



Heidelberg, 13 de Julio de 2012

Doctor Mauro Chacón Corado
Presidente de la Corte Constitucional de Guatemala

Ref.: Acción de Inconstitucionalidad General Total contra el Decreto 48-97 que contiene la Ley de Minería - expediente No. 1008-2012: Presentación de *Amicus Curiae*

Estimado Señor Magistrado,

Reciba el cordial saludo de FIAN Internacional. Nos dirigimos a Usted con relación a la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por un grupo de ciudadanos articulados en el Consejo de los Pueblos de Occidente, el 12 de marzo de 2012, en contra del Decreto 48-97 del 11 de junio de 1997, que contiene la Ley de Minería.

FIAN Internacional (FoodFirst Information and Action Network) es una organización internacional que ha venido trabajando por el derecho humano a la alimentación adecuada por más de 26 años. FIAN tiene su secretariado internacional en Heidelberg, Alemania, secciones en 20 países del mundo y una representación permanente en Ginebra, Suiza mediante la cual ejerce su estatus consultivo ante las Naciones Unidas. Desde hace varios años, el Programa Centro América de FIAN da seguimiento cercano y constante a la situación del derecho humano a la alimentación adecuada en Guatemala. Para mayor información sobre FIAN, puede consultar la página web: www.fian.org.

Mediante el presente, FIAN Internacional proporciona a la Corte una opinión de expertos para demostrar que la Ley de Minería es contraria a varias normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos, contenidos en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado de Guatemala, así como a estándares de derechos humanos que interpretan y desarrollan dichos instrumentos.

Por las razones expuestas en este escrito, solicitamos respetuosamente a esta honorable Corte que analice la constitucionalidad de la Ley de Minería a la luz de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos voluntariamente contraídas por el estado de Guatemala y que forman parte de su derecho interno según lo establece su constitución, y de considerarlo procedente, declare la inconstitucionalidad general total de la ley.

1. NATURALEZA DEL AMICUS CURIAE O ESCRITO DE AMIGOS DE LA CORTE

El presente documento es presentado por FIAN en su calidad de amigos de la corte o *amicus curiae*, instrumento que en la actualidad se ha convertido en un instrumento reconocido por las diversas cortes a nivel doméstico, regional e internacional, consistente en la presentación de una opinión ante un tribunal, por parte de terceros ajenos a un litigio, en el que se ventilen cuestiones cuyo resultado final interese a estos terceros, con el fin de ofrecer información calificada sobre la materia controvertida.

Este instrumento constituye una forma no prohibida, y por ende legítima, de ejercer la libertad de expresión y el derecho de petición ante las autoridades públicas, con el fin de advertir sobre

posibles violaciones de normas internacionales que obligan al Estado. Esta institución sólo pretende aportar al juez más elementos para la decisión de casos que repercuten en la sociedad, pero en ninguna medida exige que el juez se pronuncie sobre cada uno de los puntos tratados.

2. INTERÉS EN EL CASO

Desde mediados de los años noventa, FIAN ha acompañado a diversos grupos campesinos e indígenas en la defensa de su derecho a la alimentación y de su dimensión correspondiente al acceso a recursos para alimentarse. A lo largo de esta experiencia, FIAN ha podido verificar violaciones de derechos producidas por la acción u omisión del Estado Guatemalteco y ha apoyado en su defensa pacífica a ciertas poblaciones vulnerables en el país.¹ Más allá, FIAN ha trabajado conjuntamente en Guatemala con diversos colectivos y organizaciones, promoviendo el monitoreo de las políticas públicas relacionadas con el derecho a la alimentación e invitando a diversos miembros de la sociedad civil a exigir, por las vías jurídicamente permitidas, la realización de su derecho humano a la alimentación adecuada. También mediante la preparación de informes paralelos ante el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y examen periódico universal).

3. MINERÍA EN GUATEMALA

De acuerdo al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, en el 2010 Guatemala ocupó el puesto 116 según el índice de desarrollo humano. Más de la mitad de la población vive en situación de pobreza, lo que está aumentando debido a la reciente crisis económica.²

La economía guatemalteca, fuerza laboral y exportaciones tradicionalmente se han centrado en la agricultura, pero las ganancias generadas por este sector han disminuido dramáticamente en la última década y su contribución al producto bruto interno disminuyó del 23% en 1998 al 12 % en 2009.³

Para las élites políticas y económicas del país que son los principales dueños de las tierras cultivables, la disminución de las ganancias provenientes de la agricultura está generando una crisis financiera. Ante este escenario, la minería ofrece una posible solución y conllevaría una serie de ventajas como estrategia de desarrollo.⁴

Muchos defensores de la industria minera creen que no hay necesidad de analizar económicamente una propuesta de desarrollo basada en la extracción de minerales. Para ellos, los depósitos de minerales son riqueza concentrada, que sería irracional no explotar. Indican que la explotación de tales depósitos minerales proporcionara una fuerte y duradera fuente de ingresos y ganancia de exportaciones, asegurando un desarrollo económico que se prolongará por décadas incluso siglos.⁵

Simplemente se asume que la minería produce gran riqueza. La imagen de riqueza concentrada en áreas relativamente pequeñas está frecuentemente asociada al descubrimiento de un "tesoro

¹ Revisar informe de la Misión Internacional de Verificación en Guatemala realizada en noviembre de 2009: <http://www.fian.org/recursos/publicaciones/documentos/el-derecho-a-la-alimentacion-en-guatemala/pdf>. Así como el informe de la misión internacional de seguimiento realizada en noviembre y diciembre de 2010: <http://www.fian.org/recursos/publicaciones/documentos/el-derecho-a-la-alimentacion-y-la-situacion-de-defensoras-y-defensores-de-derechos-humanos-en-guatemala/pdf>

² Guatemala Times 2011.

³ Tufts University, Global Development and Environmental Institute. Searching for Gold in the Highlands of Guatemala: Economic Benefits and Environmental Risks of the Marlin Mine, Septiembre 2011, Pág. 13.

⁴ *Ibid.*, Pág. 14.

⁵ Oxfam America, Metal Mining and Sustainable Development in Central America, Pág.4.

enterrado” que obviamente hay que recuperar según los propulsores de la minería. Para ellos es irracional y una farsa económica no aprovechar dicha riqueza mineral.⁶

Los defensores de la minería suelen sustentar su posición basándose en los indicadores cuantitativos económicos a nivel nacional como: valor total del mineral producido, número de puestos de empleo generados, nómina de sueldos, contribución al producto bruto interno, incremento en exportaciones, e impuestos y regalías que recaba el gobierno.⁷ Si bien es cierto que la minería puede crear gran valor neto, la mayoría se transfiere a los países de origen de los propietarios de las mineras y la parte que se queda en el país no beneficia a las comunidades locales.⁸

También se indica que la minería proporcionaría una fuente de ingresos fiscales para el gobierno. En el caso de Guatemala más del 85% de su economía se basa en el sector privado y el estado contribuye sólo en un aproximado 13%. Así como en otros países de Centro América, el porcentaje de recaudación fiscal en Guatemala que contribuye al producto bruto interno se encuentran entre los más bajos en el mundo y significativamente por debajo del promedio latinoamericano.⁹

Desde una perspectiva de derechos humanos, utilizar medidas macroeconómicas convencionales para medir los beneficios de la minería a nivel local y nacional, tales como el impacto en el producto bruto interno o total de exportaciones no es apropiado. En realidad, lo que determina los beneficios locales es la distribución del valor neto creado, entre los inversores internacionales y los ciudadanos nacionales, entre la población que vive cerca de la mina y los que no forman parte de esa comunidad y entre las comunidades locales y el gobierno nacional.¹⁰

Centrarse en los supuestos beneficios económicos que produce la industria minera sin tener en cuenta el impacto ambiental y en la vigencia de los derechos humanos de las comunidades indígenas y campesinas en cuyos territorios se explotan recursos naturales es ver una sola cara de la moneda e ignorar totalmente las obligaciones internacionales de derechos humanos voluntariamente contraídas por el Estado Guatemalteco, al momento de diseñar e implementar políticas públicas para incentivar el desarrollo nacional. En 1997, Guatemala modificó la ley de minería reduciendo el porcentaje de las regalías del 7% al 1% con la finalidad de resultar más atractiva para los inversionistas extranjeros, sin embargo en los 94 artículos de la vigente ley de minería, no se hace ninguna referencia a los derechos humanos de las comunidades indígenas, campesinas ni al impacto que las actividades mineras podrían ocasionar en su territorio y medios de vida. La ley sólo menciona algunas consideraciones sobre impacto ambiental que son insuficientes, como se demostrará cuando se analice la ley en detalle. Si la actual legislación minera ha incentivado el desarrollo nacional o beneficia a las comunidades locales es debatible. Lo cierto es que ha ocasionado que organismos de derechos humanos regionales e internacionales cada vez reciban un mayor número de denuncias de violaciones a los derechos humanos de comunidades indígenas, ocasionadas por proyectos mineros llevados adelante incumpliendo las obligaciones de derechos humanos del estado guatemalteco. Más aún, cuando las comunidades han recurrido al poder judicial nacional para defender sus derechos, la respuesta ha sido ineficaz. Ante esta deficiencia estatal para respetar, proteger y garantizar los derechos de dichas comunidades, sus líderes e integrantes han tenido que asumir la defensa de sus territorios activa y pacíficamente. Lamentablemente, el poder judicial y sistema penal están siendo utilizados para criminalizar la defensa legítima de derechos en situaciones de conflicto entre empresas mineras y comunidades

⁶ *Ibid.*, Pág. 15.

⁷ *Ibid.*, Pág. 27.

⁸ *Ibid.*, Pág. 20.

⁹ OECD 2009.

¹⁰ Oxfam America, Metal Mining and Sustainable Development in Central America, Pág. 20.

indígenas, generadas por el mismo estado al implementar una ley de minería que incumple con sus obligaciones internacionales.

En las siguientes secciones de este documento se realizará un repaso de los derechos humanos de las comunidades indígenas y las correlativas obligaciones del estado con la finalidad de analizar la actual ley de minería desde un enfoque de derechos humanos que contribuya al debate sobre la industria minera en Guatemala, poniendo sobre la mesa elementos más allá de los puramente económicos centrados en la idea de crecimiento y desarrollo.

4. LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL

La mayoría de la población en Guatemala es indígena y perteneciente a los pueblos maya, garífuna y xinca.¹¹ Aproximadamente el 40% de los indígenas viven en extrema pobreza y cerca del 80% son pobres, padeciendo los índices de alfabetización y de ingresos más bajos de la sociedad guatemalteca.¹²

Guatemala es un país mayoritariamente rural y la mitad de dicha población es indígena. La población rural representa aproximadamente el 57% de los hogares del país y cerca del 61% de la población nacional constituyen el 73% de los hogares en situación de pobreza y el 93.2% de los hogares en extrema pobreza.¹³ Estos datos colocan a los pueblos indígenas en una situación de particular vulnerabilidad, marginación y exclusión social.¹⁴

El ex Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, indicó que “la condición actual de los pueblos indígenas en Guatemala es el resultado de un largo proceso de sometimiento colonial del pueblo maya a partir del siglo XVI, que se consolidó bajo el Estado nacional liberal en el siglo XIX, con la constitución de una clase gobernante que basó su poder en la gran propiedad rural y la explotación de la mano de obra indígena, en el marco de regímenes autoritarios y patrimoniales”.¹⁵

Según el actual Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, “Guatemala atraviesa actualmente un clima de alta inestabilidad y conflictividad social en relación con las actividades empresariales en los territorios tradicionales de los pueblos indígenas, que tiene serios impactos sobre los derechos de los pueblos indígenas y pone en riesgo la gobernabilidad y desarrollo económico del país. Entre estos impactos se cuentan numerosas alegaciones relativas a la afectación a la salud y al medio ambiente de los pueblos indígenas como resultado de la contaminación producida por las actividades extractivas; la pérdida de tierras indígenas y los daños a su propiedad y viviendas; la respuesta desproporcionada ante actos de protesta social legítima, y el hostigamiento y ataques a defensores de derechos humanos y líderes comunitarios”.¹⁶

Según los datos oficiales, desde la reforma de la Ley de Minería en 1997 hasta la actualidad, se han otorgado un total de 398 de estas licencias de minería. De las cuales 262 se encuentran ya en fase de explotación, aunque estos datos han sido disputados. La mayoría de estas licencias se ubican en

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”), Informe Justicia e Inclusión Social: Los Desafíos de la Democracia en Guatemala, 2003, Pág. 213.

