

IV. Más allá del derecho a la consulta previa: Derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano frente a proyectos de inversión, desarrollo y extracción

*Cristina Blanco Vizarreta**

1. INTRODUCCIÓN

Han pasado más de cuatro décadas desde que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión Interamericana, CIDH o Comisión) emitió los primeros pronunciamientos sobre la situación de los pueblos indígenas del continente y casi quince desde la primera sentencia de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte, Corte Interamericana o Corte IDH) sobre el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Durante este tiempo, la Comisión y la Corte han hecho uso de los derechos reconocidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana o DADDH) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana o CADH) para dotarlos de un conteni-

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y magister en Derechos Humanos por la misma casa de estudios. Exabogada especialista de la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y de la Región de Mesoamérica y el Caribe de habla hispana de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Actualmente, es Coordinadora del Área Académica del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP (IDEH-PUCP), consultora externa de la CIDH y profesora de la Facultad de Derecho de la PUCP.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

do específico con claras obligaciones estatales frente a los pueblos indígenas de la región.

Uno de los ámbitos que ha requerido en mayor medida su atención, es la implementación de proyectos de extracción, inversión o desarrollo que impactan en los pueblos indígenas y tribales.¹ Ello se relaciona con que varios países del continente, y en especial los latinoamericanos y del Caribe, están inmersos en procesos cada vez más intensos de extracción de recursos naturales, actividad que constituye muchas veces parte central de su modelo de desarrollo económico.² Es preocupante notar que, con gran frecuencia, estos proyectos coinciden con tierras y territorios históricamente ocupados por pueblos indígenas y tribales, en tanto suele tratarse de zonas que albergan una cantidad significativa de recursos naturales o se encuentran ubicados en áreas consideradas estratégicas por diversas razones. Al mismo tiempo, ha sido advertido que si bien estos colectivos son comúnmente los más afectados, la vasta mayoría de los beneficios derivados de tales proyectos suelen recaer sobre otros, mientras que las zonas donde se realizan presentan cifras bajas de desarrollo socioeconómico.³

¹ Cabe notar que la Corte Interamericana ha explicado que el término “plan de desarrollo o inversión” utilizado en la sentencia recaída en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, “supone cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio Saramaka, en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras”. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, párr. 129, nota a pie 124.

² Véase *inter alia* Gudynas, Eduardo. *Extractivismos: Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la naturaleza*, RedGE/CLAES/PDTG, Lima, 2015.

³ Por ejemplo, el informe final del proceso de “Reseña de las Industrias Extractivas” del Banco Mundial concluyó que: “[s]e reconoce generalmente por los economistas que el crecimiento económico es un prerrequisito para el alivio a largo plazo de la pobreza de ingresos que se produzca en un país. Si las industrias extractivas son una fuente de crecimiento económico, entonces al menos deben tener el potencial de contribuir a la mitigación de la pobreza. El registro histórico de las industrias extractivas en la contribución al crecimiento económico ha sido mixto, sin embargo. Mientras que algunos países ricos en recursos tienen altos registros de crecimiento y alivio de la pobreza, otros han mostrado poco crecimiento económico o incluso han experimentado crecimiento negativo” [traducción propia].

Más allá del derecho a la consulta previa...

En el Sistema Interamericano ya se han conocido varios casos de afectación de pueblos indígenas y tribales frente a planes o proyectos de distinta índole. Los estándares desarrollados al respecto parten de reconocer que si bien las normas de derechos humanos no impiden ni desalientan el desarrollo, sí exigen que el mismo tenga lugar en condiciones tales que se respeten y se garanticen los derechos humanos de los colectivos afectados. El desarrollo y consolidación del derecho a la consulta previa, libre e informada ha sido una importante garantía para brindar la protección requerida en estos contextos. A través de un sólido desarrollo jurisprudencial de este derecho, los órganos del SIDH han asumido un papel progresivo y garantista, otorgando la protección de diversos pueblos y comunidades de la región que recurren en busca de la tutela que no encuentran en sus países. De forma indirecta, ha favorecido también que otros pueblos del continente vean tutelados sus derechos, gracias a la acción de los órganos jurisdiccionales internos que se han servido de los pronunciamientos del Sistema Interamericano.⁴ Así, el actuar de la CIDH y la Corte Interamericana ha llenado en cierto modo los vacíos derivados de la ausencia de un instrumento internacional específico en el continente americano en materia de pueblos indígenas, y se ha erigido como un motor de la actividad jurisprudencial y, en ocasiones, normativa de los Estados.⁵

Véase Banco Mundial. *Hacia un Mejor Equilibrio: El Grupo del Banco Mundial y las Industrias Extractivas. Informe Final de la Reseña de las Industrias Extractivas*. vol. I, diciembre 2003, pp. 2-3, y 45.

- ⁴ Para una recopilación de pronunciamientos internos al respecto, véase Galvis Patiño, María Clara y Ramírez Rincón, Ángela María, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*, Washington, DPLF, 2013.
- ⁵ Recordemos que una de las grandes deudas con los pueblos indígenas del continente es la aprobación del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En 1989, la Asamblea General de la OEA solicitó a la Comisión Interamericana la redacción de un instrumento jurídico respecto a los derechos de las “poblaciones” indígenas. Tras realizar una serie de consultas nacionales y regionales a organizaciones indígenas, expertos en la materia y gobiernos, en 1997 la CIDH aprobó el “Proyecto de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” y lo entregó a la Asamblea General de la OEA. Transcurridos quince años, a la fecha el texto no ha sido aprobado por los Estados miem-

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Aunque sin duda el Sistema Interamericano es uno de los más protectores en la materia, es innegable que sus estándares son perfectibles. Más allá de los diversos retos que enfrenta, vinculados, entre otros, a la excesiva carga procesal y al incumplimiento de sus decisiones,⁶ a nivel jurisprudencial es posible hacer algunas reflexiones dirigidas a reforzar los estándares existentes. En efecto, el derecho a la consulta en los términos desarrollados hasta el momento, parece no ser suficiente de cara a una realidad sumamente desafiante y diversa, así como a avances dados en otros ámbitos, por ejemplo, en el Sistema Universal de Derechos Humanos.

Por otro lado, partimos por considerar que si bien es indudable su importancia y el rol fundamental que cumple en todo Estado multiétnico y pluricultural,⁷ el derecho a la consulta no es el único exigible. Los esfuerzos por hacer frente a los diversos ámbitos de afectación que puede representar la implementación de un proyecto para un pueblo indígena o tribal no deben centrarse únicamente en este derecho que, como todos, tiene un alcance y contenido limitados. Se sugiere, por tanto, dar énfasis a otras obligaciones contenidas en los instrumentos interamericanos, especificando su contenido en contextos de actividades extractivas, de desarrollo o inversión que afecten a los pueblos indígenas y tribales.

bros, sino que continúan las negociaciones. Para información detallada sobre el estado actual del proceso véase http://www.oas.org/es/sla/ddi/pueblos_indigenas_apoyo_elaboracion_proyecto_declaracion.asp

⁶ Con relación a los principales retos que enfrenta el SIDH, véase por ejemplo, AA.VV., *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2015. En cuanto a la falta de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales, pueden consultarse las resoluciones de supervisiones de cumplimiento emitidas. Véase *inter alia* Corte IDH. *Casos de las Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 junio de 2015; y Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de septiembre de 2013.

⁷ Véase al respecto Cerqueira, Daniel, *Por un fundamento ético-jurídico de la participación diferenciada de los pueblos indígenas en las decisiones estatales*, *THĒMIS-Revista de Derecho*, núm. 67, 2015, pp. 155-166.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente artículo presento algunas consideraciones iniciales que, lejos de agotar el asunto, puedan contribuir a la reflexión en torno, por un lado, a cómo continuar la construcción de estándares cada vez más sólidos en materia del derecho a la consulta y, por otro, a dotar de un contenido específico a obligaciones estatales frente a planes o proyectos que afectan a estos colectivos, más allá del deber de consultar.

Para ello, en primer lugar hago un breve recuento de los criterios de la CIDH y la Corte en materia del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y el derecho a la consulta. Una vez establecido el punto de partida, abordo los principales aspectos en que puede fortalecerse el alcance y contenido del derecho a la consulta previa en el Sistema Interamericano. Posteriormente, me refiero a otras tres obligaciones que considero esenciales y que se derivan de los instrumentos interamericanos, pero que no han recibido atención suficiente en este ámbito. Abordaré, en concreto, el deber de implementar un marco normativo adecuado para la protección de los derechos de los pueblos indígenas que abarque no solo el derecho a la consulta previa, sino también la protección general de los derechos territoriales de los pueblos indígenas frente a actividades extractivas, de desarrollo o inversión. Igualmente, me referiré a los deberes de prevención y supervisión de la actividad empresarial durante todo el ciclo de vida del proyecto, y no solo en las primeras etapas del mismo, momento que es crucial pero no el único relevante y en el cual parece haberse centrado, en mayor medida, la actividad jurisprudencial del SIDH. Por último, destacaré el derecho de acceso a la justicia y reparación de los derechos de los pueblos indígenas afectados por proyectos de extracción e inversión.

