



JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA RELEVANTE SOBRE LA CONSULTA PREVIA

Joaquín A. Mejía Rivera

Este material ha sido posible gracias al apoyo del pueblo de los Estados Unidos, a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) bajo los términos del Contrato No. 7200AA20CA00013. Las opiniones expresadas en esta publicación, video u otro producto de comunicación son exclusivas del autor y no necesariamente reflejan el punto de vista de USAID o del gobierno de los Estados Unidos

1. EL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS*.

Desde su sentencia en el caso *Awas Tingni vs. Nicaragua*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una rica jurisprudencia con respecto a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, de la cual pueden inferirse una serie de principios jurídicos fundamentales para comprender, interpretar y proteger el territorio indígena: el carácter colectivo de la propiedad indígena, la especial relación de los pueblos con sus tierras y territorios, el origen consuetudinario del derecho de propiedad colectiva, las obligaciones estatales con respecto a la propiedad indígena, la resolución de posibles conflictos entre propiedad colectiva y derechos de terceros, y la extinción de los derechos de propiedad indígena.

Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, pues su derecho a la autodeterminación se expresa concretamente en su facultad de autogobernarse, es decir, en el derecho a poseer, disfrutar y controlar sus tierras y territorios, así como a disponer de los bienes naturales que se encuentran en ellos. Por tanto, el derecho a sus territorios y a los bienes naturales existentes en ellos no puede ser jurídicamente extinguido o alterado por las autoridades públicas sin que medie la consulta y el consentimiento pleno e informado de la comunidad afectada.

2. ESTÁNDARES INTERAMERICANOS EN MATERIA DE CONSULTA Y CONSENTIMIENTO.

Antes de aprobar un plan de desarrollo u otorgar una concesión extractiva que afecte los territorios de los pueblos indígenas, el Estado tiene la obligación de cumplir tres condiciones fundamentales: realizar una consulta previa e informada, garantizar la participación razonable en los beneficios y efectuar un

* Este texto está basado en los siguientes trabajos: Mejía Rivera, J. A., Hernández, E. y Cardoza, G. (2017). *El derecho a la consulta y a la participación frente a proyectos de desarrollo a la luz de cuatro experiencias comunitarias*. Tegucigalpa: ERIC-SJ; Mejía Rivera, J. A. (2019). "El derecho a la consulta previa a la luz del principio de autodeterminación de los pueblos indígenas y garífuna". En *Revista Envío-Honduras*. Año 17. N° 57. Tegucigalpa: ERIC-SJ.

estudio previo de impacto ambiental y social realizado con participación de la comunidad.

2.1. Realización de una consulta previa e informada

La participación de las comunidades es un elemento central del derecho a la autodeterminación, razón por la cual el Estado tiene el deber de establecer normas y desarrollar prácticas que aseguren dicha participación mediante consultas efectivas que permitan que los miembros de los pueblos den su consentimiento pleno e informado en relación con la realización de cualquier proyecto en sus territorios.

Esto requiere, como mínimo, que todas las personas integrantes de la comunidad estén plenamente enteradas de la naturaleza y consecuencias del proceso, y de los posibles riesgos ambientales y de salubridad que podrían correr, si es que los hubieran, en caso de aceptar la realización de un proyecto, plan de desarrollo o de inversión. Para asegurar que la consulta se constituya en un mecanismo efectivo de prevención de conflictos y violaciones a derechos humanos, esta debe regirse por una serie de principios rectores ineludibles.

En primer lugar, el principio de *buena fe*, que implica que el Estado realice la consulta en un clima de confianza, con la intención de tomar en cuenta la opinión que expresen los pueblos consultados sin que se les trate de engañar, traicionar o brindar información sesgada o parcial. Así, los procesos de consulta y la decisión de las comunidades no deben considerarse una mera formalidad para legitimar los proyectos. En este sentido, la sola socialización con la comunidad o brindar información no necesariamente cumple con los elementos mínimos de una consulta previa adecuada, en tanto que no constituye un diálogo genuino como parte de un proceso de participación para alcanzar un acuerdo.

Es importante resaltar que el principio de buena fe en los procesos de consulta es clave para que los mismos y los resultados que se obtengan sean considerados válidos y legítimos para los pueblos indígenas y garífuna, el Estado y las empresas, y compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos sobre la materia. Consecuentemente, este principio es incompatible con algunas prácticas de los Estados, tales como la destrucción de la cohesión social de las comunidades mediante la corrupción de algunos de sus liderazgos,

el establecimiento de liderazgos paralelos o la realización de negociaciones con personas que individualmente son contrarias a los estándares sobre consulta y participación comunitaria.

En segundo lugar, el principio de *previa* consulta, ya que el momento en que esta se realice es clave para un verdadero ejercicio de decisión por parte de las comunidades posiblemente afectadas. La consulta debe realizarse en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no solamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad. El aviso anticipado proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para ofrecer una respuesta apropiada al Estado.

En tercer lugar, el principio de *libertad*, en tanto que un verdadero ejercicio de consulta exige que se realice libre de injerencias externas, de coerción, intimidación y manipulación. Por lo tanto, condicionar servicios sociales básicos como la educación o la salud a que den su consentimiento a un proyecto, supone una coerción con respecto a la libre decisión de las comunidades consultadas, además de una violación a sus derechos económicos, sociales y culturales que jamás deben ser condicionados a la realización de un proyecto. De esta manera, plantear a las comunidades el dilema entre desarrollarse o continuar en la pobreza puede ser considerado una forma de coerción.