¹² Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Informe Nacional de Desarrollo Humano, 2002.

¹³ Véase en Informe Nacional de Desarrollo Humano, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2002, Pág. 105.

¹⁴ *Ibid.*, Pág. 198.

¹⁵ Véase en “Derechos Humanos y Cuestiones Indígenas: Misión a Guatemala”, Informe del Relator de Naciones Unidas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. E/CN.4/2003/90/Add.2, 10 de febrero de 2003, Párr. 5.

¹⁶ Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. A/HRC/18/35/Add.3

departamentos de población mayoritariamente indígena.¹⁷ Dichos proyectos mineros han venido generando afectaciones al medio ambiente y violaciones múltiples a los derechos humanos de las comunidades indígenas que han habitado dichos territorios desde tiempos ancestrales. El hecho de que las actividades mineras se realicen en zonas con población predominantemente indígena resalta sobremanera la consideración que el Estado debe tener de sus obligaciones internacionales frente a una ley de minería cuyo único propósito es obtener la mayor beneficio económico posible.

4.1 APLICABILIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO

La Corte Constitucional de Guatemala recurrió por primera vez a la doctrina del bloque constitucional en su decisión del 21 de diciembre de 2009, al resolver una apelación de sentencia de amparo contra un acuerdo municipal que convocaba a varias comunidades indígenas a participar en una consulta de vecinos sobre la autorización de una licencia de exploración y explotación minera. En dicha oportunidad la Corte Constitucional señaló que la normativa internacional de derechos humanos que reconoce el derecho de consulta de los pueblos indígenas forma parte del bloque constitucional según lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Constitución que respectivamente establecen que el catálogo de derechos humanos contenido en la Constitución es *numerus apertus* y que los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado de Guatemala prevalecen sobre la legislación doméstica.¹⁸ En dicha oportunidad la Corte resaltó que a pesar de los grandes avances a nivel internacional en relación al derecho de consulta de los pueblos indígenas, a nivel nacional el desarrollo ha sido modesto y que no existe una plataforma normativa que regule eficazmente dicho derecho.

La Ley del Poder Judicial establece que los tribunales deben observar la supremacía de los tratados de derechos humanos sobre el derecho interno.¹⁹ En ejercicio de este deber es que la Corte de Constitucionalidad²⁰ ha reconocido que las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos forman parte del bloque constitucional. En este sentido los distintos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos así como los desarrollos jurisprudenciales que han venido realizando los órganos internacionales, cuasi judiciales y judiciales, forman parte de la legislación doméstica en Guatemala. Si bien es cierto que la Corte ha aplicado el bloque constitucional para analizar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el marco de actividades mineras, la acción de inconstitucionalidad planteada ofrece a esta corte la oportunidad de modificar el marco normativo que permite la violación de una serie de derechos de los pueblos indígenas, incluyendo derechos específicos en el marco de proyectos que afecten su territorio ancestral. Siendo los jueces la última instancia de protección de DDHH a nivel nacional, de no hacerlo así, la actual ley seguirá creando las condiciones para perpetuar violaciones a los derechos humanos de comunidades indígenas, que al no ser resueltas debida y oportunamente a nivel nacional, generarían la responsabilidad internacional de Guatemala.

4.2 INSTRUMENTOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS RELEVANTES PARA EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE MINERÍA

Guatemala es Estado miembro de la Organización de Naciones Unidas y por tanto ha asumido las obligaciones contenidas en la Carta de la ONU en vigor desde 1945 y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, así como en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos

¹⁷ *Ibid.*, Párr. 12.

¹⁸ Expediente 3778-2007, apelación de sentencia de amparo.

¹⁹ Ley del Poder Judicial, Art.9.

²⁰ Expediente 3778-2007, apelación de sentencia de amparo

Indígenas²¹, que a pesar de no ser tratados son reconocidos como fuente de derecho derivada del derecho consuetudinario. Cabe destacar la posición del estado de Guatemala en la Asamblea General de Naciones Unidas al votar a favor de la adopción de la Declaración, indicando que la misma no crea nuevos derechos sino que reafirma los derechos ya existentes de los pueblos indígenas.²² El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) fue ratificado por Guatemala el 19 de mayo de 1988, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), lo fue el 6 de mayo de 1992 y en el mismo año ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo.²³

Los distintos comités de Naciones Unidas en ejercicio de su labor interpretativa, han desarrollando el contenido de derechos humanos de los pueblos indígenas. Como las decisiones del Comité de Derechos Humanos en relación con los artículos 27 (derecho de las minorías) y 1 (libre determinación) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en relación con el artículo 5 y otras disposiciones conexas de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Así como las Observaciones generales del Comité DESC.

También es relevante el Convenio sobre Biodiversidad de 1992, para la protección de los derechos asociados a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos. El artículo 8(j) llama a los Estados a respetar, preservar y mantener “los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de diversidad biológica y [promover] su aplicación más amplia”, con la participación de estas comunidades, y para su beneficio. En 2004, la Conferencia de las Partes del Convenio adoptó las Directrices Voluntarias Akwé: Kon para la realización de estudios de impacto cultural, ambiental y social en relación con proyectos llevados a cabo en territorios indígenas, incluyendo lugares sagrados.²⁴

En el ámbito regional el Estado de Guatemala es miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA), encontrándose vinculado por la Carta de la OEA de 1948 y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, cuya fuerza vinculante se encuentra reconocida tanto por la Corte como por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Estos organismos han indicado que a pesar de haber sido adoptada como una declaración, y no como un tratado, en la actualidad este instrumento regional constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA.²⁵ El Estado de Guatemala también ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 25 de mayo de 1978 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” el 5 de octubre de 2000.

²¹ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas por medio de la resolución A/61/295, 61º período de sesiones (13 de septiembre de 2007).

²² Disponible en <http://www.un.org/News/Press/docs/2007/ga10612.doc.htm>

²³ Entrado en vigor el 5 de septiembre de 1991.

²⁴ Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares, COP-7 (Kuala Lumpur, 9-20 de febrero de 2004), Decisión VII/16, Anexo [“Directrices Akwé: Kon”].

²⁵ Al respecto se pueden consultar las siguientes fuentes: Opinión Consultiva OC-10/89 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre dentro del marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre derechos Humanos, 14 de julio de 1989, Ser. A No. 10 (1989), párrafos 35-45 CIDE, James Terry Roach y Jay Pinkerton c. Estados Unidos, Caso 9647, Res. 3/87, 22 de septiembre 1987, Informe Anual 1986.1987, párrafos 46-49, Rafael Ferrer Mazorca y otros c. Estados Unidos de América, Informe 51/01, caso 9903, 4 de abril de 2001; Artículo 20 Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, Secretaría General de la OEA, Washington D.C. 2004. p. 6.

Por todo lo anterior, el Estado de Guatemala se encuentra obligado a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos contenidos en los mencionados instrumentos internacionales. Esto por medio de los diversos poderes, es decir, el ejecutivo, en el diseño y la implementación de políticas públicas; el legislativo en la adopción de las leyes cuyo contenido se debe adecuar a la legislación internacional antes mencionada; y el poder judicial, el cual deberá decidir acciones de constitucionalidad o acciones de tutela, entre otros recursos constitucionales, teniendo en cuenta la primacía de los derechos humanos, en los casos que se sometan a su jurisdicción.

4.3 DERECHO AL TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

Los Acuerdos de Paz, en especial el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, representaron la oportunidad histórica para superar los flagelos de la exclusión y la discriminación de los pueblos indígenas.²⁶ El Gobierno de Guatemala se obligó a realizar acciones específicas, entre ellas la lucha contra la discriminación, los derechos culturales, los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, incluyendo el derecho consuetudinario indígena, los derechos relativos a la tierra y la regularización de la tenencia de la tierra de los pueblos indígenas.²⁷

Lamentablemente dichos compromisos sólo se han cumplido parcialmente, perpetuando así la exclusión y discriminación histórica contra los pueblos indígenas. De acuerdo al Informe de Desarrollo Humano del año 2002 del PNUD,²⁸ en los últimos 20 años la concentración de la tierra continuó siendo muy elevada. La situación de conflictividad por la tierra es uno de los problemas que afectan especialmente a los pueblos indígenas en Guatemala que se deriva de las consecuencias del conflicto armado, en especial el efecto de las operaciones de tierra arrasada, la situación económica en el sector, la crisis cafetalera, la falta de reconocimiento de las tierras indígenas, y la falta de un sistema catastral que reconozca el territorio ancestral y permita proteger las tierras pertenecientes a los pueblos indígenas.²⁹

Tras la visita *in loco* que La Comisión Interamericana realizó a Guatemala en marzo de 2003, recomendó al estado "Establecer mecanismos especiales rápidos y eficaces para solucionar los conflictos sobre el dominio de las tierras, para garantizar y dar certeza jurídica a las comunidades indígenas respecto del dominio de sus propiedades, y para proveer tierras estatales a las comunidades que las necesiten para su desarrollo, según lo establece el artículo 68 de la Constitución Política de Guatemala".³⁰

La importancia del territorio para los pueblos indígenas radica, entre otros motivos, porque es vital para la realización de una serie de otros derechos, llevando a que el sistema interamericano de derechos humanos haya reconocido el derecho al territorio indígena como un derecho en sí mismo.

A nivel internacional, los comités de Naciones Unidas han emitido una serie de decisiones que desarrollan el contenido de los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Así por ejemplo, en su Observación General al artículo 27 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos vinculó expresamente la obligación de los Estados de garantizar el derecho de los pueblos indígenas a disfrutar de su cultura a la protección de sus "modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos".³¹

²⁶ Informe de la Comisión Interamericana: Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, Párr. 219.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Véase en Informe Nacional de Desarrollo Humano, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2002, Pág. 108

²⁹ Informe de la Comisión Interamericana: Justicia e Inclusión Social: Los Desafíos de la Democracia en Guatemala, 2003, Párr. 258

³⁰ *Ibid.*, Párr. 265.5.

³¹ Observación General N° 23 (1994): Artículo 27 (derechos de las minorías), CCPR/C/21/rev.1/Add.5 (1994), Párr. 7.

En 1997 el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial adoptó su Recomendación General sobre pueblos indígenas, en la que enunció, entre otras, las obligaciones de los Estados Partes en relación con la protección de las tierras y territorios indígenas, y resaltó el derecho de los pueblos indígenas a “poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales”.³²

Adicionalmente varias de las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tienen una especial relevancia para los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales.³³

La fórmula que el sistema interamericano ha desarrollado para proteger el derecho al territorio de los pueblos indígenas se fundamenta en el artículo XXIII de la Declaración Americana³⁴ y en el artículo 21 propiedad privada de la Convención Americana.

El contenido del derecho a la propiedad territorial de los pueblos indígenas no sólo se refiere al acceso a la tierra sino que incluye el uso y disfrute de sus recursos naturales que están sobre dicha superficie y en el subsuelo – las tierras y los recursos naturales que en ellas se contienen conforman la noción jurídica de “territorio”.³⁵ Dicho derecho es un pre requisito para la realización de otros derechos como a la existencia en condiciones dignas, a la alimentación, al agua, a la salud, a la vida³⁶, al honor, a la dignidad, a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de asociación, a los derechos de la familia, y a la libertad de movimiento y residencia.³⁷ Esto ha llevado que los órganos del sistema interamericano consideren la propiedad comunal sobre sus tierras y recursos naturales como un derecho en sí mismo.³⁸

La ocupación de un territorio por parte de un pueblo o comunidad indígena no se restringe al núcleo de sus casas de habitación; “por el contrario, el territorio incluye un área física conformada por un núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural”.³⁹ En esta misma medida, la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios no se limita a las aldeas o asentamientos específicos; el uso y ocupación territorial por los pueblos indígenas y tribales “va más allá del establecimiento de aldeas específicas e incluye tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y otros fines”.⁴⁰

Por lo tanto el derecho a la propiedad territorial de los pueblos indígenas tiene un enfoque holístico que va más allá del acceso a la tierra y las formas clásicas de propiedad, con la finalidad de que el

³² Recomendación General XXIII: Los pueblos indígenas, CERD/C/51/Misc. 23/rev. 1 (1997), Párr. 5.