2. TRAS QUINCE AÑOS DE AWAS TINGNI: BREVE MIRADA A LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA EN MATERIA DEL DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA

La situación de los pueblos indígenas y tribales ha sido de preocupación del Sistema Interamericano desde hace varias décadas, como muestra, ya en el año 1972, en su resolución sobre “Protección Especial de las Poblaciones Indígenas-Medidas para Comba-

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

tir el Racismo y la Discriminación Racial”, la Comisión Interamericana afirmó que “por razones históricas, principios morales y humanitarios, era un compromiso sagrado de los Estados proteger especialmente a las poblaciones indígenas”.⁸ A lo largo de los años, este compromiso —postulado en términos principalmente morales o políticos— ha ido dando paso a un conjunto de obligaciones jurídicas de los Estados con relación a los derechos de los pueblos indígenas.⁹ Así, junto con las obligaciones generales de derechos humanos,¹⁰ la CIDH y la Corte Interamericana han reconocido que los Estados deben adoptar medidas especiales y específicas destinadas a proteger, favorecer y mejorar el ejercicio de los derechos humanos por los pueblos indígenas y sus miembros.¹¹

⁸ Resolución sobre “La Protección Especial para Poblaciones Indígenas, acción para combatir el racismo y la discriminación racial”, citada en CIDH. *Caso Yanomami*, informe 12/85, informe anual 1984-1985, párr. 8.

⁹ Por ejemplo, en 1972, en el *Caso de las Comunidades Guahibos vs. Colombia*, la CIDH señaló la obligación del Estado de defender las tierras indígenas [CIDH. *Comunidades Guahibos vs. Colombia*, Caso 1690. 1972, secc. II, e]. Algunos años después la Comisión fue más adelante con la resolución referida al pueblo Yanomami del noroeste de Brasil, mediante la cual recomendó delimitar y demarcar el parque Yanomami, convirtiéndose así en “la primera [] resolución de un organismo intergubernamental [que] solicitaba esa demarcación” [CIDH. *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*. OEA/Ser.L/VII.108. Doc. 62. 20 octubre 2000]. En los años siguientes, la Comisión conoció varios casos relativos a derechos territoriales de comunidades indígenas, en los que propició encuentros favorables entre las partes. Haciendo uso del mecanismo de solución amistosa, la Comisión ejerció una tarea de direccionamiento para la concreción de acuerdos que permitan dar respuesta a la afectación a los derechos de los pueblos indígenas en la región. CIDH. *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*. OEA/Ser.L/VII.108. Doc. 62. 20 octubre 2000.

¹⁰ En el marco del SIDH, el deber de los Estados miembros de la OEA, de promover y proteger los derechos humanos, emana de las obligaciones de derechos humanos recogidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Asimismo, los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, exigen explícitamente a los Estados parte “respetar” y “garantizar” el “libre y pleno ejercicio” de los derechos allí reconocidos, inclusive mediante la adopción de “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos”.

¹¹ CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, cap. IX,

Sin duda, el ámbito que ha requerido mayor atención de los órganos del SIDH es el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales, y los recursos naturales que en ellos se encuentran. Ello pues, en palabras de la CIDH, “su goce efectivo implica no solo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra”.¹² En junio de 1998, la Comisión envió a la Corte Interamericana el primer caso referido al derecho a la propiedad de una comunidad indígena, la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni de Nicaragua, caso histórico al ser la primera piedra en el posterior desarrollo jurisprudencial. Desde entonces, la CIDH ha presentado ante la Corte varios otros asuntos sobre el derecho a la propiedad de pueblos indígenas y tribales; tres de ellos referidos a comunidades del pueblo Enxet en Paraguay,¹³ uno sobre el pueblo tribal de Saramaka en Surinam,¹⁴ sobre el pueblo indígena Kichwa de Sarayaku en Ecuador,¹⁵ los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano en Panamá,¹⁶ y dos referidos a comunidades del pueblo Garífuna en Honduras.¹⁷ A ello se suman los casos resueltos

párr. 13. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *supra*, párr. 63.

- ¹² CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso de Yakye Axa vs. Paraguay*. En Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *supra*, párr. 12, lit. c.
- ¹³ *Idem*. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, *supra*; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C, núm. 214.
- ¹⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*.
- ¹⁵ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245.
- ¹⁶ Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C, núm. 284.
- ¹⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 305. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C, núm. 304.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

por la CIDH con relación a Estados que no han ratificado la Convención Americana, como el caso de *Mary y Carrie Dann*, relativo a Estados Unidos¹⁸ y el de las *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* con relación a Belice.¹⁹

A través de tales pronunciamientos, la Comisión y la Corte han desarrollado conjuntamente el contenido del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana y en el artículo XXIII de la Declaración Americana. Este derecho ha ofrecido la vía más importante para el reconocimiento y protección del territorio ancestral y con ello, la protección de una serie de elementos vinculados a su cosmovisión, vida espiritual y forma de subsistencia tradicional. Puede decirse que la jurisprudencia del SIDH, al respecto, parte de tres premisas fundamentales:

- (i) el derecho a la propiedad se extiende más allá de la clásica forma individualista de entender la propiedad y permite proteger la concepción colectiva sobre la tierra y el territorio tradicional existente entre los pueblos indígenas y tribales;²⁰
- (ii) estos pueblos poseen una relación especial con la tierra y el territorio ancestral en tanto cumple un rol fun-

¹⁸ CIDH. Informe 75/02 (Fondo). Caso 11.140. *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002.

¹⁹ CIDH. Informe 40/04 (Fondo). Caso 12.053. *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* (Belice), 12 de octubre 2004.

²⁰ Esta consideración se refleja desde la primera sentencia conocida por la Corte sobre la materia. En efecto, en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, la Corte estableció que: “Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79, párr. 148.

Más allá del derecho a la consulta previa...

- damental para su supervivencia física y cultural como pueblos,²¹ y
- (iii) el derecho a la propiedad protege no solo la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales, sino también con los recursos naturales que se encuentran en ellas y que han utilizado tradicionalmente.²²

Teniendo como base lo anterior, los órganos del SIDH han dotado de un contenido específico al derecho a la propiedad colectiva, desarrollando obligaciones estatales correlativas. Se han referido, entre otras, a la obligación de reconocimiento, delimitación, demarcación y protección efectiva; al derecho a la restitución del territorio ancestral; y al derecho a la consulta previa, libre e informada y, en su caso, al consentimiento frente a decisiones que les afecten. Esta última obligación ha concitado particular atención, dado el contexto advertido que determina que hoy en día uno de los escenarios más comunes de afectación a los derechos de los pueblos indígenas y tribales sea la implementación de planes y proyectos de desarrollo y extracción. Esta especial atención se ha dado en un contexto internacional y en varios escenarios nacionales en los cuales la bandera de batalla ha sido el derecho a la consulta.

Ello, en tanto que en el derecho internacional se ha dado un contenido específico al deber de realizar consultas previas con los pueblos indígenas frente a medidas susceptibles de afectarles

²¹ Así por ejemplo, en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* la Corte afirmó “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, *supra*, párr. 149. Véase al respecto, Stavenhagen, Rodolfo. *The Ethnic Question. Conflicts, Development and Human Rights*. Tokio, The United Nations University, 1990, p. 101.

²² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *supra*, párr. 137. Como explicó la Corte en el *caso Saramaka*, “[...] el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio”. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, parr. 122.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

directamente. En efecto, el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas se encuentra protegido tanto por instrumentos internacionales de derechos humanos específicos —como el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas—²³ como por tratados de derechos humanos generales, con base en las interpretaciones hechas por los órganos encargados de su supervisión, como los pactos internacionales de derechos civiles y políticos (PIDCP), y de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC),²⁴ y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.²⁵

A la luz de tales instrumentos y pronunciamientos internacionales, la CIDH y la Corte han desarrollado principalmente el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales en las sentencias del *Pueblo de Saramaka vs. Surinam*, el *Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, y recientemente, de la *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*.²⁶ En sus pronunciamientos, la Corte Interamericana ha establecido que si bien el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales no es absoluto, para restringirlo o limitar su ejercicio los Estados

²³ El derecho a ser consultado se encuentra estipulado en el Convenio 169 de la OIT (arts. 6 y 7), en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (arts. 27 y 32), así como en el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (art. XXIV).

²⁴ Véase *inter ali* ONU. Comité de Derechos Humanos. Comentario General 23. Artículo 27, Derecho de las minorías, 50º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 183 (1994). ONU. Comité de Derechos Humanos. *Caso Ángela Poma Poma vs. Perú*, comunicación 1457/2006. CCPR/C/95/D/1457/2006, 24 de abril de 2009.

²⁵ Véase ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248 (1997). ONU. CERD, observaciones finales relativas a Guyana, 04 de abril de 2006, CERD/C/GUY/CO/14, párr. 19; Guatemala, 15 de mayo de 2006, CERD/C/GTM/CO/11, parr. 19; Surinam, 18 de Agosto de 2005, Decisión 1(67), CERD/C/DEC/SUR/4, párr. 3; Estados Unidos de América, 14 de agosto de 2001, A/56/18, parr. 380-407.

²⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, *supra*, núm. 305. párrs. 154 y ss.

deben cumplir ciertas garantías, conformadas por un estándar tripartito. En primer lugar, deben dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana para los casos de expropiación. En concreto, tales restricciones deben encontrarse previamente establecidas por ley, deben ser necesarias, proporcionales y deben tener como fin lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.²⁷

El segundo requisito consiste en que el otorgamiento de la concesión no afecte la supervivencia del pueblo indígena o tribal correspondiente de conformidad con sus modos ancestrales de vida.²⁸ Cabe hacer notar que, como señaló la Corte en la sentencia de interpretación del caso *Saramaka*, la “supervivencia” no se identifica con la mera subsistencia física, sino que “debe ser entendida como la capacidad de los [pueblos indígenas] de «preservar, proteger y garantizar la relación especial que tienen con su territorio», de tal forma que puedan «continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas [...]». Por tanto, el término «supervivencia» significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física”.²⁹

La tercera garantía establecida por la Corte consta a su vez de tres condiciones, orientadas a garantizar la supervivencia como pueblos, esto es, su participación efectiva “en los procesos de diseño, ejecución y evaluación de los proyectos de desarrollo que se llevan a cabo en sus tierras y territorios ancestrales”;³⁰ el otor-

²⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172. párr. 127. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párr. 156. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, *supra*, núm. 305. párr. 154.

