de la Convención Americana de derechos humanos, según la cual las sentencias interpretativas o de aplicación de derechos de la Corte Interamericana será de aplicación en todos los Estados que hayan asumido la jurisdicción de la Corte y hayan realizado dicha declaración de competencia. Argentina ha realizado dicha cláusula.

y/o que han reconocido la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los Estados tienen a su alcance herramientas suficientes para concretar las formas en las que debe reconocerse y aplicarse estos derechos gracias al desarrollo que se ha producido en diferentes mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos. La aplicación de estos derechos significa una obligación irrenunciable para los Estados en cuanto que actúan como garantía para la supervivencia de los pueblos indígenas y para la protección de sus derechos humanos. La no aplicación de estos derechos por cualquier instancia jurídica o administrativa de un Estado establece responsabilidades claras 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.



Bertram Clavero