³³ Observación General N° 7 (1997): El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos, E/1998/22, anexo IV, párr. 10; Observación General N° 12 (1999): El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11), E/C.12/1999/5, párr. 13; Observación General N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel de salud (artículo 12), E/C.12/2000/4, párrs. 12(b) y 27; Observación General N° 15 (2002): El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto) E/C.12/2002/11, Párrs. 7, 16.

³⁴ Artículo XXIII: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

³⁵ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, nota al pie No. 63.

³⁶ Informe de la Comisión Interamericana, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, Párrs. 1076-1080.

³⁷ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: 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 No. 79, párr. 140(f).

³⁸ Informe CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, Párr. 3

³⁹ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Yakye Axa v. Paraguay*. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 120(h).

⁴⁰ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 129.

contenido del derecho refleje la cosmovisión de estos pueblos y los elementos vitales para su existencia.

Los titulares del derecho al territorio son las personas individuales que conforman los pueblos indígenas o tribales, y cuyo ejercicio se desenvuelve en sistemas de propiedad colectiva.⁴¹ La dimensión colectiva del derecho a la propiedad es igualmente protegida por el artículo 21 de la Convención. La Corte Interamericana ha notado que “entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”.⁴² Para la Corte, “[e]sta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas”.⁴³

La naturaleza colectiva del derecho a la propiedad territorial de los pueblos indígenas y tribales tiene una incidencia directa sobre el contenido de otros derechos protegidos por la Convención Americana y la Declaración Americana, dotándoles de una dimensión colectiva. Así sucede con el derecho a la personalidad jurídica⁴⁴, o con el derecho a la protección judicial efectiva.⁴⁵

Los órganos del sistema interamericano han caracterizado la propiedad territorial indígena como una forma de propiedad que se fundamenta no en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos; los territorios de los pueblos indígenas y

⁴¹ 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 No. 79, párr. 148.

⁴² 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 No. 79, párr. 149.

⁴³ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 120. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 87.

⁴⁴ Al carecer de capacidad jurídica para gozar colectivamente del derecho a la propiedad y para reclamar la violación de este derecho ante los tribunales internos, los pueblos indígenas y tribales se encuentran en situación de vulnerabilidad tanto respecto del Estado como respecto de terceros particulares [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 174]. El Estado debe reconocer a los integrantes del pueblo respectivo esa capacidad, para ejercer plenamente estos derechos de manera colectiva [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 174]. El reconocimiento de la capacidad jurídica colectiva “puede lograrse mediante la adopción de medidas legislativas o de otra índole que reconozcan y tomen en cuenta el modo particular en que el pueblo [correspondiente] se percibe como colectivamente capaz de ejercer y gozar del derecho a la propiedad.” [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 174].

⁴⁵ En el caso del pueblo Saramaka v. Surinam, la Corte Interamericana explicó que no son adecuados ni eficaces para reparar presuntas violaciones del derecho de propiedad comunal de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, los recursos judiciales que sólo están disponibles para las personas individuales que reclaman violación de sus derechos individuales a la propiedad privada; es necesario que los pueblos indígenas y tribales, como entidades colectivas, puedan utilizar dicho recurso en calidad de comunidades, para afirmar el derecho a la propiedad comunal de sus integrantes [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 179]. Es necesario también, para la Corte, que el Estado reconozca el derecho a la propiedad comunal de los miembros de los pueblos indígenas y tribales para que los recursos judiciales disponibles sean efectivos; un recurso judicial que exige que se demuestre la violación de un derecho no reconocido por el Estado no es adecuado para este tipo de reclamos [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 179]. En suma, la legislación estatal debe proporcionar “un recurso adecuado y efectivo contra actos que violan los derechos a la propiedad comunal de los integrantes del pueblo [indígena o tribal respectivo]” [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 182]. Por estas razones, en la sentencia sobre el caso del pueblo Saramaka, la Corte Interamericana ordenó a Surinam, como medida de reparación: “otorgar a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran, con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a al justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones” [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 194(b)].

tribales “les pertenecen por su uso u ocupación ancestral”⁴⁶ que debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”.⁴⁷ Los pueblos indígenas que han perdido la posesión del territorio que han ocupado ancestralmente mantienen sus derechos de propiedad, y son titulares del derecho a la recuperación de sus tierras.⁴⁸

Los derechos de propiedad indígenas basados en el uso o posesión consuetudinarios, independientemente del reconocimiento estatal, existen no sólo en casos de pretensiones de propiedad por el Estado, sino también en relación con terceros que pretendan ostentar títulos reales de propiedad sobre las mismas áreas. El reconocimiento del valor normativo del derecho consuetudinario indígena como fundamento del derecho de propiedad también implica que los reclamos o pretensiones de propiedad por parte de comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre sus tierras deben ser tenidos plenamente en cuenta a todos los efectos jurídicos, y notablemente en relación con el cumplimiento de los deberes estatales relativos a los proyectos de inversión, desarrollo o extracción de los recursos naturales.⁴⁹

Los derechos de propiedad indígena sobre los territorios se extienden en principio sobre todas aquellas tierras y recursos que los pueblos indígenas usan actualmente, y sobre aquellas tierras y recursos que poseyeron y de los cuales fueron despojados, con los cuales mantienen su relación especial internacionalmente protegida – v.g. un vínculo cultural de memoria colectiva, con conciencia de su derecho de acceso o pertenencia, de conformidad con sus propias reglas culturales y espirituales.⁵⁰

Como parte del derecho a la propiedad protegido bajo los instrumentos interamericanos de derechos humanos, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a la posesión, al uso, a la ocupación y a la habitación de sus territorios ancestrales. Este derecho es, más aún, el objetivo último de la protección misma de la propiedad territorial indígena o tribal. Para la Comisión Interamericana, la garantía del derecho a la propiedad territorial es un medio para permitir la posesión material de sus tierras por parte de los miembros de las comunidades indígenas.⁵¹

Los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a administrar y explotar su territorio de conformidad con sus propias pautas tradicionales. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha exhortado especialmente a los Estados partes de la Convención, en su

⁴⁶ 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. 231.

⁴⁷ 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 No. 79, párr. 151. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 127.

⁴⁸ Para la Corte Interamericana, “la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas” [Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128].

⁴⁹ El Estado no se puede liberar de su obligación de reconocer el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de su sistema de propiedad comunal sobre su territorio, argumentando que existe falta de claridad sobre el sistema ancestral de propiedad y posesión; así, en el caso del pueblo Saramaka v. Surinam, la Corte dictaminó que “la presunta falta de claridad en cuanto al sistema de posesión de la tierra de los Saramaka no presenta un obstáculo insuperable para el Estado, quien tiene la obligación de consultar con los integrantes del pueblo Saramaka (...) y solicitar una aclaración sobre esta cuestión a fin de cumplir sus obligaciones conforme al artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 2 de dicho instrumento” [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 101].

⁵⁰ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, Párr. 78.

⁵¹ CIDH, *Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Sawhoyamaya v. Paraguay*. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 113(a).

Recomendación General 23, a “que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales”.⁵²

También debe tomarse en consideración que el derecho a la propiedad y a la recuperación territorial de los pueblos indígenas y tribales persiste aunque las tierras estén siendo explotadas en forma productiva por sus propietarios actuales.⁵³ La existencia de tratados internacionales bilaterales de inversión en vigor que protejan a los propietarios de las tierras reclamadas no justifica la falta de concreción o materialización del derecho a la propiedad y recuperación territorial de los pueblos indígenas y tribales, porque la implementación de los tratados comerciales bilaterales debe hacerse compatible con la Convención Americana, mucho más si contienen cláusulas que permiten la expropiación de las inversiones de nacionales de una de las partes contratantes por causa de utilidad o interés público, “lo cual podría justificar la devolución de tierras a los indígenas”.⁵⁴

Los organismos internacionales y regionales han desarrollado un estándar muy alto al interpretar el contenido del derecho al territorio de los pueblos indígenas debido a la especial importancia que el territorio tiene para ellos y la protección especial que el marco internacional de derechos humanos les otorga, buscando romper con la discriminación y exclusión que tradicionalmente han enfrentado.

4.4 DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS SOBRE LOS RECURSOS NATURALES

Numerosos pueblos indígenas y tribales viven en áreas ricas en recursos naturales vivos e inertes, incluyendo bosques que contienen abundante biodiversidad, agua y minerales. El deseo de tales recursos por la sociedad no indígena ha resultado históricamente en la remoción, la destrucción y el exterminio de muchas comunidades indígenas. Hoy en día, la supervivencia y la integridad de los pueblos indígenas y tribales del hemisferio que aún subsisten exige el reconocimiento de sus derechos a los recursos naturales presentes en sus tierras y territorios, de los cuales dependen para su bienestar económico, espiritual, cultural y físico.⁵⁵

La Comisión Interamericana entiende que el derecho al desarrollo implica que cada Estado tiene la libertad de explotar sus recursos naturales, incluyendo el otorgamiento de concesiones y la apertura a inversiones internacionales. Sin embargo, “la Comisión considera que la ausencia de regulación, la regulación inapropiada o 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”.⁵⁶

Los derechos sobre los recursos naturales no están condicionados a la existencia de un título formal de propiedad ni a que se hayan realizado los procesos de delimitación o demarcación correspondientes sino que “existen aún sin actos estatales que los precisen”⁵⁷, ya que dichos

⁵² Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial - Recomendación general N° 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248 (1997), párr. 5. Citada en: CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 130, nota al pie No. 97.

⁵³ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, Párrs. 138, 139.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 140.

⁵⁵ CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, Párr. 179.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: 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 No. 79, párr. 140(a).

pueblos tienen “derechos comunales de propiedad sobre tierras y recursos naturales con base en patrones tradicionales de uso y ocupación ancestral”.⁵⁸

Los Estados tienen la obligación de atender las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas y tribales, a través de la titulación u otro mecanismo de reconocimiento de la propiedad comunal, antes de autorizar cualquier plan de desarrollo o inversión susceptible de afectar los derechos de propiedad de estos pueblos sobre los recursos naturales.⁵⁹

4.5 OBLIGACIONES ESTATALES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES O PROYECTOS DE DESARROLLO O INVERSIÓN O PARA EL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES EXTRACTIVAS EN TERRITORIOS ANCESTRALES

En los últimos años los organismos internacionales de derechos humanos han venido recibiendo un número cada vez mayor de denuncias sobre violaciones de derechos humanos de los pueblos indígenas vinculadas al acceso a la tierra y recursos naturales, en el marco de la implementación de proyectos de extracción de minerales en territorios ancestrales. Para atender las demandas de los pueblos indígenas que no encuentran solución en sede nacional por la falta de un marco normativo adecuado acorde con los estándares internacionales o por la falta de implementación del mismo, estos organismos, en especial la Corte y Comisión Interamericana han identificado derechos específicos que deben ser tenidos en cuenta por los estados en el marco de la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión o para el otorgamiento de concesiones extractivas en territorios ancestrales con la finalidad de prevenir dichas violaciones. Tales derechos incluyen el derecho a un medio ambiente seguro y sano, el derecho a la consulta previa y, en ciertos casos, al consentimiento informado, el derecho a la participación en los beneficios del proyecto, y el derecho a la reparación. Así mismo se requiere que los estados garanticen a los pueblos indígenas el ejercicio de ciertos derechos humanos de índole procedimental, principalmente el acceso a la información, la participación en la toma de decisiones y el acceso a la justicia.⁶⁰

Los megaproyectos de infraestructura o desarrollo, tales como carreteras, canales, represas, puertos o afines, así como las concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales en territorios ancestrales, pueden afectar a las poblaciones indígenas con consecuencias particularmente graves, ya que ponen en peligro sus territorios y los ecosistemas que allí se encuentran, por lo cual representan un peligro mortal para su supervivencia en tanto pueblos, especialmente en los casos en que la fragilidad ecológica de sus territorios coincide con su debilidad demográfica.⁶¹

Al evaluar propuestas de planes o proyectos de inversión o desarrollo, o el otorgamiento de concesiones extractivas, los Estados deben tomar en cuenta como consideración primordial a las comunidades indígenas que habitan en los respectivos territorios, y sus formas tradicionales de

⁵⁸ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: 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 No. 79, párr. 140(a).

⁵⁹ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, Párr. 189.