²⁸ En términos de la Corte Interamericana, “otro factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, párr. 128; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. núm. párr. 156.

²⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 185. párr. 37.

³⁰ CIDH, *Informe de Seguimiento, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 157.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

gamiento de los beneficios derivados del proyecto y la realización de estudios previos de impacto socioambiental.³¹ Sin pretender hacer un abordaje exhaustivo de cada uno, a efectos del presente artículo, cabe recordar que la referida *participación efectiva* consiste precisamente en el derecho a la consulta previa, libre e informada. Los órganos del Sistema Interamericano han sido enfáticos en señalar que los procesos de consulta deben cumplir con determinados requisitos, como realizarse de modo previo, lo que supone que se realicen “desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta [...]”.³² Además, deben ser culturalmente adecuados y tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo correspondiente para la toma de decisiones, así como sus formas propias de representación.³³ Adicionalmente, debe ser informada, lo que supone la provisión de información plena y precisa de la naturaleza y consecuencias del proceso a las comunidades consultadas.³⁴ Debe realizarse de buena fe³⁵ y con la finalidad de llegar a un acuerdo.³⁶

³¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 185, párr. 38.

³² Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párrs. 167 y 180-182; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, párr. 133.

³³ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172, párrs. 27, 131, 133, 154; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, *supra*, párrs. 201-202.

³⁴ CIDH, Informe 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172, párr. 133; CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997; CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997; CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248.

³⁵ La inexistencia de “buena fe” ha sido desvirtuada por la Corte frente a prácticas como la corrupción de líderes o autoridades indígenas, la creación de estructuras de autoridad paralelas, o los intentos de desintegración comunitaria mediante el ofrecimiento a la venta individual de la tierra indígena. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párr. 186.

³⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172, párr. 133; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párrs. 185-187.

Más allá del derecho a la consulta previa...

La Corte ha destacado al respecto que “la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del derecho internacional” y que “está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas”.³⁷ Dicho Tribunal ha precisado también que “es deber del Estado —y no de los pueblos indígenas— demostrar efectivamente, en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas”.³⁸ Es importante notar que en el caso *Saramaka vs. Surinam* la Corte señaló que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena], el Estado tiene la obligación, no solo de consultar al pueblo indígena, sino también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado de este, según sus costumbres y tradiciones”.³⁹ Este aspecto constituye uno de los mayores aportes del Sistema Interamericano, y a la vez genera importantes retos, al ser necesario un mayor desarrollo, pues a la fecha la Corte no se ha pronunciado nuevamente al respecto.

Por otro lado, se encuentra el establecimiento de mecanismos de *participación en los beneficios del proyecto* a favor de las comunidades o pueblos afectados por la extracción de recursos naturales, planes o proyectos de inversión o desarrollo.⁴⁰ En opinión de la Corte, “[...] el concepto de compartir los beneficios [...] es inherente al derecho de indemnización reconocido

³⁷ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párrs. 164-165.

³⁸ *Ibidem*, párr. 179.

³⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172, párr. 134.

⁴⁰ CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 2009. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, recomendaciones 5 y 6; CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párrs. 248 y 297, recomendaciones 5 y 6.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

en el artículo 21.2 de la Convención” y “se extiende no solo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad”.⁴¹

La tercera garantía es la *realización de estudios previos de impacto social y ambiental* (EISA), llevados a cabo por “entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado”.⁴² Los EISA responden a la finalidad última de “preservar, proteger y garantizar la relación especial” de los pueblos indígenas con sus territorios y garantizar su subsistencia como pueblos.⁴³ Para la Corte Interamericana, se viola el artículo 21 de la Convención Americana cuando el Estado no lleva a cabo o supervisa estudios ambientales y sociales previos al otorgamiento de las concesiones.⁴⁴ Los EISA deben realizarse con carácter previo a la aprobación de los planes respectivos,⁴⁵ y los Estados deben permitir a los pueblos indígenas o tribales participar en

⁴¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172, párrs. 138-139. Según advierte la Corte en dicha sentencia, en este mismo sentido, se han pronunciado distintos órganos internacionales de derechos humanos. Véase *inter alia* ONU, Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador*, párr. 16. ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión (quincuagésimo novena sesión), ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 66.

⁴² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172, párr. 129; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párr. 205.

⁴³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 185, párr. 40. CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 254.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172, párr. 154.

⁴⁵ *Ibidem*, *supra*, núm. 185, párr. 41; Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párrs. 205-206.

la realización de los mismos.⁴⁶ En términos generales, los EISA “deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo [indígena o tribal correspondiente]”,⁴⁷ y sus resultados deben ser compartidos con las comunidades, a fin de que puedan tomar una decisión informada.

En suma, estas garantías específicas se complementan entre sí y apuntan a que las decisiones en torno al territorio sean tomadas por el propio pueblo o comunidad indígena, de modo que se garantice no solo su supervivencia física y cultural, sino también su propia concepción de desarrollo y la continuidad de su cosmovisión, modo de vida tradicional, identidad cultural, estructura social y sistema económico.

3. ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO AL DERECHO A LA CONSULTA

Mucho se ha escrito sobre el derecho a la consulta y la jurisprudencia del Sistema Interamericano. En esta nota quisiera centrarme en hacer una mirada crítica sobre aquellos aspectos que pueden resultar más problemáticos. Si bien es posible identificar otros ámbitos que requerirían ser reforzados, he optado por aquellos cuatro que considero principales, a partir de un análisis de las sentencias emitidas y los temas aún no tratados a profundidad. Me referiré, en concreto, a

- (i) la aproximación del derecho a la consulta —que parece haber primado hasta el momento— centrada en el cumplimiento de las garantías de forma del proceso;
- (ii) el alcance del derecho a la consulta, entendiendo que no se limita a proyectos extractivos, de desarrollo o inversión que puedan afectar tierras y territorios indígenas, aunque sobre este supuesto han versado todos los casos conocidos hasta ahora;

⁴⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 185, párrs. 16 y 133.

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 41.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

- (iii) el momento desde el cual es exigible la consulta y la base jurídica de la misma, y
- (iv) el tratamiento dado —y dejado de lado— por la Corte Interamericana a los supuestos en que es exigible obtener el consentimiento de los pueblos afectados y no solo realizar una consulta.

En cuanto al primer punto, las sentencias de la Corte emitidas hasta el momento en materia de consulta se han enfocado en desarrollar los fundamentos jurídicos del derecho a la consulta con base en el derecho interamericano y en establecer con precisión aquellas garantías que deben regir todo proceso de consulta. Ello ante casos en que claramente no se había realizado una consulta previa. Es decir, el énfasis se ha dado en el cumplimiento de las garantías del proceso de consulta, esto es, en que se realice de modo previo, libre e informado, de buena fe, culturalmente adecuado, entre otros.

Pero, como se viene haciendo evidente en la práctica, el cumplimiento de este derecho no puede enfocarse únicamente en el cumplimiento de las garantías que rigen el proceso, sino también —y de manera fundamental— en que permita garantizar efectivamente los derechos que se verían afectados por el proyecto de que se trate. En efecto, distintas organizaciones de la sociedad civil y pueblos indígenas de la región han expresado desencanto y desazón en torno a que la consulta previa sea evaluada únicamente desde visiones formalistas, en las que el contenido de este derecho venga dado solo por el cumplimiento de las garantías de forma referidas. Esta idea ha sido advertida también por el exrelator especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, al referirse a “[a]cuerdos y asociaciones equitativos y centrados en los derechos”, entendiéndolo por ello lo siguiente:

[...] el principio del consentimiento libre, previo e informado no cumple su función de protección y eje de los derechos de los pueblos indígenas a menos que el consentimiento, cuando se obtiene, se dé en condiciones justas y equitativas. En consecuencia, está ganando terreno la idea de que los acuerdos con los pueblos indígenas que permiten la realización de proyectos extractivos en sus territorios deben basarse en el pleno respeto de sus derechos en relación

Más allá del derecho a la consulta previa...

con las tierras y los recursos afectados, y prever una distribución equitativa de los beneficios de los proyectos en un marco de verdadera asociación.⁴⁸

De este modo, la consulta debe ser concebida fundamentalmente como un medio para garantizar los derechos de los pueblos indígenas que de otro modo se verían afectados por determinado proyecto. No debe concebirse que todo es negociable, sino que debe haber un límite en asegurar el contenido de derechos esenciales para estos pueblos. La consulta debe permitir, en suma, garantizar que tales pueblos puedan adoptar decisiones autónomas sobre su destino, sus prioridades sociales, económicas y culturales.

Con relación al segundo punto, el objeto de la consulta previa, se observa que el desarrollo jurisprudencial del SIDH —basado en el derecho a la propiedad colectiva— se ha centrado fundamentalmente en proyectos concretos de extracción de recursos naturales. En el ámbito internacional, no obstante, el derecho a la consulta no se limita a estos supuestos, sino que es exigible frente a cualquier medida susceptible de afectarles directamente. Así se establece en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, en el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y en pronunciamientos de diversos organismos de derechos humanos e incluso tribunales internos. Incluso en países como Perú, donde se han dado pasos importantes en la implementación de este derecho, se tiene experiencia en someter a consulta medidas relacionadas a políticas públicas de diversos rubros, como en materia de educación intercultural bilingüe⁴⁹ o salud intercultural.⁵⁰

Aunque la Corte Interamericana no ha negado este alcance y se ha servido de la definición internacional existente, las posibles

⁴⁸ ONU. Informe del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*, A/HRC/24/41, 1 de julio de 2013, párr. 72.