En cuarto lugar, el principio de *información* en el sentido que las comunidades deben contar con la suficiente información que les permita tomar una decisión con respecto al proyecto consultado. Esta información debe incluir (a) la naturaleza, envergadura, impacto y alcances del proyecto; (b) la razón u objetivo del proyecto; (c) su justificación; (d) duración y tiempos del proyecto; (e) lugares y zonas que serán afectadas; (f) evaluación del probable impacto económico, social, cultural y ambiental; (g) posibles riesgos y beneficios; y (h) elementos de un posible desplazamiento.

Y en quinto lugar, la consulta debe ser culturalmente adecuada, es decir, debe realizarse a través de procedimientos culturalmente apropiados y conformes con las costumbres y métodos tradicionales para la toma de decisiones de los pueblos indígenas y garífuna. Todos los asuntos relacionados con el proceso de consulta, ya sea para obtener el consentimiento del pueblo, determinar los

beneficios razonables y las personas beneficiarias, la indemnización adecuada y contar con su cooperación para la realización de estudios de impacto social y ambiental, deben ser determinados y resueltos por dicho pueblo “de conformidad con sus costumbres y normas tradicionales.

Además, se debe tomar en consideración la voluntad de la totalidad del pueblo canalizada a través de los mecanismos consuetudinarios correspondientes. En este punto es de resaltar el principio de participación plena de toda la comunidad que requiere que sus miembros tengan la oportunidad de jugar un papel pleno o efectivo en la selección, autorización o instrucción de quienes actúan a nombre del pueblo frente a las autoridades.

2.2. Participación en los beneficios

Los Estados deben garantizar que los miembros de las comunidades se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio, así como de la aplicación comercial de su conocimiento tradicional sobre el uso de dichos recursos, ya que uno de los objetivos que se busca con ello es que las condiciones de vida de tales comunidades mejoren. Los Estados tienen la obligación de garantizar la participación de las comunidades en la determinación de los beneficios que producirán los planes o proyectos propuestos, a través de procedimientos apropiados.

Por ello, las autoridades deben garantizar que en el marco de los procedimientos de consulta previa se establezcan los beneficios que serán percibidos por las comunidades y las posibles indemnizaciones por cualquier daño ambiental, teniendo en cuenta sus propias prioridades de desarrollo. Por otro lado, la determinación de los beneficios y de las personas beneficiarias debe ser hecha en consulta con las comunidades y no unilateralmente por los Estados o por las empresas beneficiarias de las concesiones.

En caso que surja un conflicto interno entre los miembros del pueblo indígena o garífuna acerca de quién tiene la calidad de persona beneficiaria, este asunto debe ser resuelto por el pueblo mismo de conformidad con sus propias costumbres y normas tradicionales, y no por los Estados. También es importante insistir que no debe confundirse la participación en los beneficios de un proyecto con la dotación de servicios sociales básicos que de cualquier modo corresponde

proporcionar a los Estados en virtud de sus obligaciones constitucionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, tales como centros de salud, pavimentación de calles, construcción o reparación de centros educativos, desarrollo de proyectos de electrificación o de servicios de agua potable, entre otros.

2.3. Realización de estudios de impacto

Los Estados deben garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro de los territorios de las comunidades a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental que evalúe la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades previstas del proyecto pueden tener sobre tales comunidades.

El objetivo de estos estudios no es sólo tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre los bienes naturales y las personas, sino también asegurar que los miembros de las comunidades tengan conocimiento de los posibles riesgos ambientales, culturales, sociales, económicos y de salud, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Sin embargo, los Estados deben tener claridad que la finalidad última de este tipo de estudios es preservar, proteger y garantizar la relación especial de los pueblos indígenas y garífuna con sus territorios y garantizar su subsistencia como pueblos.

Evidentemente, los estudios de impacto deben realizarse y concluirse de manera previa a la aprobación y otorgamiento de las concesiones respectivas, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho de las comunidades a ser informadas acerca de todos los proyectos propuestos a ejecutar en su territorio. En consecuencia, la obligación de los Estados de supervisar estos estudios coincide con su deber de garantizar la efectiva participación de los pueblos indígenas y garífuna en el proceso de otorgamiento de concesiones dentro de sus territorios.

Los Estados no deben aprobar un proyecto que pueda amenazar la supervivencia física o cultural de una comunidad y cuando uno en ejecución esté causando daños ecológicos significativos o de otro tipo a los territorios colectivos,

debe declararse ilegal y, en consecuencia, las autoridades tienen la obligación de suspenderlo inmediatamente, reparar los daños ambientales e investigar y sancionar a los responsables de los mismos.

Finalmente, para garantizar la legitimidad de los estudios de impacto social y ambiental es fundamental cumplir con dos condiciones: primero, que los Estados sean el actor responsable de la realización de los estudios de impacto, quien puede llevarlos a cabo directamente o encomendar su realización bajo su estricta supervisión; en este sentido, no sería conforme a los estándares interamericanos de derechos humanos si la realización de los estudios de impacto social y ambiental fueran llevados a cabo por personal o contratistas de las empresas concesionarias o si la selección de quienes los realicen no se base en las pericias técnicas requeridas.

Segundo, la participación de las comunidades en el proceso de realización de los estudios de impacto social y ambiental, pues como lo señala el artículo 7.3 del Convenio 169, las autoridades deben velar que se efectúen “en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos”. En la medida en que estos estudios buscan documentar los posibles impactos negativos de los planes de desarrollo sobre la relación de los pueblos indígenas y garífuna con sus territorios, se requiere necesariamente del conocimiento de sus miembros para identificar dichos impactos y las posibles alternativas y medidas de mitigación.

Derecho a la **consulta** y al **consentimiento** previo, libre e **informado**