⁶⁰ *Ibid.*, Párr. 197.

⁶¹ CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, Párr. 33-35.

tenencia de la tierra.⁶² El término “plan de desarrollo o inversión” se refiere a “cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio [ancestral], en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras”.⁶³ Lo que incluye aquellos que están destinados al aumento o mejora de la infraestructura productiva o de servicios públicos, incluyendo la construcción de vías de transporte y comunicación de personas, mercancías, bienes y servicios (p. ej. la construcción de oleoductos); la construcción de represas o la construcción de infraestructuras educativas, sanitarias o militares, entre otros; así como la extracción de recursos naturales.⁶⁴

Si bien es cierto que toda actividad de exploración o extracción en territorio indígena o tribal podría afectar, en mayor o menor medida, el uso y goce de algunos recursos naturales utilizados tradicionalmente para la subsistencia del pueblo correspondiente. No se debe interpretar el artículo 21 de la Convención de manera que impida al Estado emitir cualquier tipo de concesión para la exploración o extracción de recursos naturales dentro del territorio [indígena o tribal correspondiente].⁶⁵ El derecho a la propiedad no es absoluto, y “puede ser restringido por el Estado bajo circunstancias específicas y excepcionales”⁶⁶ y siguiendo una serie de requisitos legales.

Para otorgar concesiones extractivas o realizar planes y proyectos de inversión y desarrollo que afecten los recursos naturales en territorios indígenas o tribales, la Corte Interamericana en el caso Saramaka, identificó tres condiciones obligatorias que se aplican cuando los Estados contemplan aprobar tales planes o proyectos: (a) el cumplimiento del derecho internacional sobre la expropiación, tal y como se refleja en el artículo 21 de la Convención Americana; (b) no aprobación de cualquier proyecto que pueda amenazar la supervivencia física o cultural del grupo; y (c) aprobación sólo después de consultas de buena fe –y, cuando sea aplicable, del consentimiento-, de un estudio previo de impacto ambiental y social realizado con participación indígena, y con participación razonable en los beneficios.

Estos requisitos son aplicables en dos circunstancias. Primero, cuando el “recurso natural ha sido usado tradicionalmente por los miembros del pueblo [respectivo] de modo intrínsecamente relacionado con la subsistencia del pueblo”.⁶⁷ Segundo, cuando el proyecto pueda afectar otros recursos naturales críticos para su supervivencia física y cultural.⁶⁸ El cumplimiento de estos requisitos es obligatorio, incluso si existen disposiciones de derecho interno que reservan al Estado la propiedad de los recursos vivos, del agua o del subsuelo en los territorios indígenas.⁶⁹

Con respecto a las concesiones que ya han sido otorgadas efectivamente a terceros dentro del territorio ancestral sin cumplir con los requisitos derivados del artículo 21 de la Convención, el Estado debe evaluar si es necesario restringir los derechos contractuales o legales de tales terceros

⁶² CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: 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 No. 79, párr. 104(k).

⁶³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129, nota al pie No. 124.

⁶⁴ CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, Párr. 221.

⁶⁵ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 126.

⁶⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 49.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 144.

⁶⁸ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 155.

⁶⁹ CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, Párrs. 29-31 y Recomendación 4.

para preservar la supervivencia física y cultural del pueblo correspondiente, a la luz de la jurisprudencia interamericana.⁷⁰

Para la Comisión Interamericana se ha demostrado que los planes y proyectos de desarrollo e inversión en territorios indígenas o tribales, y las concesiones para la exploración y explotación de recursos naturales, desembocan en violaciones múltiples de derechos humanos individuales y colectivos, incluyendo el derecho a una vida en condiciones dignas (vulnerado cuandoquiera que los proyectos de desarrollo causan contaminación ambiental, generan efectos nocivos sobre las actividades básicas de subsistencia y afectan la salud de los pueblos indígenas y tribales que viven en los territorios donde se implementan).⁷¹ La Comisión y Corte Interamericana también han declarado violaciones derivadas de “la afectación a la salud, a los sistemas de producción, la modificación de las migraciones internas, la disminución de la cantidad y calidad de fuentes de agua, el empobrecimiento de los suelos agrícolas; la disminución de la pesca, fauna, flora y biodiversidad en general, y la afectación al equilibrio que constituye la base de la reproducción étnica y cultural”, todas las cuales han ocurrido en los lugares donde las industrias mineras, madereras o de hidrocarburos desarrollan sus proyectos.⁷² Las concesiones, junto con los actos estatales relacionados con ellas, han sido consideradas como violaciones del derecho a la propiedad protegido por la Convención Americana⁷³, y de otros derechos humanos.⁷⁴

El otorgamiento de concesiones para exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas que no han sido titulados, demarcados o protegidos por el Estado, sin cumplir con los requisitos de consulta previa y otras garantías aplicables, viola los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁷⁵

4.5.1. Libre Determinación

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce expresamente el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación.⁷⁶ El Convenio 169 de la OIT también reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a controlar sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico “dentro del marco de los Estados en que viven”.⁷⁷ Por virtud del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación reconocido en el artículo 1º del PIDESC, los pueblos pueden “proveer[r] a su desarrollo económico, social y cultural” y pueden “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se los prive de “sus propios medios de subsistencia”.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, Párr. 157.

⁷¹ 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. 250.

⁷² 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. 158.

⁷³ CIDH, *Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awás Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(k).

⁷⁴ CIDH, *Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awás Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(o).

⁷⁵ CIDH, *Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awás Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 104(ñ).

⁷⁶ El Artículo 3 de la Declaración dispone lo siguiente: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.”

⁷⁷ Convenio 169 de la OIT, Preámbulo.

En el caso Saramaka, la Corte Interamericana indicó que el artículo 21 de la Convención Americana incluye el derecho de los miembros de las comunidades indígenas y tribales a determinar libremente y disfrutar su propio desarrollo social, cultural y económico, lo cual a su turno contiene el derecho a disfrutar de la relación espiritual particular con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente. La falta de acceso al territorio ancestral impide el ejercicio del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la libre determinación.⁷⁸

4.5.2 Aplicación del Derecho Internacional Sobre la Expropiación

Como sucede con el derecho a la propiedad territorial en general, el derecho de propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre los recursos naturales vinculados a su cultura presentes en sus territorios no puede ser jurídicamente extinguido o alterado por las autoridades estatales sin que medie la consulta y el consentimiento pleno e informado del pueblo, así como los requisitos generales que deben ser cumplidos en caso de expropiación⁷⁹, y con cumplimiento de las demás garantías jurídicas de la propiedad territorial indígena. El cumplimiento de los requisitos para llevar a cabo expropiaciones es uno de los elementos del test que se debe aplicar cuandoquiera que el Estado decida evaluar la realización de planes o proyectos de desarrollo o inversión o el otorgamiento de concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales en territorios indígenas.⁸⁰

En primer lugar, los Estados deben cumplir los requisitos establecidos para los casos de expropiación en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Toda limitación al contenido del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales debe sujetarse a las normas generales que regulan las limitaciones legales de la propiedad por razón de interés público, esto es, las expropiaciones.⁸¹

De conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.⁸² El Estado no puede otorgar una concesión, ni aprobar un plan o proyecto de desarrollo o inversión, que pueda afectar la supervivencia del pueblo indígena o tribal correspondiente de conformidad con sus modos ancestrales de vida.⁸³

En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática.⁸⁴

⁷⁸ CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, Párr. 165.

⁷⁹ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, Párr. 131.

⁸⁰ CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, Párr. 186.

⁸¹ *Ibid.*, Párr. 229.

⁸² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 144, 145. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127. Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 155. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, Párr. 137.

⁸³ El Comité de Derechos Humanos en el caso *Länsman y otros v. Finlandia*⁵⁸⁸ apoya este requisito Comunicación No. 511/1992, ONU Doc. CCPR/C/52/D/511/1994, 8 de noviembre de 1994, Párr. 9.4.

⁸⁴ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Art. 46.2.

4.5.3 Aplicación de las Normas de Protección Medioambiental

En relación con los pueblos indígenas y tribales, la protección de los recursos naturales presentes en los territorios ancestrales, y de la integridad medioambiental de tales territorios, es necesaria para garantizar ciertos derechos fundamentales de sus miembros, tales como la vida, la dignidad, la integridad personal, la salud, la propiedad, la privacidad o la información. Estos derechos así como los derechos contenidos en el artículo 11 del PIDESC a un adecuado nivel de vida, resultan directamente afectados cuandoquiera que la polución, la deforestación, la contaminación de las aguas, u otros tipos de daños ambientales ocurren en los territorios ancestrales. Ello implica que el Estado está obligado a adoptar acciones preventivas y positivas orientadas a garantizar un medio ambiente que no comprometa la capacidad de las personas indígenas de ejercer sus derechos humanos más básicos.⁸⁵

El deber estatal de aplicación de las normas de protección medioambiental en vigor cobra especial importancia frente a los actores no estatales cuya conducta es dañina para los recursos naturales. Las autoridades tienen claras obligaciones internacionales de implementación de sus propios estándares y regulaciones, cuyo incumplimiento puede comprometer su responsabilidad internacional.⁸⁶

4.5.4 Participación, Beneficios Compartidos y Estudios Previos de Impacto Ambiental y Social

En el caso Saramaka, la Corte estableció un triple estándar aplicable a “los planes de inversión, desarrollo, exploración o explotación de los recursos naturales” que puedan afectar de forma directa o indirecta la capacidad de los pueblos indígenas para usar y gozar efectivamente sus tierras, territorios y recursos naturales, de manera que supongan, de hecho, una privación o limitación de su derecho de propiedad. Las tres condiciones son requisitos complementarios y concurrentes, orientados a garantizar la supervivencia como pueblos indígenas y tribales: “Con miras a garantizar su supervivencia como un pueblo tribal, la Corte estableció una serie de requisitos complementarios aplicables al caso de los Saramaka en particular, y a comunidades indígenas y tribales en general”.⁸⁷

Primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo [correspondiente] de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (...) que se lleve a cabo dentro del territorio [ancestral]. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo [correspondiente] se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio [ancestral] a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo [respectivo] tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal”.⁸⁸

⁸⁵ CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, Párr. 194.

⁸⁶ *Ibid.*, Párr. 203.

⁸⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 38.

⁸⁸ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129.

a. Beneficios compartidos

Los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a participar en los beneficios derivados de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales o de los planes de desarrollo o inversión en sus territorios.⁸⁹ Dicha participación debe ser de manera equitativa según lo ha expresado el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y del Relator de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas.⁹⁰

Los Estados tienen la obligación internacional de garantizar la participación de las comunidades indígenas en la determinación de los beneficios que producirán los planes o proyectos propuestos⁹¹, a través de procedimientos apropiados. Por ello, los Estados deben garantizar que en el marco de los procedimientos de consulta previa “se establezcan los beneficios que serán percibidos por los pueblos indígenas afectados, y las posibles indemnizaciones por los daños ambientales, siempre de conformidad con sus propias prioridades de desarrollo”.⁹² La determinación de los beneficiarios “deberá ser hecha en consulta con el pueblo [respectivo] y no unilateralmente por el Estado”.⁹³

No debe confundirse la participación en los beneficios de un proyecto con la dotación de servicios sociales básicos que de cualquier modo corresponde proveer al Estado en virtud de sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales.⁹⁴

Estudios previos de impacto social y ambiental

Un “estudio previo de impacto social y ambiental” debe ser llevado a cabo por “entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado”⁹⁵ en el contexto de los proyectos de desarrollo e inversión y actividades extractivas en territorios indígenas. Los estudios de impacto social y ambiental 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.⁹⁶

Los Estados deben garantizar que la sostenibilidad de los planes o proyectos de desarrollo o inversión y de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas y tribales sea “medida con anterioridad a partir de mecanismos de participación efectiva de las personas y grupos afectados con independencia de que tengan un título de propiedad reconocido por el Estado en su favor”.⁹⁷

Los estudios de impacto social y ambiental deben realizarse con carácter previo a la aprobación de los planes respectivos. El proceso de los estudios de impactos ambientales y sociales es una

⁸⁹ CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, Párr. 1137, Recomendación 6. Ver también: 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. 297, Recomendación 6.

⁹⁰ 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 de Ecuador, para. 16.

⁹¹ CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, Recomendación 5. Ver también: 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. 297, Recomendación 5.

⁹² 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.