⁴⁹ Disponible en <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/proceso-de-consulta-previa-para-el-plan-nacional-de-educacion-intercultural-bilingue/>

⁵⁰ Disponible en <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/politica-sectorial-de-salud-intercultural/>

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

interpretaciones y aplicaciones restrictivas que tienden a darse en algunos países aconsejan un mayor desarrollo al respecto. Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana, uno de los tribunales internos que tradicionalmente ha sido considerado progresista en la materia, ha explicado que “su ámbito material de procedencia está dado por la afectación directa de cualquiera de los derechos de las comunidades indígenas y no exclusivamente por la eventual incidencia en los territorios indígenas”.⁵¹ Dado que no siempre se relacionará con la propiedad indígena, ello exigiría desarrollar la fundamentación de su contenido utilizando otros derechos, como el de participación política, recogido en el artículo 23 de la Convención Americana y 20 de la Declaración Americana.

Asimismo, un concepto clave para determinar la procedencia de la consulta previa es el de “afectación directa”. Si bien los órganos del Sistema Interamericano no se han pronunciado específicamente al respecto, es preocupante notar que en el caso *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, la Corte deja ver un entendimiento un tanto restrictivo de este concepto, en tanto parece entender que la venta de tierras no es claramente un supuesto de afectación directa.⁵² En concreto, la Corte señala que “[...] los representantes se refirieron al proyecto «Punta Isopo resort». Indicaron que se habrían vendido unos 39 611.02 m² de tierras a favor de una empresa «Punta Hisopo Resort, R.L. de C.V.» y otros particulares. No obstante, la Corte no cuenta con los elementos probatorios necesarios para determinar si dicho proyecto habría afectado directamente a la comunidad, por lo que no se puede pronunciar sobre una posible violación del derecho a la consulta”. Si como parece dar a entender la Corte, las tierras vendidas pertenecían al territorio reclamado por la comunidad, la propia enajenación es un supuesto claro de afectación directa, con independencia del objetivo para el cual fueron vendidas. Sería aconsejable que un próximo fallo desarrolle este concepto de manera suficientemente amplia para englobar la diversidad de situaciones que enfrentan los pueblos

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-376/12, 18 de mayo de 2012, párr.15.

⁵² Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, supra, núm. 305, párr. 172.

indígenas y tribales. Para ello, puede valerse de las definiciones esbozadas por el exrelator James Anaya,⁵³ o la citada Corte Constitucional colombiana.⁵⁴

El tercer punto se refiere al momento desde el cual es exigible la consulta en opinión de la Corte Interamericana, lo que se vincula con su fundamento jurídico. Recordemos que el caso hito en que desarrolla este derecho —esto es, la sentencia del *pueblo Saramaka*— se refería a un Estado no parte del Convenio 169 de la OIT y la Corte interpretó el artículo 21 de la Convención Americana a la luz de las obligaciones contenidas en el PIDCP y el PIDESC. En efecto, acudió a estos instrumentos, como habían

⁵³ James Anaya ha señalado al respecto que: “[]es aplicable [refiriéndose a la consulta previa] siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas”. ONU. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.

⁵⁴ La Corte Constitucional de Colombia ha indicado que: “De la exposición realizada hasta este punto se desprenden entonces diversos estándares para la determinación de la afectación directa. (i) De los fallos de revisión de tutela y unificación reiterados en el acápite precedente, se desprende que la *afectación directa* hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas; a su turno, las sentencias de constitucionalidad recién reiteradas plantean como supuestos de afectación directa, (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica. Finalmente, (iv) el relator de las Naciones Unidas sobre la situación de derechos de los indígenas plantea que la afectación directa consiste en una incidencia *diferencial* de la medida frente a los pueblos indígenas y en comparación con el resto de la población”. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-376/12, 18 de mayo de 2012, párr. 22.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

sido interpretados por el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para determinar el contenido del artículo 21 de la Convención Americana en su aplicación a Surinam.⁵⁵

Posteriormente, en el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* —Estado que sí ha ratificado el Convenio 169 de la OIT— la Comisión Interamericana sostuvo que el derecho a la consulta previa no se basa únicamente en dicho Convenio, sino que tiene fundamento en derechos reconocidos en los instrumentos interamericanos, respecto al cual se había pronunciado al menos desde 1995.⁵⁶ La Corte, por su parte, consideró que el Estado “adquirió el compromiso internacional de garantizar el derecho a la consulta” al ratificar el Convenio 169 de la OIT y afirmó que desde este momento es exigible la consulta.⁵⁷ En este mismo fallo, afirmó que “la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del derecho internacional”, sin referirse a las consecuencias jurídicas de tal afirmación.⁵⁸ De modo similar, en la reciente sentencia del caso *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, la Corte expresamente rechazó un alegato en torno a una medida inconsulta debido a que fue adoptada antes de la ratificación del Convenio 169 por parte de Honduras.⁵⁹

⁵⁵ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172, párrs. 93 y 130.

⁵⁶ Véase CIDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros*, Caso 12.465 contra Ecuador, 26 de abril de 2010, párrs. 120 y ss.

⁵⁷ En particular, consideró que: “Si bien antes de la ratificación de dicho Convenio existía la obligación de garantizar al pueblo Sarayaku el derecho al goce efectivo de su propiedad conforme su tradición comunitaria, teniendo en cuenta las particularidades propias de su identidad indígena en su relación con el territorio, desde que el Estado adquirió el compromiso internacional de garantizar el derecho a la consulta, al ratificar en abril de 1998 el Convenio N° 169 de la OIT, y desde que se consagraron constitucionalmente los derechos colectivos de los Pueblos indígenas y afroecuatorianos, al entrar en vigor la Constitución Política del Ecuador de 1998, la empresa CGC inició actividades de prospección sísmica a partir de julio de 2002”. Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párr. 172.

⁵⁸ *Ibidem*, núm. 245, párr. 164.

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, *supra*, núm. 305, párr.161.

Tales pronunciamientos dan lugar a algunas preguntas. Por ejemplo, si el fundamento de este derecho no es únicamente el Convenio 169 de la OIT —siguiendo la sentencia del caso *Saramaka*—, ¿por qué es exigible desde la ratificación de dicho Convenio? Para aquellos Estados que no han ratificado el Convenio, ¿desde cuándo les será exigible esta obligación general que refiere la Corte? La ocasión para un desarrollo coherente al respecto está dada en un caso contra Surinam, similar al del pueblo *Saramaka*.⁶⁰

Por último, otro aspecto sobre el que conviene llamar la atención es el referido a los supuestos de consentimiento. Al respecto, recordemos que en la sentencia del caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte Interamericana afirmó expresamente que “cuando se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena o tribal], el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a [l] pueblo], sino también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado de este, según sus costumbres y tradiciones”.⁶¹ Asimismo, en la sentencia de interpretación de dicho caso, la Corte expresó que “dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo *Saramaka*”. Así, explicó que “cuando se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo *saramaka*, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los *saramaka*, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones”.⁶²

Para determinar el alcance de la expresión “planes de desarrollo o de inversión a gran escala”, la Corte Interamericana se refirió al siguiente pronunciamiento del exrelator especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen:

⁶⁰ Véase CIDH, comunicado 9/14, CIDH presenta caso sobre *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam* a la Corte IDH, Washington, D.C., 4 de febrero de 2014.

⁶¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172, párr. 134.

⁶² *Ibidem*, *supra*, núm. 185, párr. 17.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

[...] 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 sobre la misma, la explotación en gran escala de los recursos naturales incluidos los recursos del subsuelo, la construcción de centros urbanos, fábricas, instalaciones mineras, centrales energéticas, refinerías, complejos turísticos, instalaciones portuarias, bases militares y empresas similares.⁶³

Este aspecto fue uno de los mejor acogidos por los pueblos indígenas y tribales y las organizaciones de la sociedad civil, y representaba sin duda un avance importante y coherente con pronunciamientos de otros organismos internacionales de derechos humanos. Así, la Corte estableció que si bien la regla es la consulta, existen supuestos excepcionales en que está en riesgo la supervivencia misma del pueblo frente a proyectos de gran escala en que es exigible el consentimiento.

En las sentencias posteriores, sin embargo, la Corte omitió referirse nuevamente a este supuesto de consentimiento, en un intento, al parecer, por dejarlo de lado. Ello, sin embargo, parece improbable en un contexto en que organizaciones indígenas y de la sociedad civil se decantan cada vez más por exigir el consentimiento y no solo la consulta. Incluso tribunales internos como la Corte Constitucional de Colombia han recogido ya la exigencia de obtener el consentimiento excepcionalmente, en los mismos términos desarrollados en *Saramaka*.⁶⁴ No deja de ser preocupante esta omisión de la Corte Interamericana si la miramos de

⁶³ ONU. Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión, 21 de enero de 2003, párr. 6.

⁶⁴ En efecto, la referida Corte Constitucional ha considerado que frente a una afectación especialmente intensa al territorio colectivo de los pueblos indígenas, el deber de asegurar la participación de los pueblos no se agota en la consulta, sino que es preciso la obtención del consentimiento libre, informado y expreso como condición de procedencia de la medida. Corte Constitucional. Sentencia T-376 de 2012, II. Consideraciones y Fundamentos, párr. 8.

forma comparativa con otros organismos de derechos humanos. En el ámbito del sistema de las Naciones Unidas, por ejemplo, el exrelator James Anaya ha invertido la regla al señalar que, como principio general, debe regir la obtención del consentimiento y excepcionalmente procede solo realizar un proceso de consulta.⁶⁵ No debe perderse de vista, además, que tanto el Convenio 169 como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establecen supuestos concretos en que es exigible el consentimiento, como frente al desplazamiento de los pueblos indígenas⁶⁶ o en caso de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas.⁶⁷ Confiamos en que en los próximos casos a resolver la Corte Interamericana retome y desarrolle este extremo fundamental de su jurisprudencia.

4. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES FRENTE A PROYECTOS DE EXTRACCIÓN, DESARROLLO O INVERSIÓN: PENSANDO FUERA DE LA CAJA DEL DERECHO A LA CONSULTA

Si bien América Latina es la región en que el derecho a la consulta ha tenido mayor desarrollo jurídico y político, la implementación efectiva de este derecho sigue siendo una tarea incompleta en la

⁶⁵ En concreto, señala que: “De la Declaración y de otras fuentes internacionales de autoridad,^[...] junto con algunas consideraciones prácticas, se deriva la regla general de que no se deben realizar actividades extractivas dentro de los territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. [...] El consentimiento también puede ser necesario cuando las actividades extractivas afectan de otro modo a los pueblos indígenas, en función del carácter de los posibles efectos de las actividades en el ejercicio de sus derechos. En todos los casos de proyectos de extracción que podrían afectar a los pueblos indígenas, deberían celebrarse consultas con ellos y, por lo menos, debería tratar de obtenerse su consentimiento, aun cuando este no sea estrictamente obligatorio.”^[...] ONU. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*. A/HRC/24/41. 1 de julio de 2013, párr. 27.

⁶⁶ Véase art. 16 del Convenio 169 de la OIT y artículo 10 de la DNUDPI.

⁶⁷ Véase art. 29 de la DNUDPI.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

mayor parte de los Estados de la región.⁶⁸ En cuanto su implementación normativa, es posible afirmar que parte importante de los países no cuenta con una ley específica y algunos de ellos han hecho intentos fallidos por adoptarla, como es el caso de Brasil y Guatemala. Otros se encuentran en procesos de aprobación de normas al respecto, caracterizados por importantes críticas por parte de organizaciones indígenas, como es el caso de Bolivia. Algunos pocos, como Perú y Chile, han logrado adoptar leyes sobre consulta previa, aunque no exentas de cuestionamientos. Aunque son muy distintos los procesos de implementación normativa emprendidos, es posible advertir que, sin excepción, se han recibido cuestionamientos por parte de las organizaciones indígenas y de la sociedad civil relacionados principalmente con la ausencia de procesos de consulta adecuados en la aprobación de leyes sobre la materia, o bien, a la falta de compatibilidad con estándares internacionales de derechos humanos.⁶⁹

Otro reto importante recae en la implementación práctica de este derecho. En un reciente estudio elaborado por la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF) en el que se compara la situación de seis países de la región, se identifican ciertos problemas comunes. Con relación a la determinación de los sujetos de la consulta, por ejemplo, se encuentra el uso de criterios restrictivos para identificar a los pueblos indígenas;⁷⁰ así como dificultades en la identificación práctica de los sujetos relacionadas con el diseño institucional. En cuanto al objeto de la consulta, se advierte una tendencia a aplicarlo de modo restrictivo, como

⁶⁸ DPLF. *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*, DPLF/OXFAM, 2015.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ Como advierte el estudio, en Perú, por ejemplo, “el artículo 7 de la Ley de Consulta Previa parece exigir un vínculo con el territorio ancestral, lo cual en los hechos podría excluir el acceso al derecho a la consulta, a pueblos que por causas ajenas a su voluntad hayan perdido su territorio. Asimismo, se refiere a la descendencia «directa» y omite la última parte del art. 1.1.b del Convenio 169 de la OIT que admite la posibilidad de exigir la conservación de una parte de sus instituciones y costumbres propias”. DPLF. *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina...*, cit., p. 61.

Más allá del derecho a la consulta previa...

la exclusión *a priori* de ciertas medidas⁷¹ o la aplicación de una definición o aproximación restrictiva del concepto de “afectación directa”.⁷² Otro patrón identificado es la frecuente adopción inconsulta de medidas administrativas y legislativas que afectan directamente a los pueblos indígenas, incluso en aquellos países que ya cuentan con normas al respecto; así como la realización de procesos que no cumplen con las garantías que determinan una consulta compatible con los estándares internacionales de derechos humanos.⁷³

Así las cosas, el contexto latinoamericano actual parece no ser lo suficientemente propicio para el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Se vincula a ello que, junto con el desarrollo en el plano internacional de ineludibles obligaciones estatales en materia de derechos indígenas, se viene produciendo desde la década de los noventa —y cada vez con mayor intensidad— el fomento de la inversión y extracción de recursos naturales como modelo de desarrollo. Varios países de la región, con independencia de tendencias políticas, están inmersos en procesos de impulso de la inversión

⁷¹ Así, por ejemplo, la Ley de Minería y Metalurgia de Bolivia, promulgada el 28 de mayo de 2014, excluye expresamente de la consulta previa “[l]as operaciones mineras que comprendan sólo por prospección y exploración [...]”, cit. por DPLF. *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina...*, cit., p. 66.

⁷² Puede citarse como ejemplo el caso de Chile, en cuyo decreto supremo 66 de 2013, se incorpora una definición restrictiva de “afectación directa” en tanto: “(i) la redacción sugiere que se trata de impactos ciertos («cuando sean causa directa»), mientras que el Convenio 169 de la OIT establece que se trate de medidas «susceptibles» de afectar directamente; (ii) se adiciona el requisito de la magnitud del impacto, con lo cual se fija un umbral de aplicabilidad más alto; (iii) se exige que la afectación cause un «[impacto] específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales», y (iv) se da una restricción cualitativa del tipo de afectación, referida no ya a la magnitud de afectación, sino a su calidad, pues únicamente deben ser consultadas las medidas que causen una afectación directa y específica al «ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas», cit. por DPLF. *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina...*, cit., p. 69.

⁷³ DPLF. *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina...*, cit., pp. 78 y ss.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

privada, principalmente extractiva, fomentada por la desregulización, ausencia de estricta fiscalización y, en general, un marco normativo e institucional favorable a la actividad empresarial.

En muchas ocasiones se trata de emprendimientos considerados prioritarios por su real o aparente aporte al desarrollo del país, por lo que están rodeados de una alta sensibilidad política y económica.⁷⁴ Ello supone importantes resistencias de los Estados de cara al cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales.⁷⁵ Los desafíos existentes dependen también del tipo de actividad de que se trate, la política definida para el rubro respectivo, la dimensión e influencia de las empresas y otros actores económicos interesados en el proyecto, entre varios otros elementos.

En este complejo escenario, el derecho a la consulta es fundamental. Ha mostrado ser —o tiene vocación de ser— una herramienta esencial para garantizar derechos que de otro modo

⁷⁴ Una muestra de ello se evidenció en la reacción de Brasil frente a la decisión de la Comisión Interamericana de otorgar una medida cautelar a favor de las comunidades indígenas de la cuenca del río Xingu, Pará, en la que solicitó al Estado brasilero suspender la construcción de la represa hidroeléctrica Belo Monte hasta la realización de una consulta previa, MC 382/10. En respuesta, Brasil llamó “precipitada e injustificable” tal decisión, retiró su candidato a la CIDH y a su embajador ante la OEA, y cortó el envío de sus aportes anuales a dicha organización. Fue además una de las decisiones que desencadenó el denominado “proceso de fortalecimiento”, proceso de evaluación o reflexión sobre su funcionamiento que atravesó la Comisión entre 2011 y 2013. Véase al respecto, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), documento de coyuntura 9, *Los debates sobre el rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en democracia. Memoria histórica del proceso de reflexión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2011/2014*, Buenos Aires, CEJIL, 2014.

⁷⁵ Así lo demuestra el que hoy en día uno de los asuntos presentados con alta frecuencia ante el Sistema Interamericano se refiere precisamente a la protección de tierras y territorios indígenas, y a la falta de cumplimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada. Recordemos que históricamente los casos conocidos por el SIDH han sido síntoma de los principales problemas de derechos humanos de la región, como en los años ochenta y noventa, cuando los asuntos conocidos por los órganos del sistema interamericano se relacionaban con masacres, detenciones arbitrarias o desapariciones forzadas, producidas en el contexto de dictaduras militares y los conflictos armados existentes en el continente.

Más allá del derecho a la consulta previa...

podrían verse afectados. Pero tiene ciertas limitaciones y no puede pensarse que es la panacea. Así, por ejemplo, está centrado fundamentalmente en el momento de la toma de decisión con relación al proyecto, pero no en la ejecución y cierre del mismo. ¿Qué obligaciones estatales rigen más adelante, una vez aprobado el proyecto? Más allá de los acuerdos alcanzados en una consulta, ¿cómo asegurar que las empresas cumplan de modo general con respetar los derechos humanos de los pueblos indígenas o tribales en la zona donde realizan sus operaciones? ¿Tiene el Estado el deber de implementar un marco normativo que exija a las empresas respetar tales derechos? Asimismo, pensemos en aquellos frecuentes casos de implementación inconsulta de proyectos o de aquellos que tienen larga data, antes de la vigencia de esta obligación, pero que han generado importantes impactos en derechos de pueblos o comunidades indígenas o tribales.

Estas son algunas de las inquietudes que guían los párrafos siguientes, en los que me referiré a los deberes de prevención y supervisión, acceso a la justicia y reparación integral y obligación de implementación de un marco normativo adecuado con relación a los derechos de los pueblos indígenas y tribales en contextos de actividades empresariales de extracción, desarrollo e inversión. Cabe precisar previamente que no se pierde de vista que se presentan diversos niveles de involucramiento de los Estados en la implementación de estos proyectos, mismos que deben tenerse en cuenta para el establecimiento de deberes y la realización efectiva de los derechos humanos. En algunos países de la región, la explotación de recursos naturales puede realizarse directamente por parte de empresas públicas o de capital público-privado. En países como Bolivia, Ecuador y Venezuela, por ejemplo, hay una presencia estatal significativa, que incluye la activa participación de empresas estatales en la explotación.