⁹³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 25.

⁹⁴ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, Párr. 243.

⁹⁵ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ 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.

obligación del Estado. No obstante, el Estado puede encomendar dichos estudios a “entidades independientes y técnicamente capacitadas, bajo la supervisión del Estado”.⁹⁸ Dichos estudios deben ser de carácter “social y ambiental” haciendo necesario que se incorpore la identificación de los impactos directos o indirectos sobre las formas de vida de los pueblos indígenas que dependen de dichos territorios y de los recursos existentes en ellos para su subsistencia.⁹⁹

El término “social”, como componente de los estudios de impacto, debe interpretarse de una forma amplia, que tenga en cuenta la jurisprudencia general del sistema interamericano sobre el derecho de propiedad indígena, así como otros estándares internacionales aplicables incluyendo el PIDESC.

En la medida en que la realización de planes de desarrollo o inversión se concibe como una limitación del derecho de propiedad comunal indígena, los estudios de impacto deberían determinar precisamente cuál será la incidencia de dichos planes sobre la capacidad de los pueblos indígenas de usar y gozar sus tierras y recursos naturales, conforme a su propio derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres. Desde esta perspectiva, por lo tanto, el contenido de los estudios de impacto social y ambiental debe hacer referencia no sólo al impacto sobre el hábitat natural de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas, sino también al impacto sobre la relación especial que vincula a estos pueblos con sus territorios, incluyendo sus formas propias de subsistencia económica, sus identidades y culturas, y sus formas de espiritualidad.¹⁰⁰ Los Estados deben garantizar a los pueblos indígenas la participación en el proceso de los estudios previos de impacto social y ambiental.¹⁰¹

4.5.5 Derechos a la Participación, la Consulta y el Consentimiento

Según el Relator Especial de las Naciones Unidas, “De conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y con el Convenio No. 169 de la OIT, los Estados tienen el deber de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos especiales y diferenciados sobre los asuntos que les conciernen, con la finalidad de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Basado en el entendimiento de la marginación relativa y las condiciones desfavorables de los pueblos indígenas en relación con los procesos democráticos normales, este deber dimana del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios de soberanía popular y de gobierno por consentimiento y es un corolario de los principios conexos de derechos humanos (...). El deber de celebrar consultas se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por la población general del Estado, y en tales casos el deber se aplica en relación con los pueblos indígenas que se ven particularmente afectados y respecto de esos intereses particulares. El deber de celebrar consultas no solo se aplica cuando la medida propuesta se refiere a derechos sustantivos ya reconocidos en el derecho interno, como los derechos relativos a las tierras”.¹⁰²

La consulta debe “estar dirigida a obtener su consentimiento libre e informado”.¹⁰³ El deber de consulta, consentimiento y participación cobra especial vigencia, en la realización de planes o

⁹⁸ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 41.

⁹⁹ CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, Párr. 254.

¹⁰⁰ *Ibid.*, Párr. 255

¹⁰¹ Corte IDH, *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam* (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 185, párr. 16.

¹⁰² ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrs. 62-63.

¹⁰³ 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. 158.

proyectos de desarrollo o inversión o la implementación de concesiones extractivas en territorios indígenas o tribales, cuando tales planes, proyectos o concesiones puedan afectar los recursos naturales que allí se encuentran. La participación de los pueblos indígenas a través de sus propias instituciones y formas propias de organización es requerida antes de la aprobación de planes o proyectos de inversión o desarrollo de los recursos naturales.¹⁰⁴

La consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo. Los procedimientos de consulta, en tanto forma de garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar en los asuntos susceptibles de afectarles, deben “propender por la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños”.¹⁰⁵ El procedimiento de consulta no puede agotarse en el cumplimiento de una serie de requisitos *pro forma*. Incluso en los supuestos en los que el consentimiento de los pueblos indígenas no sea un requisito necesario, los Estados tienen el deber de prestar la debida consideración a los resultados de la consulta o, en su defecto, proporcionar razones objetivas y razonables para no haberlos tomado en consideración.

El derecho a la participación en los procesos decisorios que puedan afectar los territorios ancestrales corresponde a los miembros individuales de dichos pueblos, y a los pueblos como un todo. La CIDH ha enfatizado que “los intereses colectivos de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales no [excluyen] la participación de personas individuales en el proceso. La Comisión ha declarado, por el contrario, que todo pronunciamiento sobre la medida en que los pueblos indígenas pueden mantener intereses en las tierras a las que tradicionalmente han tenido título y que han ocupado y usado debe basarse en un proceso de consentimiento plenamente informado y mutuo por parte de la comunidad indígena en conjunto”.¹⁰⁶

La realización de los procesos de consulta es una responsabilidad del Estado, y no de otras partes, tales como la empresa que busca obtener la concesión o el contrato de inversión. En muchos de los países que forman parte del sistema interamericano, se ha transferido la responsabilidad estatal de desarrollar la consulta previa a empresas privadas, generando una privatización *de facto* de la responsabilidad del Estado. Los procesos de negociación resultantes con las comunidades locales, así, con frecuencia no toman en consideración un marco de derechos humanos, porque los actores corporativos son, por definición, entidades no imparciales que buscan generar ganancias. La consulta con los pueblos indígenas es un deber de los Estados, que debe ser cumplido por las autoridades públicas competentes.¹⁰⁷

Los pueblos indígenas y tribales que carecen de títulos formales de propiedad sobre sus territorios también deben ser consultados respecto del otorgamiento de concesiones extractivas o la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión en sus territorios.¹⁰⁸

En ausencia de un marco jurídico sobre la obligación de consulta, algunos estados miembros de la OEA han recurrido a la aplicación del derecho ambiental general, que frecuentemente incorpora requisitos de información y audiencias públicas para permitir la participación local en relación con los proyectos de inversión y desarrollo, generalmente en la fase de elaboración de los estudios de

¹⁰⁴ CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, Párr. 285.

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 165.

¹⁰⁷ ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrs. 54-55, 72.

¹⁰⁸ ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 44.

impacto social y ambiental. Sin embargo, a la luz de los estándares interamericanos de derechos humanos, los mecanismos de este tipo son usualmente insuficientes para acomodar los requisitos de la consulta a los pueblos indígenas, concebida como un mecanismo especial de garantía de sus derechos e intereses de conformidad con los criterios establecidos por los órganos del Sistema en aplicación de los estándares internacionales.¹⁰⁹

La consulta, para ser previa, debe llevarse a cabo durante la fase exploratoria o de planificación del proyecto, plan o medida correspondiente, con suficiente antelación al comienzo de sus actividades de ejecución. Los procedimientos de consulta se deben desarrollar “antes de diseñar y ejecutar proyectos de explotación de recursos naturales en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas”.¹¹⁰

En cuanto a los proyectos y concesiones de explotación o extracción de los recursos naturales en territorios indígenas, la consulta debe realizarse desde que se realiza la evaluación misma del otorgamiento de la concesión: los Estados deben garantizar, de antemano, la participación efectiva del pueblo indígena o tribal afectado, a través de sus métodos e instancias tradicionales de toma de decisiones, tanto en relación con el proceso de evaluación del otorgamiento de concesiones en su territorio, como en la adopción de las decisiones correspondientes.¹¹¹

Los procesos de otorgamiento de concesiones extractivas o de implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión exigen la provisión plena de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto a las comunidades consultadas, antes de y durante la consulta.¹¹²

En demasiados casos, las consultas a los pueblos indígenas se llevan a cabo en climas de hostigamiento e incluso de violencia perpetrada por guardias de seguridad privados contratados por las empresas responsables de los proyectos y, a veces, por las fuerzas de seguridad públicas. La consulta de buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes que actúen con su autorización o aquiescencia.¹¹³ La buena fe también es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, sea a través de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales.¹¹⁴

Sin perjuicio del hecho de que todo proceso de consulta debe perseguir el objetivo del consentimiento, en algunos casos específicamente definidos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los estándares internacionales exigen jurídicamente que los Estados obtengan el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas con carácter previo a la ejecución de

¹⁰⁹ Según ha apuntado la Corte de Constitucionalidad de Colombia, “la participación [de los pueblos indígenas] no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental... sino que tienen una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades”. Sentencia de Tutela T-652, de 10 de noviembre de 1998. En el caso del Perú, el Tribunal Constitucional ha señalado que el Decreto Supremo 012-2008-EMM, que regula la participación ciudadana en relación con las actividades hidrocarburíferas, no cumple con los requisitos previstos por el Convenio 169 para la consulta de los pueblos indígenas. Tribunal Constitucional, Expediente 03343-2007-PA-TC, párr. 32 Cfr. Respuesta de CAAAP, DAR y CARE-Perú, p. 13 (“el procedimiento de participación ciudadana no reviste para los [pueblos indígenas] el carácter de consulta”).

¹¹⁰ 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. 249.

¹¹¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 147.

¹¹² CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142.

¹¹³ CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, Párr. 318.

¹¹⁴ *Ibid.*, Párr. 319.

planes o proyectos que puedan afectar sus derechos de propiedad sobre las tierras, territorios y recursos naturales.¹¹⁵

La Corte Interamericana ha planteando la obligación de obtener el consentimiento en los siguientes términos: “la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”.¹¹⁶ Posteriormente, en la sentencia interpretativa del caso Saramaka, la Corte añadió: “el Estado tiene el deber, desde el inicio de la actividad que se propone, de consultar activamente con el pueblo Saramaka, de buena fe, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, lo cual a su vez requiere que el Estado acepte y brinde información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible. Además, dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo Saramaka. El Tribunal enfatizó que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones”.¹¹⁷

La obtención del consentimiento de los pueblos indígenas es obligatoria en las siguientes circunstancias.

1. La primera de estas situaciones, identificada por el Relator Especial de Naciones Unidas, es la de los planes o proyectos de desarrollo o inversión que impliquen el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales, es decir, su reubicación permanente. El requisito del consentimiento en estos casos se establece en el artículo 10 de la Declaración de Naciones Unidas: “Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios, No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”.¹¹⁸

2. El consentimiento de los pueblos indígenas también se requiere, según lo indicó la Corte Interamericana en el caso Saramaka, cuando la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales privaría a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia.

3. Otro caso en el que, como apunta el Relator Especial, resulta exigible el consentimiento de los pueblos indígenas, es el de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas, según dispone el artículo 29 de la Declaración de Naciones Unidas.¹¹⁹

3.5.6 Reparaciones en Casos de Afectación de los Recursos Naturales del Territorio Ancestral

Los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a que se determinen y se hagan efectivas indemnizaciones por los daños ambientales causados por proyectos de exploración y explotación de

¹¹⁵ *Ibid.*, Párr. 329.

¹¹⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134.

¹¹⁷ *Idem.*, Parr. 17

¹¹⁸ Artículo 16 del Convenio 169 de la OIT

¹¹⁹ Declaración de Naciones Unidas, artículo 29.2 (“Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”).

recursos naturales o planes de desarrollo o inversión en sus territorios, y por la afectación de sus actividades básicas de subsistencia¹²⁰; según dispone el Convenio 169, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a recibir una indemnización por cualquier daño que pudieran sufrir como resultado de las actividades de utilización de sus recursos naturales.¹²¹

4.5.7 Acceso a La Justicia

El deber estatal de otorgar protección especial a los pueblos indígenas se aplica, entre otras, en relación con el derecho a la protección judicial¹²²; que los Estados deben “adoptar medidas eficaces en el ámbito (...) judicial, con el objeto de dar una solución definitiva” a las reclamaciones territoriales de las comunidades indígenas¹²³; que los pueblos indígenas, en tanto grupos, son también titulares del derecho a la protección judicial bajo los artículos XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹²⁴; que la ausencia de un remedio judicial efectivo implica una violación de su derecho sustantivo a la protección judicial¹²⁵; y que al no permitir que los indígenas accedan al poder judicial mediante vías específicas para obtener un remedio, se incurre además en discriminación.¹²⁶

Como regla general, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho de acceso a la justicia cuandoquiera que se presenten amenazas o violaciones de sus derechos territoriales, en cualquiera de sus manifestaciones o componentes.¹²⁷ La jurisprudencia interamericana ha identificado una serie de asuntos específicos respecto de los cuales los Estados deben garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales de acceso a la justicia, que incluyen las reclamaciones territoriales¹²⁸; los procedimientos de reivindicación de tierras¹²⁹; y la solicitud de medidas judiciales cautelares de no innovar relativas a los derechos territoriales de las comunidades indígenas.¹³⁰ Esta enunciación no es, sin embargo, exhaustiva.

En cuanto a los recursos judiciales para la restitución de tierras, la Comisión Interamericana ha precisado que la legislación doméstica de los Estados debe proveer, además de los mecanismos administrativos, un proceso judicial efectivo destinado a proteger las legítimas reivindicaciones territoriales de los pueblos indígenas y otros derechos, y que la ausencia de dicho recurso

¹²⁰ CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, Recomendación 6. Ver también: 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. 297, Recomendación 6.

¹²¹ CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Párr. 26.

¹²² CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, Párr. 126.

¹²³ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Sawhoyamaxa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, Párr. 74(e).

¹²⁴ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párrs. 185, 186.

¹²⁵ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr.

175. CIDH, Informe 39/97, Caso 11.233, Martín Javier Roca Casas (Perú), Párrs. 98, 99.

¹²⁶ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awas Tingni v. Nicaragua. Referidos en: 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 No. 79, Párr. 104(h).

¹²⁷ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Sawhoyamaxa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, Párr. 74(c).

¹²⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, Párr. 63.

¹²⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 81, 82. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, Párr. 96.

¹³⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, Párrs. 81, 82.

constituye, per se, una violación de la Convención Americana, artículos 8, 25, 2 y 1.1.¹³¹ La CIDH ha recomendado en este sentido a los Estados “establecer un recurso judicial eficaz y sencillo que tutele el derecho de los pueblos indígenas (...) a reivindicar y acceder a sus territorios tradicionales”.¹³²

Los órganos del sistema interamericano han aclarado que los pueblos indígenas y tribales y sus miembros tienen derecho a contar con mecanismos judiciales específicos que les permitan impugnar las consecuencias que sufren por los efectos nocivos de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en sus territorios. Tal y como lo ha explicado la Comisión, “[e]l derecho de acceder a mecanismos judiciales de desagravio es la garantía fundamental de los derechos a nivel nacional. El artículo 25 de la Convención Americana (...) significa que los individuos deben tener acceso a un proceso judicial para reivindicar el derecho a la vida, a la integridad física y a vivir en un ambiente seguro”.¹³³ La falta de dichos mecanismos judiciales exacerba su estado de indefensión ante tales proyectos. Dichos mecanismos judiciales deben incluir: acciones penales; instrumentos judiciales cautelares para situaciones extremas susceptibles de afectar el derecho a la vida; y acciones judiciales colectivas que puedan ser ejercidas por grupos afectados por la misma situación.¹³⁴

Las actuaciones oficiales que deben estar sujetas a revisión judicial en este contexto deberían incluir, como mínimo, (a) las decisiones relativas a la aprobación del plan o proyecto, o las relativas a la consulta previa, incluyendo el acomodo de los resultados de la consulta y, en su caso, la aplicación del deber estatal de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas; (b) las decisiones relativas a la aprobación de los estudios de impacto social y ambiental, o la falta de realización de dichos estudios, incluyendo alegaciones relativas al carácter objetivo e independiente, la calidad o el alcance de dichos estudios, así como a la incorporación de medidas de mitigación y/o alternativas en relación con los impactos negativos allí identificados; (c) las decisiones relativas al establecimiento de mecanismos de participación en los beneficios u otras formas de compensación, o la ausencia de dichos mecanismos.

En conclusión, según los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el estado Guatemalteco de buena fe y su Constitución, existe un abanico de derechos específicos que los pueblos indígenas detentan cuando se trata de proyectos de desarrollo o inversión o para el otorgamiento de concesiones extractivas en territorios ancestrales. Dicho derechos son: el derecho a un medio ambiente seguro y sano, el derecho a la consulta previa y, en ciertos casos, al consentimiento informado, el derecho a la participación en los beneficios del proyecto, y el derecho a la reparación. Así mismo se requiere que los estados garanticen a los pueblos indígenas el ejercicio de ciertos derechos humanos de índole procedimental, principalmente el acceso a la información, la participación en la toma de decisiones y el acceso a la justicia.

¹³¹ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 52(f). CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Sawhoyamaxa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, Párr. 74(b).

¹³² CIDH, Informe No. 73/04, caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa (Paraguay), 19 de octubre de 2004, Recomendación 4. Referido en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, Párr. 8.

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.

¹³⁴ 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. 256, 287.

5. CRIMINALIZACIÓN DE DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS

Ante un marco normativo insuficiente para la protección de los derechos de los pueblos indígenas y un sistema de justicia que no cumple con proteger a las comunidades afectadas, es de gran importancia la labor que realizan los defensores de derechos humanos. Ante la falta de respuesta o respuesta inadecuada de parte del estado, son los líderes y autoridades comunitarias y organizaciones indígenas que han tenido que subsanar la falta de protección estatal, asumiendo activa y pacíficamente la defensa de sus derechos frente al accionar estatal o de terceros. Como resultado de las deficiencias de la ley de minería, el estado no sólo incumple con su obligación de respetar y proteger los derechos de los pueblos indígenas, generando situaciones conflictivas entre empresas y las comunidades aledañas a la zona de los proyectos, sino que también criminaliza su lucha legítima para prevenir y defenderse de violaciones a sus derechos ocasionadas por el incumplimiento de sus obligaciones o falta de implementación del marco normativo existente.

En Guatemala se dan múltiples procesos de criminalización y acusaciones contra defensores de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de actividades de empresas transnacionales.¹³⁵

En su último informe sobre la situación de los defensoras y defensores de derechos humanos, la Comisión Interamericana señaló que los líderes y lideresas de pueblos ancestrales u originarios son víctimas de ataques proferidos en contra de la vida e integridad personal con el propósito de amedrentarlos en su labor de defensa y protección de territorios y recursos naturales, así como la defensa del derecho a la autonomía e identidad cultural. Dichos ataques también debilitan a las comunidades porque las lideranzas comunitarias constituyen autoridades espirituales consideradas fuente de conocimiento ancestral y figuras esenciales para el desarrollo espiritual y cultural de sus pueblos.¹³⁶ Persisten las desapariciones y secuestros de defensoras y defensores que procuran un ambiente sano y que se han opuesto a los megaproyectos de empresas extranjeras en algunos Estados.¹³⁷ Los ataques de esta naturaleza constituyen los obstáculos más graves para el ejercicio de la labor de promoción y protección de los derechos humanos¹³⁸ y, además de los daños irreparables que ocasionan para la vida de la víctima directa, generan un efecto amedrentador para quienes se encuentran vinculados a este tipo de causas, disminuyendo directamente las posibilidades de ejercer las actividades de defensa de los derechos humanos.¹³⁹

Adicionalmente los defensores de derechos humanos de los pueblos indígenas son víctimas de criminalización y estigmatización, calificándolos como atrasados, que interfieren con el desarrollo, o eco terroristas.¹⁴⁰ Las empresas que tienen proyectos extractivos en la región abusan del sistema penal, a través de figuras penales como el “sabotaje”, “terrorismo”, “rebelión”, “asociación ilícita”,

¹³⁵ CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y los Defensores de Derechos Humanos en las Américas, Párr. 134. Para mayor información sobre el tema de criminalización de defensores de derechos humanos en Guatemala revisar: Criminalización de los y las defensores de derechos humanos en América Latina: Una aproximación desde organizaciones internacionales y redes europeas. Disponible en <http://www.cifca.org/spip.php?article163>,

<http://www.cidh.org/>, http://www.aprodev.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=94&Itemid=45&lang=es, <http://www.udefegua.org/index.php/quienes-somos>

¹³⁶ *Ibid.*, Párr. 297

¹³⁷ *Ibid.*, Párr. 319

¹³⁸ CIDH, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, Párr. 158.

¹³⁹ *Ibidem*, párr. 43; Corte I.D.H., *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr.153; Corte I.D.H., *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*. Sentencia 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 78.

¹⁴⁰ CIDH, *Audiencia Riesgo para defensores y defensoras ambientales en Mesoamérica*, 140º período ordinario de sesiones, 25 de octubre de 2010; Equipo Jurídico INREDH, *Nuevo Escenario para la criminalización a los defensores*, Frente Ecuatoriano de Derechos Humanos. Disponible en: http://fedhu.org/index.php?option=com_content&task=view&id=84&Itemid=2.

“instigación a delinquir”, entre otras, que son utilizadas en contra de las defensoras y defensores de derechos humanos y líderes sociales que resisten al desarrollo de las industrias.¹⁴¹

6. DERECHO AL TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS Y SU DERECHO A LA ALIMENTACION ADECUADA

Las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre los derechos a una alimentación adecuada y al agua precisan que “En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. Ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia”.¹⁴²

El derecho a una alimentación adecuada se encuentra reconocido en diversos instrumentos de derecho internacional, especialmente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). De conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 de ese instrumento internacional los Estados partes reconocen “*el derecho fundamental de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido a vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia*”, y en el párrafo 2 del artículo 11 reconocen “*el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre*”.

Por su parte la Convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) incluye dos dimensiones importantes del derecho a la alimentación, en la medida que en su artículo 12.2 se refiere a la nutrición de mujeres embarazadas y lactantes y en su artículo 14 (g) se refiere al acceso a la tierra de las mujeres rurales. Más allá, en sus recientes recomendaciones finales dirigidas a Nepal y Paraguay, el Comité recomendó medidas específicas para la realización del derecho a la alimentación de las mujeres.¹⁴³

El derecho a la alimentación ha sido reafirmado en diversos documentos internacionales, entre otros la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Desnutrición de 1974, a cuyo tenor literal “*todos los hombres, mujeres y niños tienen el derecho inalienable a no padecer de hambre a malnutrición, a fin de poder desarrollarse plenamente y conservar sus facultades físicas y mentales*”. El derecho a la alimentación se encuentra también reconocido en la Declaración de Derechos de los Impedidos de 1975, en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979; y en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986. La Declaración Interamericana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo XI que “*Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad*”.

Por su parte la Declaración de los Derechos del Niño de 1989 reconoce el derecho de cada niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. En el mismo sentido el Convenio No. 169 de la OIT referida a Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes también reconoce este derecho como inherente a la persona humana. El derecho a la

¹⁴¹ Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y los Defensores de Derechos Humanos en las Américas, Párr. 304.

¹⁴² Citado en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, Párr. 166.

¹⁴³ UN. DOC. CEDAW/C/NPL/CO/4-5 de 29 de julio de 2011 Par. 38; UN.Doc. CEDAW/C/PRY/CO/6 de 21 de octubre de 2011, Par.35 c).

alimentación – o algunos de sus aspectos- ha sido también reconocido y afirmado en múltiples reuniones y cumbres internacionales y sus correspondientes documentos finales, incluyendo la Conferencia Mundial de la Alimentación de 1974, la Declaración de Principios y el Programa de Acción de la Conferencia Mundial sobre Reforma Agraria y desarrollo Rural de 1979, la Cumbre Mundial del Niño de 1990, la Conferencia Internacional de Nutrición de 1992, la Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, la Declaración de Copenhague y el Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de 1995, la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing de 1995 y la Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial y el Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación de 1996, así como su posterior reunión de seguimiento CMA+5 en el 2002 y las Directrices Voluntarias del Derecho a la Alimentación adoptadas por los Estados miembros de la FAO en el 127º período de sesiones del Consejo de esta organización internacional, Roma, 22-27 de noviembre de 2004.

En especial vale resaltar que los Presidentes y Jefes de Estado presentes en la Cumbre Mundial de la Alimentación, en el Objetivo 7.4 del Plan de Acción, estipularon invitar al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos a que, en consulta con los órganos pertinentes del Sistema de Naciones Unidas y con los mecanismos intergubernamentales apropiados, definiera mejor el derecho a la alimentación contenido en el PIDESC y propusiera formas de aplicar y realizar este derecho, como medio para lograr el cumplimiento de los compromisos y objetivos de la Cumbre Mundial de la Alimentación. Consideraron incluso la posibilidad de establecer directrices voluntarias encaminadas a alcanzar la seguridad alimentaria para todos. Como resultado de esta decisión, se realizaron varias reuniones de diferentes órganos y agencias especializadas de la ONU tales como la FAO, UNICEF, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) y organizaciones no gubernamentales como FIAN, y la Alianza Mundial por la Nutrición y los Derechos Humanos (WANAHR por sus siglas en inglés), entre otros. Como resultado de este proceso, el CDESC aprobó, en mayo de 1999, su Observación General No. 12 relativa al derecho a la alimentación adecuada. Como se mencionó anteriormente, las Observaciones Generales (OG) están operando como fuente de interpretación autorizada para la aplicación interna, por parte de los poderes públicos estatales, de los artículos del PIDESC.