En caso de que el Estado tenga participación directa en determinado plan o proyecto, es claro que son plenamente exigibles las obligaciones de *respetar* y *garantizar* los derechos humanos que pueden verse afectados. El deber de respetar, en palabras de la Corte Interamericana, constituye la primera obligación asumida por los Estados parte de la Convención Americana, y consiste en no injerir, obstaculizar o impedir el ejercicio o goce de los bienes

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

que constituyen el objeto del derecho.⁷⁶ La obligación de garantizar, por su parte, supone actuar con la debida diligencia para *prevenir* razonablemente las violaciones de los derechos humanos, *investigar* seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, a fin de identificar a los responsables, de *imponerles las sanciones* pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada *reparación*.⁷⁷ A estas obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos se suma el deber de adecuación del ordenamiento interno a las obligaciones internacionales de derechos humanos.⁷⁸

En aquellos frecuentes escenarios en que los planes o proyectos son llevados a cabo por empresas privadas, cobran relevancia las obligaciones estatales frente a particulares y este es el supuesto que interesa en particular para el presente artículo. La CIDH y la Corte IDH han abordado ya la responsabilidad internacional de los Estados por actos de particulares, reconociendo que estos tienen el deber de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos por los instrumentos interamericanos en las relaciones interindividuales, así como prevenir con la debida diligencia las violaciones de tales derechos e investigar, sancionar y reparar sus consecuencias.⁷⁹ Si bien se han dado importantes pronunciamientos, estos se han referido a ámbitos muy distintos al presente —como el paramilitarismo o casos de violencia contra la mujer—⁸⁰ por lo que conviene realizar un ejercicio de adaptación.

⁷⁶ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 169; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, núm. 140, párr. 111.

⁷⁷ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *supra*, párr. 174.

⁷⁸ El artículo 2 de la Convención Americana establece la obligación general de adecuar el ordenamiento interno a las normas de la Convención Americana, en los siguientes términos: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁷⁹ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *supra*, núm. 5. párrs. 181, 182 y 187.

⁸⁰ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134, párrs. 111-112; *Caso de la Masa-*

Para ello, corresponde tener en cuenta el conjunto creciente de instrumentos internacionales relacionados a la protección de los derechos humanos frente a empresas, en la medida en que permiten dotar de contenido las obligaciones internacionales de los Estados. Son especialmente relevantes los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar*, elaborados por el exrepresentante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, y acogidos por el Consejo de Derechos Humanos (Principios Rectores).⁸¹ Este instrumento, resultado de un largo proceso de elaboración y consultas, refleja el esfuerzo más exitoso de la comunidad internacional para abordar los impactos en los derechos humanos de la actuación empresarial. Asimismo se toman en cuenta, en lo pertinente, jurisprudencia comparada de organismos regionales de derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

4.1. Deber de prevención de vulneraciones de derechos humanos y supervisión de la actividad empresarial durante el desarrollo del proyecto

La obligación de prevención, derivada del deber general de garantizar los derechos humanos, tiene una especial relevancia en las relaciones entre particulares. El ámbito de la actividad empresarial no debe ser la excepción, sino que los Estados tienen

cre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, núm. 140, párr. 123; *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205, párr. 280; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18, párr. 140.

⁸¹ ONU. Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

el deber de prevenir, con la debida diligencia, violaciones a los derechos humanos también en el contexto de las actividades empresariales en materia de extracción o inversión, que afectan especialmente a los pueblos indígenas y tribales.

De acuerdo con la jurisprudencia reiterada del Sistema Interamericano, “[los] deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”.⁸² De estar frente a tales circunstancias, se exige a los Estados adoptar medidas razonables para evitar las violaciones de derechos humanos por parte de particulares, incluyendo a las empresas, de lo contrario se compromete su responsabilidad internacional.

Teniendo en cuenta ello, puede afirmarse que la identificación adecuada del impacto que actividades extractivas o de inversión pueden tener en los derechos humanos es una cuestión esencial para dar cumplimiento al deber de prevención. Los proyectos de extracción o inversión, por su naturaleza, suelen representar serios riesgos a los derechos humanos y exigen de los Estados, por tanto, la identificación y evaluación eficaz de los riesgos inherentes a la operación de tales actividades antes de que sean autorizadas. En efecto, el cumplimiento del deber de prevención en este ámbito está estrechamente vinculado a la identificación de los impactos que generaría determinado plan o proyecto en los pueblos o comunidades afectados, antes de la autorización u otorgamiento de permisos.

La gran mayoría de Estados del continente han recurrido a mecanismos que requieren el licenciamiento de actividades empresariales que pueden resultar riesgosas para el medioambiente. Pero el enfoque ambiental tradicional no es suficiente, sino que

⁸² Corte IDH. *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, *supra*, párr. 280; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, *supra*, párr. 123; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, *supra*, párr. 155; y *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C, núm. 192, párr. 78.

los impactos de determinado proyecto deben ser evaluados también desde la perspectiva de los derechos humanos que pueden ser afectados, lesionados o de algún modo restringidos. En los casos en que tales actividades puedan afectar pueblos o comunidades indígenas se encuentra el deber especial, ya desarrollado por los órganos del Sistema Interamericano, de llevar a cabo estudios previo de impacto social y ambiental, con participación de estos pueblos.

Al respecto, ha afirmado la Corte que tales estudios deben “realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto” por “entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado”.⁸³ Asimismo, ha establecido que “uno de los factores que debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos”.⁸⁴ En términos generales, los estudios de impacto socioambiental “deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo [indígena o tribal correspondiente]”,⁸⁵ y sus resultados deben ser compartidos con las comunidades, a fin de que puedan tomar una decisión informada. Igualmente, ha indicado que deben responder a la finalidad última de “preservar, proteger y garantizar la relación especial” de los pueblos indígenas y tribales con sus territorios y garantizar su subsistencia como pueblos.⁸⁶ De este modo, en caso de que se vean afectados pueblos indígenas, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de estos deberes especiales.

Ahora bien, una vez que se tenga claridad sobre los posibles riesgos, se deben establecer las medidas preventivas y correctivas necesarias para garantizar la protección de derechos que de otro modo se verían afectados. El derecho a la consulta previa ofrece,

⁸³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172, párr. 129. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párr. 205.

⁸⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 185, párr. 41.

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ *Ibidem*, párr. 40. CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 254.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

precisamente, un espacio para determinar tales medidas y exigir su incorporación en el diseño del proyecto. Lo relevante a notar aquí es que en atención al deber de prevención en un proceso de consulta, el Estado tiene una obligación activa de implementar o requerir a las empresas que adopten medidas para evitar la materialización de los riesgos identificados. Lo anterior contrasta con el entendimiento común que se tiene en varios países de que la consulta es simplemente el cumplimiento de ciertas garantías de forma y el Estado no tiene un deber positivo de asegurar el respeto de los derechos en juego.

Al respecto, cabe mencionar que el Tribunal Europeo ha determinado la responsabilidad internacional de un Estado por la falta de diseño y aplicación de medidas eficaces capaces de reducir la contaminación industrial a niveles aceptables y compatibles con el derecho a la vida privada y familiar de la población local afectada.⁸⁷ El deber de prevención exige entonces la adopción de medidas razonables para evitar las violaciones de derechos humanos por parte de particulares, incluyendo a las empresas, de lo contrario se comprometería la responsabilidad de los Estados.⁸⁸ Corresponde determinar la razonabilidad de tales medidas en el contexto concreto de cada caso, dependiendo de las circunstancias específicas y los derechos de que se trate.⁸⁹

Pero el deber de prevenir la vulneración de derechos humanos derivada de actividades empresariales no debe limitarse al inicio o autorización de los proyectos que suponen riesgos a los derechos humanos, sino que debe extenderse en tanto se mantengan los riesgos derivados de las operaciones del mismo. Pue-

⁸⁷ TEDH. *Fadeyeva vs. Russia*, application 55723/00, 9 junio 2005, párrs. 132-134. TEDH. *Case of Dubetska and Others v. Ukraine*, application 30499/03, 10 may 2011, párrs. 147-150. TEDH. *Moreno Gómez vs. Spain*, application 4143/02, 16 noviembre 2004. párr. 57-61.

⁸⁸ Corte IDH. *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, *supra*, párr. 280; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, *supra*, párr. 123; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, *supra*, párr. 155; y *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, *supra*, párr. 78.

⁸⁹ Como ha reconocido la Corte Interamericana, “[n]o es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas [de prevención], que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado parte”. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *supra*, párr. 175.

de afirmarse entonces que, como parte de la obligación de prevención, derivada del deber general de garantizar los derechos humanos, se encuentra el deber de supervisar y fiscalizar las actividades empresariales que puedan afectar los derechos humanos. Al respecto, ha reconocido la Comisión Interamericana, refiriéndose a actividades extractivas, que “[...] la falta de supervisión en la aplicación de las normas vigentes, puede crear serios problemas al medio ambiente que se traduzcan en violaciones de derechos humanos protegidos por la Convención Americana”.⁹⁰

En sentido similar, los Principios Rectores disponen que: “[I]os Estados deben asegurarse de su capacidad de supervisar efectivamente las actividades de las empresas, en particular mediante mecanismos adecuados e independientes de supervisión y de rendición de cuentas”.⁹¹ Asimismo, la *Guía de Principios sobre Responsabilidad Social de las Empresas en el Campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas*, adoptada por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA en marzo de 2014, recomienda que: “[I]as empresas y los Estados donde estas operan, deben fortalecer respectivamente, los sistemas internos y externos de seguimiento, fiscalización y control del cumplimiento de los derechos laborales, de los derechos humanos y de la protección del medio ambiente”.⁹² Igualmente, el Tribunal Europeo ha consi-

⁹⁰ CIDH. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

⁹¹ ONU. Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011, principio 5.