La OG No. 12 precisa el contenido normativo del artículo 11 del PIDESC en los siguientes términos: *“El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla. El derecho a la alimentación adecuada no debe interpretarse, por consiguiente, en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas, y otros elementos nutritivos concretos. El derecho a la alimentación adecuada tendrá que alcanzarse progresivamente. No obstante, los Estados tienen la obligación básica de adoptar las medidas necesarias para mitigar y aliviar el hambre, tal como se dispone en el párrafo 2 del artículo 11, incluso en casos de desastre natural o de otra índole”.* (OG 12. Párr. 6)¹⁴⁴

De conformidad con la normatividad internacional se derivan para el Estado unas obligaciones específicas en materia del derecho a la alimentación, de las cuales algunas deben ser cumplidas de manera inmediata, como las obligaciones de respetar y proteger el derecho y otras serán cumplidas de manera progresiva, con el máximo de los recursos disponibles de que estos dispongan. Veamos: La OG No. 12 resume en sus párrafos 14-20 las obligaciones y violaciones en relación con el derecho humano a la alimentación. Sobre la naturaleza de las obligaciones establece: *“La índole de las obligaciones jurídicas de los Estados Partes se enuncia en el artículo 2 del Pacto y se ha tratado en la Observación General No. 3 (1990) del Comité. La principal obligación es la de adoptar medidas para lograr progresivamente el pleno ejercicio de derecho a una alimentación adecuada. Ello impone la obligación de*

¹⁴⁴ UN.DOC E/C.12/1999/5 del 2 de mayo de 1999.

avanzar lo más rápidamente posible para alcanzar ese objetivo. Cada uno de los Estados parte se compromete a adoptar medidas para garantizar que toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción tenga acceso al mínimo de alimentos esenciales suficientes inocuos y nutritivamente adecuados para protegerla contra el hambre". (OG 12, Párr. 14)

De conformidad con la OG 12 y según la doctrina generalmente aceptada por los tratadistas de derecho internacional¹⁴⁵, al igual que cualquier otro derecho humano el derecho a la alimentación impone tres niveles de obligaciones al Estado: la obligación de respetar, la obligación de proteger y la obligación de garantizar. Para el cumplimiento de estas obligaciones todas las ramas del poder público se encuentran en la obligación de adoptar medidas conducentes a su cumplimiento. Son los tribunales quienes en última instancia deben velar por el cumplimiento de dichas obligaciones, cuando las otras ramas del poder público han sido reticentes en su cumplimiento, cumpliéndose así el principio de controles y equilibrio entre las ramas del poder público. Esta función es especialmente parte esencial de la función correctiva de las cortes o tribunales constitucionales.¹⁴⁶ Si las cortes no realizan este control de conformidad con la Constitución y con su derecho interno, el Estado incurrirá definitivamente en la violación de sus obligaciones constitucionales y por ende los interesados sólo tendrán como medio de defensa los mecanismos internacionales regionales o universales previstos por la comunidad internacional.

El párrafo 8 de la OG 12 del CDESC aclara el contenido básico del derecho a la alimentación adecuada y determina que comprende:

- la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada;
- la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos.

Por disponibilidad se entienden las posibilidades que tiene el individuo de alimentarse ya sea directamente, explotando la tierra productiva u otras fuentes naturales de alimentos, o mediante sistemas de distribución, elaboración y de comercialización que funcionen adecuadamente y que puedan trasladar los alimentos desde el lugar de producción a donde sea necesario según la demanda (OG 12, Párr.12).

En cuanto a la accesibilidad, el Comité considera que comprende la accesibilidad económica y física. La accesibilidad económica implica que los costos financieros personales o familiares asociados con la adquisición de los alimentos necesarios para un régimen de alimentación adecuado deben estar a un nivel tal que no se vean amenazados o en peligro la provisión y la satisfacción de otras necesidades básicas. El Comité resalta explícitamente que los grupos socialmente vulnerables como

¹⁴⁵Absjorn, Eide Kraus, Catarina, ROSAS, Allan. *Economic, Social and Cultural Rights*. 2a. edición. Ediciones Martibnus Nijhoff. Países Bajos 2001, Abramovich, Victor; AÑÓN, María José Y COURTIS; Christian (comps.). *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*, en *Derechos Sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003. La Haya 2001. Sepúlveda, M. Magdalena: *The nature of the obligations under the International Social and Cultural Rights : in search of accountability / M. Antwerpen [u.a.] Intersentia, Países Bajos, 2003. Abramovich, Victor, Courtis, Christian. La Justiciabilidad de Los Derechos Economicos, Sociales y Culturales Hacia la Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares Internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*, en Martín Abregú, Christian Courtis en „La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, (1997). Hauserman, Julia. *The Realisation and Implementation of Economic, Social and Cultural Rights. Economic, Social and cultural Rights. Progress and Achievement*. (Hrsgb) Ralph Beeddar, Dilys M.Hill. Mc. Millan & The Centre for international policy studies University of Southampton. Hong Kong 1992.

¹⁴⁶ Sobre la función correctiva de los tribunales que ejercen control constitucional se puede consultar: Doehring, Karl, *Allgemeine Staatslehre*. - Heidelberg 2004, p. 158, Rnd. 391; Liebenberg Sandra Liebenberg: *The Protection of Economic, social and cultural rights in domestic legal systems*, p.58; Garagarella, Robert; Domigo, Pilar; Theunis Roux, *Courts and Social Transformation in New Democracies*, England, 2006, p.260.

las personas sin tierra y otros segmentos particularmente empobrecidos de la población pueden requerir la atención de programas especiales que les garanticen la accesibilidad económica a los alimentos. La accesibilidad física implica que la alimentación adecuada debe ser accesible a todos, refiriéndose a los individuos físicamente vulnerables, a las personas que viven en zonas propensas a los desastres y a otros grupos particularmente desfavorecidos. La OG hace mención explícita en este punto de los pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado (OG 12, Párr.13).

Con base en estos desarrollos queda claro que la disponibilidad directa de alimentos a través del propio cultivo de la tierra es parte del contenido básico del derecho a la alimentación adecuada para los individuos y los grupos rurales que así quieran ejercer su derecho. La disponibilidad directa de alimentos a través del propio cultivo de la tierra implica la accesibilidad económica a recursos productivos: se necesita tener acceso a la tierra y a los demás recursos productivos para poder trabajarla y disponer directamente de alimentos suficientes y suficientemente diversos para llevar una vida digna. Por implicación entonces, el acceso a la tierra sea para cultivarla y poder alimentarse adecuadamente, o para aprovechar otras fuentes naturales de alimentos forma parte del contenido básico del derecho a la alimentación adecuada.

El anterior Relator Especial para el Derecho a la Alimentación, Jean Ziegler, también ha hecho énfasis en esta interpretación del derecho a la alimentación y lo ha definido en sus propias palabras como: *“El derecho a la alimentación es el derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y que garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna”*.¹⁴⁷

En el ámbito regional, debido a la justiciabilidad indirecta del derecho a la alimentación ante los órganos del sistema interamericano, lo han vinculado con el derecho al territorio indicando que es un derecho esencial para el cumplimiento de otros derechos como el derecho a la alimentación.¹⁴⁸ Más aún, la Corte ha indicado que la falta de titulación, delimitación, demarcación y posesión de los territorios ancestrales, al impedir o dificultar el acceso de los pueblos indígenas y tribales a la tierra y los recursos naturales, se vincula directamente y en tanto causa a situaciones de pobreza y extrema pobreza entre familias, comunidades y pueblos.¹⁴⁹ A su vez, las circunstancias típicas de la pobreza desencadenan violaciones transversales de los derechos humanos, incluidas violaciones de sus derechos a la vida¹⁵⁰, a la integridad personal, a la existencia digna, a la alimentación, al agua, a la salud, a la educación y los derechos de los niños.¹⁵¹

En el ámbito nacional, la Constitución de Guatemala se encuentra entre aquellas de la región que han incorporado el derecho a la alimentación. El artículo 51 estipula que el estado tiene el deber de garantizar el derecho a la alimentación de menores y ancianos. Por su parte el artículo 99 establece

¹⁴⁷ Ver Comisión de Derechos Humanos. El derecho a la alimentación. Informe preparado por el Sr. Jean Ziegler, Relator Especial para el Derecho a la Alimentación, de conformidad con la resolución 2000/10 de la Comisión de Derechos Humanos. U.N. Doc. E/CN.4/2001/53, párrafo 14.

¹⁴⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 167.

¹⁴⁹ CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1076-1080.

¹⁵⁰ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 157(d). CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1076-1080. CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, párrs. 44-48.

¹⁵¹ CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1076-1080. CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, párrs. 44-48.

la obligación estatal de velar porque la alimentación y nutrición de la población reúna los requisitos mínimos de salud así como la coordinación entre instituciones estatales o con organismos internacionales dedicados a la salud, para lograr un sistema alimentario nacional efectivo. Con la finalidad de desarrollar el derecho a la alimentación reconocido en la Constitución, se aprobó la Ley del Sistema Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional estableciendo que “el derecho de toda persona a tener acceso físico, económico y social, oportuna y permanentemente, a una alimentación adecuada en cantidad y calidad, con pertinencia cultural, preferiblemente de origen nacional, así como a su adecuado aprovechamiento biológico, para mantener una vida saludable y activa”.¹⁵²

7. EL ACCESO A LA TIERRA Y LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE DISEÑAR E IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS CONFORMES CON LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El alto grado de conflictividad social existente en Guatemala en torno a la aprobación e implementación de proyectos en territorios indígenas no sería explicable sin atender a la cuestión clave de los derechos sobre sus tierras y territorios. El actual marco jurídico e institucional guatemalteco relativo a los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras, territorios y recursos naturales dista todavía mucho de estos estándares internacionales y de los avances logrados en el ámbito latinoamericano.¹⁵³

El anterior Relator Especial de Naciones Unidas sobre pueblos indígenas, puso de manifiesto el proceso de “minifundización” de las tierras indígenas, en gran medida debido a las tres décadas de conflicto armado, que condujo a desplazamientos y reasentamientos de población indígena y a la apropiación indebida de tierras comunales y fiscales en varias regiones del país. Esta situación se ha visto agravada por lo que el anterior Relator describió como una situación de “alta inseguridad jurídica” provocada por la insuficiencia y la ineficacia de las leyes y las instituciones encargadas de la titulación de la tenencia, el registro de propiedades y el catastro agrícola, lo cual ha generado [...] numerosos conflictos [agrarios].¹⁵⁴

Las políticas auspiciadas por los sucesivos gobiernos guatemaltecos, en particular tras la firma de los Acuerdos de Paz, se han enfocado en la promoción de la compra y arrendamiento de tierras (a través del Fondo de Tierras [FONTIERRA]) y de la resolución de conflictos agrarios (Comisión Presidencial para la Resolución de Conflictos de Tierra [CONTIERRA]). Esta política se ha promovido mediante la titulación individual de las tierras que fueron mantenidas tradicionalmente de forma colectiva por los pueblos indígenas, en abierta contradicción con las normas internacionales en esta materia.¹⁵⁵

Las derivaciones de deficiencias en el régimen de tierras indígenas guatemalteco son particularmente graves en el contexto de los proyectos extractivos u otro tipo de proyectos, y colocan a las comunidades afectadas en situación de especial vulnerabilidad. La atomización de la propiedad comunal en pequeñas propiedades individuales, unida a la práctica inexistencia de garantías específicas que protejan a las tierras indígenas de su enajenación, ha abierto la posibilidad de que las empresas negocien directamente con propietarios individuales la adquisición de sus tierras en condiciones de vendedor voluntario-comprador voluntario. Estos procesos de compra, sin

¹⁵² Artículo 1

¹⁵³ Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, A/HRC/18/35/Add.3, Párr. 57.