⁹² Según especifica el documento, “[e]sto implica, necesariamente, que los Estados implementen políticas eficientes de fiscalización y supervisión de las empresas en el desarrollo de sus actividades como también que las propias empresas establezcan políticas para garantizar el respeto de los derechos humanos y del medio ambiente en sus operaciones”. OEA. Comité Jurídico Interamericano. *Guía de Principios sobre Responsabilidad Social de las Empresas en el Campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas*, lit. j. Anexo del Segundo Informe sobre Responsabilidad Social de las Empresas en el campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas, OEA/Ser.Q. CJI/doc.449/14, rev. 1, 84º período ordinario de sesiones, 10-14 de marzo de 2014.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

derado que las regulaciones relativas a actividades de particulares que pueden resultar peligrosas para los derechos humanos, deben regir la concesión de licencias, aprobación, funcionamiento, seguridad, así como también la supervisión de la actividad.⁹³

De este modo, el cumplimiento del deber de evaluar el impacto en los derechos humanos, anteriormente afirmado, permite a las autoridades estatales contar con elementos de información sobre las posibles afectaciones a derechos que guíen el cumplimiento efectivo de su deber de fiscalización y supervisión de modo continuo durante la operación del proyecto. Es indispensable la labor de los Estados para establecer sistemas de evaluación que aseguren un control externo sobre las empresas, por ejemplo, integrándose a otros ya establecidos, como es el caso de los controles de condiciones de trabajo, o formando inspectores estatales especializados en la materia.⁹⁴ Estos pueden, por ejemplo, evitar accidentes ambientales o el incumplimiento de las condiciones acordadas en el proceso de consulta. Los sistemas de supervisión deben ofrecer respuestas eficaces frente a consecuencias negativas en el goce de derechos humanos y deben establecer procedimientos adecuados que tengan en cuenta los aspectos técnicos de la actividad en cuestión, la identificación de las falencias en los procesos de que se trate y los errores cometidos por los responsables en los diferentes niveles.

4.2. El acceso a la justicia y la reparación integral de los derechos de los pueblos indígenas y tribales afectados por proyectos de extracción, desarrollo e inversión

Como ha afirmado la Corte Interamericana, a partir de las obligaciones contenidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, “[...] toda persona tiene el derecho a un recurso

⁹³ TEDH. *Öneryıldız v. Turquía*, application 48939/99. 30 de noviembre de 2004, párrs. 89-90. ECHR. *Kolyadenko and Others v. Russia*, applications 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 y 35673/05, 9 de julio de 2012, párr. 158.

⁹⁴ RIDH. *Empresas y derechos humanos: consideraciones de cara al III Foro Mundial*, noviembre 2014.

sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, lo cual constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”.⁹⁵ Asimismo, la Corte ha afirmado que el artículo 25.1 de la Convención establece, en términos generales, la obligación de los Estados de garantizar un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales. La existencia de esta garantía, en palabras de la Corte, “constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”.⁹⁶ Por su parte, la CIDH se ha referido particularmente al acceso a la justicia frente a la vulneración de derechos humanos en el contexto de actividades extractivas y de desarrollo. En su *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, la Comisión afirmó que “es imperativo que la población [...] cuente con recursos judiciales, [...] para lograr una protección eficaz contra las condiciones ecológicas que constituyen una amenaza para la salud humana”.⁹⁷

Además de una clara obligación estatal en el marco del Sistema Interamericano, garantizar el acceso a mecanismos de justicia

⁹⁵ Véase *inter alia* Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párr. 234; *Caso Cesti Hurtado*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 56, párr. 121; *Caso Castillo Petruzzi y otros*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52, párr. 184. Para una sistematización sobre el derecho al debido proceso en el sistema interamericano, véase Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Idehpucp-GIZ, 2012.

⁹⁶ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 184; *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 93; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005, párr. 75; *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, párr. 138.

⁹⁷ CIDH. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, cap. VIII, OEA/SerieL/V/II.96, doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997, párr. 197.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

y reparación constituye uno de los tres pilares fundamentales de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos.⁹⁸ En particular, el principio 25 establece que: “Como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces”.⁹⁹ Para los Estados que forman parte del Sistema Interamericano, esta obligación debe ser cumplida teniendo en cuenta los sólidos estándares en materia de acceso a la justicia desarrollados por la Comisión y la Corte Interamericana con base en las obligaciones asumidas por estos.

A pesar de estas obligaciones internacionales, la inexistencia de sistemas y marcos normativos vinculantes para las empresas, y la presencia de barreras normativas y fácticas determinan una situación de denegación de justicia e impunidad con respecto a las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas, especialmente en el contexto de proyectos de extracción e inversión.¹⁰⁰ Las dificultades pueden ir desde la falta de voluntad

⁹⁸ Otros instrumentos internacionales también se refieren al deber de brindar acceso a recursos efectivos a las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas por actividades empresariales. Véase ONU. Comité DESC. *Declaración sobre las obligaciones de los Estados partes en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/2011/1, 12 de julio de 2011, párr. 5; y Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo realizada del 3 al 14 de junio de 1992, A/CONF.151/26, vol. 1, principio 10.

⁹⁹ ONU. Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011, principio 25.

¹⁰⁰ Skinner, Gwynne; McCorquodale, Robert y Schutter, Olivier de, *The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, International Corporate Accountability Roundtable (ICAR), CORE & European Coalition for Corporate Justice (ECCJ), diciembre 2013, p. 2.

política para garantizar el recurso, hasta impedimentos de índole jurídica o administrativa que resultan muy difíciles de superar.¹⁰¹ Así, por ejemplo, pensemos en las dificultades que deben atravesar las víctimas para recopilar las evidencias necesarias para la presentación de los reclamos, el alto umbral de probanza de las afectaciones alegadas, el contar con abogados, tener conocimiento de sus derechos y mecanismos disponibles, entre otros. Quienes ven afectados sus derechos como consecuencia de la actuación de empresas transnacionales enfrentan desafíos mayores, pues su naturaleza y complejas estructuras hacen difícil activar los mecanismos judiciales tradicionales, y los ordenamientos internos de los países involucrados —Estado de origen de la empresa y Estado de destino de sus actividades— no suelen estar preparados para ello.¹⁰²

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante recordar que bajo los estándares interamericanos, no basta con que los Estados provean mecanismos de acceso a la justicia, sino que también deben adoptar medidas positivas para reducir los obstáculos existentes y permitir su efectividad. En palabras de la Corte Interamericana, “la obligación del Estado de proporcionar un re-

¹⁰¹ Véase al respecto Amnistía Internacional, *Injustice incorporated. Corporate abuses and the human right to remedy*. Amnistía Internacional, 2014. Igualmente, Skinner, Gwynne; McCorquodale, Robert y Schutter, Olivier de, *The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, *op. cit.*

¹⁰² En América Latina, es de particular preocupación la actuación de Canadá como Estado de origen de empresas transnacionales que realizan actividades extractivas en otros países del continente. La preocupación por el impacto de estas empresas en los derechos humanos y la falta de medidas de Canadá ha ido en aumento en años recientes. En un estudio realizado en el 2014 por el Grupo de Trabajo sobre Minería y Derechos Humanos en América Latina, se identificó el impacto de las actividades de empresas mineras con matriz en Canadá, en las comunidades en cuyos territorios desarrollan sus proyectos. Se determinaron las tendencias en el impacto de esas actividades en los derechos humanos, así como el marco jurídico, las políticas y prácticas de Canadá que favorecen tales violaciones y permiten que permanezcan en impunidad. Grupo de Trabajo sobre Minería y Derechos Humanos en América Latina, *El impacto de la minería canadiense en América Latina y la responsabilidad de Canadá, Informe presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 2014. pp. 48-54.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

curso judicial no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aun a la posibilidad de recurrir a los tribunales. Más bien, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial son verdaderamente efectivos para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y para proporcionar una reparación”.¹⁰³ Dicho de otro modo, “[e]l Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, pero también la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales”.¹⁰⁴

Ello supone la adopción de medidas para equilibrar relaciones de asimetría entre las partes involucradas, considerando los desafíos particulares que enfrentan determinados grupos de población con mayor riesgo de vulnerabilidad, como los pueblos indígenas y tribales precisamente. Un sistema jurídico coherente y respetuoso de los derechos humanos debe asegurar la tutela judicial de los derechos afectados e ir acompañado de la adopción de medidas sancionatorias en lo administrativo, como la cancelación de licencias de operación a empresas investigadas o condenadas por la violación de derechos humanos.¹⁰⁵ Asegurar el acceso a la justicia y la obtención de reparaciones, además de responder a las vulneraciones de derechos humanos cometidas en el pasado, constituye una manera fundamental de prevenir futuras violaciones a estos derechos.

Un componente esencial del derecho a un recurso efectivo es la reparación del daño causado. Derivado del deber general de garantizar los derechos humanos, el Estado tiene la obligación

¹⁰³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 177, y *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013, párr. 404.

¹⁰⁴ Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, *supra*, párr. 237.

¹⁰⁵ RIDH. *Consideraciones de cara al Segundo Foro Mundial sobre Empresas y Derechos Humanos*, documento remitido al Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos Humanos, octubre 2013, p. 5.

de reparar directamente el daño, o cuando este sea cometido por terceros, garantizar mecanismos para obtener la reparación de violaciones de derechos humanos cometidas, deber que es sin duda exigible frente a abusos cometidos por empresas. Cuando se trata de pueblos indígenas y tribales afectados, el derecho de reparación exige tener en cuenta la perspectiva específica de las víctimas. Los grupos étnicos, por sus características, pueden sufrir los efectos de la conducta de manera desproporcional o pueden verse afectados de maneras distintas. Esto pone de relieve la inmensa importancia de que la determinación de las reparaciones esté guiada por los principios de reconocimiento y reivindicación del grupo étnico como colectividad. Ello comprende la necesidad de que las medidas respeten la identidad cultural particular del pueblo o comunidad; se tenga en cuenta la dimensión colectiva de las violaciones y las medidas de reparación; y para que las reparaciones sean eficaces, se deba partir de lo específico para enfocarse en la satisfacción de las necesidades del grupo étnico.¹⁰⁶ Las medidas de reparación deben dirigirse, en suma, a garantizar la permanencia física y cultural, y la reproducción de los sistemas culturales que pueden haberse visto afectados.

4.3. Implementación de un marco normativo adecuado para la protección de los derechos de los pueblos indígenas frente a proyectos de extracción, desarrollo o inversión

Una de las principales dificultades para abordar la problemática sobre empresas y derechos humanos ha sido la ausencia de lineamientos internacionales para que los Estados garanticen tales derechos frente a estos actores y, por ende, la falta de normas internas que exijan a las empresas un comportamiento alineado a los derechos humanos. Los avances alcanzados hasta ahora son importantes, pero dado su carácter no vinculante, su cumplimiento descansa en la voluntad de los actores involucrados, quienes deciden si cumplirlos y cómo hacerlo. Lo anterior tiene

¹⁰⁶ Véase Rodríguez Garavito, César y Lam, Yukyan, *Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2011.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

un impacto en los derechos de los pueblos indígenas, como ha sido advertido por el exrelator James Anaya:

Al examinar las leyes y reglamentos pertinentes en el mundo, el Relator Especial ha encontrado marcos regulatorios deficientes, puesto que, en muchos aspectos, los derechos de los pueblos indígenas resultan insuficientemente protegidos o, en demasiados casos, totalmente desprotegidos frente a las industrias extractivas. La experiencia demuestra que, con tales deficiencias regulatorias, las operaciones extractivas realizadas en la proximidad de los pueblos indígenas suelen poner en peligro o infringir sus derechos y contribuyen a la existencia de conflictos sociales persistentes.¹⁰⁷

En el marco del Sistema Interamericano, el artículo 2 de la Convención Americana contiene la obligación general de adecuar el ordenamiento interno al contenido de los instrumentos interamericanos de derechos humanos. Este deber implica que cada Estado parte adecúe su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos.¹⁰⁸ Según ha señalado la Corte Interamericana, este deber supone, por un lado, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención y, por otro, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.¹⁰⁹

Así, bajo el Sistema Interamericano, los Estados tienen el deber de desarrollar e implementar un marco normativo adecuado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas frente a actividades extractivas o de inversión. Este deber

¹⁰⁷ ONU. Informe del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*, A/HRC/24/41, 1 de julio de 2013, párr. 45.

¹⁰⁸ Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, núm. 73, párr. 87; y *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 186, párr. 179.

¹⁰⁹ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, *supra*, párr. 207, y *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C, núm. 260, párr. 293.

estatal implica que los Estados adopten medidas para incorporar garantías de tales derechos en la legislación aplicable a las actividades empresariales, especialmente aquellas referidas al pleno reconocimiento de aquellos referidos a sus tierras, territorios y recursos naturales. Cabe notar que los Principios Rectores incluyen como parte de la obligación de protección el asegurar que las normas internas “[...] propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas”.¹¹⁰ Establecen, además, que este deber exige que “los Estados examinen si estas leyes ofrecen suficiente cobertura habida cuenta de la evolución de la situación, y si generan, junto a las políticas pertinentes, un entorno propicio para que las empresas respeten los derechos humanos”.¹¹¹

Este deber de adecuación del ordenamiento interno supone incorporar la exigencia del respeto de los derechos de los pueblos indígenas o tribales en aquellas disposiciones que regulan las operaciones de empresas, como las leyes mercantiles o comerciales, mismas que determinan directamente su comportamiento y pueden, por tanto, incentivar el cumplimiento de tales derechos. Así, por ejemplo, en coherencia con su reconocimiento internacional, las normas internas deben exigir a terceros el respeto por la autonomía de los pueblos indígenas, sus derechos territoriales o el respeto a sus formas tradicionales de toma de decisiones y autoridades propias.

En este ámbito, es también de particular relevancia la legislación ambiental, dada la vinculación existente entre el goce efectivo de los derechos de los pueblos indígenas y la preservación del medioambiente necesario para su subsistencia física y cultural como pueblos. Varios Estados miembros de la OEA cuentan con normativa concerniente al medioambiente, y han adoptado instrumentos que incluyen el establecimiento de estándares de calidad, producción o emisiones; el licenciamiento o regulación de actividades riesgosas; la provisión de incentivos o desincentivos

¹¹⁰ ONU. Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011, principio 3.

¹¹¹ *Idem*.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

económicos; la sanción de actividades particularmente dañinas mediante el derecho penal, o la creación de regímenes de responsabilidad privada para desestimular y compensar el daño ambiental.¹¹² Resulta entonces necesario incorporar en este cuerpo normativo no solo preocupaciones en torno a la preservación y cuidado del medioambiente, sino también aquellas dirigidas a proteger y respetar los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

Junto a ello, este deber estatal exige la aplicación efectiva de las normas de protección en vigor, sin lo cual su existencia carecería de sentido. Como ha afirmado la Corte Interamericana, los Estados parte deben asegurar que dichas normas sean “efectivas”, debiendo adoptar “todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en su orden jurídico interno”.¹¹³ Por su parte, el exrepresentante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas, John Ruggie, ha afirmado, refiriéndose a las leyes que directa o indirectamente regulan la observancia de los derechos humanos por las empresas, que “es importante que los Estados examinen si se están aplicando eficazmente esas leyes y que se pregunten, de no ser así, por qué motivos se incumplen y qué medidas podrían razonablemente corregir la situación”.¹¹⁴

En suma, a través de la legislación se debe fortalecer el cumplimiento por parte de las empresas del deber de respetar los derechos humanos y actuar con la debida diligencia. Precisamente,

¹¹² Véase al respecto Shelton, Dinah, “Environmental rights and Brazil’s obligations in the Inter-American Human Rights System”, en *The George Washington International Law Review*, vol. 40, núm. 3, 2008-2009, p. 736.

¹¹³ Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, núm. 39. párr. 69. Igualmente, la Corte ha señalado que la obligación de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales debe “traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos”. Véase *inter alia* Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, opinión consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, Serie A, núm. 21, párr. 65.

¹¹⁴ ONU. Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos... cit.*, principio 3.

dado que los marcos normativos internacionales aplicables son de carácter voluntario para las empresas, una normativa interna que atienda al cumplimiento de la obligación estatal de adecuar el ordenamiento interno a las garantías de los derechos humanos puede permitir reducir la disparidad respecto de las obligaciones de derechos humanos, y aumentar su efectividad y nivel de cumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2015.
- BANCO MUNDIAL, *Hacia un Mejor Equilibrio: El Grupo del Banco Mundial y las Industrias Extractivas. Informe Final de la Reseña de las Industrias Extractivas*, vol. I, diciembre 2003.
- CERQUEIRA, Daniel, “Por un fundamento ético-jurídico de la participación diferenciada de los pueblos indígenas en las decisiones estatales”, en *THÉMIS-Revista de Derecho*, núm. 67, 2015.
- GALVIS PATIÑO, María Clara y RAMÍREZ RINCÓN, Ángela María, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*, Washington, DPLF, 2013.
- GUDYNAS, Eduardo, *Extractivismos: Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la naturaleza*, RedGE/CLAES/PDTG, Lima, 2015.
- ONU, Comité de Derechos Humanos. *Caso Ángela Poma Poma vs. Perú*. Comunicación 1457/2006. CCPR/C/95/D/1457/2006, 24 de abril de 2009.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y LAM, Yukyan, *Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2011.
- SALMÓN, Elizabeth y BLANCO, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Idehpucp-GIZ, 2012.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

SHELTON, Dinah, “Environmental rights and Brazil’s obligations in the Inter-American Human Rights System”, en *The George Washington International Law Review*, vol. 40, núm. 3, 2008-2009.

SKINNER, Gwynne; MCCORQUODALE, Robert y SCHUTTER, Olivier de, *The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, International Corporate Accountability Roundtable (ICAR), CORE & European Coalition for Corporate Justice (ECCJ), diciembre 2013.

STAVENHAGEN, Rodolfo. *The Ethnic Question. Conflicts, Development and Human Rights*. Tokio, The United Nations University, 1990.

Jurisprudencia

CIDH, *Caso Yanomami*, informe 12/85, informe anual 1984-1985.

—, *Comunidades Guahibos vs. Colombia*, Caso 1690. 1972, secc. II, e.

—, *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, OEA/Ser.L/VII.108. Doc. 62, 20 octubre 2000.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-376/12, 18 de mayo de 2012, párr.15.

Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 93

—, *Caso Castillo Petruzzi y otros*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52.

—, *Caso Cesti Hurtado*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 56.

—, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 304; Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 305.

—, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146.

Más allá del derecho a la consulta previa...

- , *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C, núm. 214.
- , *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125.
- , *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, núm. 73.
- , *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79.
- , *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134.
- , *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, núm. 140.
- , *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013.
- , *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005.
- , *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63.
- , *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C, núm. 284.
- , *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172; Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 185; Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de septiembre de 2013.
- , *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, núm. 39.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

- , *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.
- , *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 186.
- , *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011.
- , *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C, núm. 260.
- , *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 184.
- , *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245.
- , *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C, núm. 192.
- , *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4.
- , *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18.
- , *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, opinión consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, Serie A, núm. 21.