¹⁵⁴ Ibid., Párr. 58

¹⁵⁵ Ibid., Párr. 59

la supervisión directa del Estado, han abierto la puerta a todo tipo de abusos y han conducido a la pérdida neta de tierras indígenas, agravando así la desintegración de los territorios indígenas.¹⁵⁶

Por la íntima ligazón del acceso a la tierra con los derechos a la alimentación y vivienda adecuada, las obligaciones que tienen los Estados para con cualquier derecho humano pueden aplicarse directamente al acceso a la tierra: los Estados Parte del PIDESC están obligados a respetar, proteger y realizar el acceso a la tierra, ya que éste forma parte del contenido básico del derecho a la alimentación y a la vivienda, y es particularmente importante para campesinas/os, indígenas, afrodescendientes y personas que viven en zonas rurales y que no tienen opciones alternativas para ganarse la vida. El antiguo Relator Especial del Derecho a la Alimentación elaboró esta interpretación y señaló que es claro que los gobiernos deben respetar, proteger y realizar el acceso a la tierra.¹⁵⁷

7.1 Obligaciones Generales

En su trabajo interpretativo, el Comité DESC ha reconocido para los DESC dos tipos de obligaciones:¹⁵⁸ Las obligaciones jurídicas de carácter general, que son de aplicación inmediata; y las obligaciones específicas.

7.1.1 Obligación de adoptar medidas para la realización progresiva de los derechos hasta el máximo de los recursos disponibles y su corolario de la prohibición de regresividad.

De conformidad con las Observaciones Generales No. 4 y 12, esta obligación conlleva el deber jurídico de avanzar lo más rápidamente posible para alcanzar la realización de los derechos a la vivienda y alimentación adecuadas en consonancia con el Art. 2.1 del PIDESC y la Observación General No. 3 del Comité DESC. De otra parte cabe anotar que se ha entendido que el principio de progresividad lleva consigo una prohibición de regresividad, significando que el Estado no puede adoptar medidas regresivas que afecten la realización de los DESC.

7.1.2 No discriminación

Los Estados deben garantizar inmediatamente que ninguna persona sea víctima de discriminación en relación con el ejercicio del derecho a la vivienda y el acceso a la alimentación o los medios para producirla por motivos de raza, color, sexo, idioma, edad, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, con el fin o efecto de anular u obstaculizar la igualdad en el disfrute o ejercicio de los DESC, lo cual se constituiría en una violación del Pacto.

7.2 Obligaciones específicas

¹⁵⁶ Ibid., Párr. 60

¹⁵⁷ Comisión de Derechos Humanos. El derecho a la alimentación. Informe preparado por el Sr. Jean Ziegler, Relator Especial para el Derecho a la Alimentación, de conformidad con la resolución 2000/10 de la Comisión de Derechos Humanos. U.N. Doc. E/CN.4/2001/53, párrafo 30.

¹⁵⁸ Cfr. OG. No. 3 del CDESC, los Principios de Limburgo sobre la Implementación del PIDESC redactados por un grupo de expertos en 1986 y adoptados por las NU –Doc. ONU E/CN.4/1987/17- y a las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales suscritas en 1998 que han sido empleadas por el CDESC para evaluar los Informes de los Estados y desarrollar las Observaciones Generales.

7.2.1 Obligación de respeto

Las obligaciones de respeto son deberes negativos que exigen a los Estados Parte del PIDESC, y por tanto, a todos los órganos públicos y a sus agentes, abstenerse de llevar adelante, de auspiciar o de tolerar, prácticas específicas (por ejemplo, desalojos forzosos y destrucción de cultivos por diversas causas), políticas (por ejemplo, de protección del medio ambiente creando zonas de reserva natural que desalojan forzosamente comunidades con derechos ancestrales y/o consuetudinarios) o medidas legales (por ejemplo, discriminación a causa del sexo en el acceso a la tierra), solos o en asociación con otros, que vulneren el acceso a la tierra y a los recursos productivos de una persona o de un grupo, o que erosione el estatus jurídico de tener derecho a acceder a la tierra.

Como un corolario de la obligación de respetar el acceso a la tierra se deriva la obligación de garantizar la seguridad de la tenencia de la tierra y la prohibición de llevar a cabo o promover prácticas de desalojos forzosos y desplazamientos arbitrarios. Sobre este tema el CDESC elaboró la Observación General No. 7 (OG 7) en la que se especifican las consecuencias de las prácticas de desalojos forzosos para las obligaciones enunciadas en el PIDESC; se determinan las circunstancias en las que los desalojos resultan admisibles y aún así se subraya que deberán llevarse a cabo respetando las exigencias del PIDESC y de los principios relevantes del derecho internacional que son principalmente de tipo procedimental.

7.2.2 Obligación de protección

La obligación de protección le impone a los poderes públicos la obligación de proteger el acceso a la tierra de ataques o cualquier vulneración por parte de terceros como terratenientes, grupos armados, organismos financieros internacionales, empresas nacionales o transnacionales, parientes masculinos de mujeres, y otros particulares y agentes privados. En orden a garantizar su obligación de protección los Estados están obligados a regular las actividades de terceros, vigilar el cumplimiento de dichas regulaciones, investigar presuntos casos de incumplimiento, sancionar a los responsables en caso de que dicho incumplimiento sea confirmado y reparar a las víctimas de las vulneraciones, adoptando adicionalmente medidas para que dichas vulneraciones no se repitan. En este sentido, cualquier regulación jurídica que un Estado adopte en relación con las conductas de terceros (como por ejemplo la explotación de la tierra) deberá ser coherente con las obligaciones internacionales de derechos humanos, incluyendo el derecho a la tierra, como contenido básico de los derechos a la alimentación y a la vivienda. Más allá el ejecutivo debe garantizar el cumplimiento de dichas regulaciones. Si las regulaciones jurídicas emitidas por el legislativo en un Estado en vez de proteger a los titulares del derecho a la tierra, generan efectos regresivos en dicha protección, el Estado incurrirá en responsabilidad internacional por incumplimiento de su obligación de protección. La última opción en el ámbito nacional para evitar este incumplimiento, es la labor de control y corrección de los tribunales judiciales y principalmente de aquellos que ejercen el control constitucional abstracto de las leyes.

7.2.3 Obligación de garantizar y cumplir

Según la OG 12, la obligación de cumplir el derecho a la alimentación comprende dos aspectos. Por una parte, la obligación de facilitar. Esto significa que el Estado debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida como la tierra y los recursos productivos. Por otra parte, cuando un individuo o un grupo sea incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar el derecho a una alimentación adecuada por los medios a su alcance, los Estados tienen la obligación de hacer efectivo directamente ese derecho (párrafo 15). La OG 4, además, establece que para promover el

derecho a la vivienda se requiere del compromiso del Estado para facilitar la autoayuda de los grupos afectados concediéndoles atención especial (párrafo 10,11).

Adicionalmente a los desarrollos interpretativos del CDESC, la obligación de facilitar el acceso a la tierra de los pueblos indígenas y de las mujeres están contenidas explícitamente en el artículo 19 del Convenio 169 de la OIT.

8. ANALISIS DE LA LEY DE MINERIA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ahora pasemos al análisis detallado de la ley en cuestión a la luz de las obligaciones internacionales de derechos humanos de Guatemala, y los derechos específicos que los pueblos indígenas detentan en el marco de la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión o para el otorgamiento de concesiones extractivas en territorios ancestrales: derecho a un medio ambiente seguro y sano, el derecho a la consulta previa y, en ciertos casos, al consentimiento informado, el derecho a la participación en los beneficios del proyecto, y el derecho a la reparación. Así como los derechos humanos de índole procedimental, principalmente el acceso a la información, la participación en la toma de decisiones y el acceso a la justicia.

8.1. Consideraciones generales

La ley regula todas las actividades de reconocimiento, exploración y explotación de yacimientos o depósitos naturales de productos mineros. Considerando que estos depósitos se encuentran mayormente en zonas rurales donde la población es mayoritariamente indígena, la ley tiene impacto directo y múltiple en la realización de sus derechos humanos relacionados con el acceso a la tierra y recursos naturales. Sin embargo, la ley nunca fue consultada con las comunidades indígenas interesadas, en cumplimiento de los estándares internacionales según los cuales, las comunidades indígenas deben ser consultadas sobre cualquier iniciativa legal o administrativa que les afecte. A pesar de que Guatemala ratificó el Convenio 169 que establece el deber de consulta en su artículo 15, hasta el momento no ha emitido directrices jurídicas que regulen dicho procedimiento, lo cual a pesar de no eximirlo de su deber de consulta, en la práctica representa un obstáculo para el cumplimiento del mismo. La ley de minería no fue consultada con las comunidades indígenas antes de su aprobación ni en los años que se ha venido implementando para subsanar la falta de consulta inicial, impidiéndoles ejercer su derecho a la información y participación en toma de decisiones. Por este motivo, la acción de inconstitucionalidad presentada, ofrece la oportunidad al poder judicial de Guatemala, de subsanar el incumplimiento de obligaciones internacionales llevado a cabo a través de los poderes ejecutivo y legislativo al formular, aprobar e implementar la ley sin la consulta debida. De no ser así, el estado de Guatemala incurriría en responsabilidad internacional.

Considerando que la ley no fue consultada en ningún momento con las poblaciones indígenas, no es sorprendente que en sus 95 artículos no existe referencia alguna a los derechos humanos de las poblaciones indígenas como, tampoco menciona las obligaciones que el estado de Guatemala tiene según los tratados internacionales de derechos humanos y su propia Constitución. Sólo se encuentran algunas consideraciones de índole ambiental. Si bien es cierto la integridad medioambiental es muy importante para la realización de varios derechos humanos, el derecho ambiental general no cumple con los estándares de derechos humanos que brindan protección especial a los pueblos indígenas. La ley también establece la obligación de reparar daños, sin embargo no contempla medidas para prevenirlos en cumplimiento del principio precautorio. El derecho de consulta no está incorporado como tal en ninguna de sus disposiciones, que sólo

contemplan una etapa de oposición en algunos de los procedimientos para la obtención de licencias, sin ofrecer condiciones para garantizar la realización plena del derecho a la consulta.

Las obligaciones estatales especificadas en el primer párrafo de esta sección conjuntamente con las obligaciones de respetar proteger y garantizar aplicables a todos los derechos humanos deben reflejarse transversalmente en la legislación que regula todo el proceso de diseño, concesión e implementación de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas.¹⁵⁹ La ley no hace mención alguna a los derechos de los pueblos indígenas, al regular las tres primeras etapas (reconocimiento, exploración, explotación) y la etapa de cierre simplemente es un trámite administrativo que las mineras deben seguir sin prestar debida atención a las afectaciones a los derechos humanos producidas por la contaminación que se extienden por muchos años después de haberse cerrado la mina.

El test de derechos humanos que debe pasar la ley de minería busca evitar la arbitrariedad estatal para disponer de los recursos naturales que se encuentran en territorios ancestrales. Si bien es cierto que la Constitución de Guatemala, en su artículo 121.e asigna la propiedad de los recursos naturales del subsuelo y de los recursos hídricos al Estado. Esto no implica, que los pueblos indígenas o tribales no tengan derechos que tienen que ser respetados en relación con el proceso de exploración y extracción mineral, ni tampoco implica que las autoridades estatales tenga plena libertad para disponer de dichos recursos a su discreción.¹⁶⁰

8.2. Disposiciones específicas

Considerandos y artículos 7-8

La ley en sus considerandos y artículos 7-8, reafirma que el subsuelo y los yacimientos de minerales son bienes del estado, y que la explotación de los mismos es de utilidad y necesidad pública, sin mencionar que el poder del estado para disponer de dichos bienes tiene ciertas limitaciones ya que los proyectos de explotación de recursos naturales en territorios indígenas son una limitación a sus derechos humanos, debiendo pasar un test muy alto para su implementación, no pudiendo tomar decisiones arbitrarias al respecto sin tener en cuenta el impacto en la realización de derechos humanos de los pueblos indígenas. La ley fija como horizonte estatal la explotación de manera apropiada y competitiva de la minería sin realizar un balance adecuado de todos los intereses en juego, especialmente de los pueblos indígenas, desconoce el derecho internacional aplicable y pone en peligro los derechos humanos de esos pueblos.

Artículo 19

El artículo 19 indica que los titulares, es decir cuando la licencia ya fue otorgada y no antes, de licencias de reconocimiento y exploración deben presentar un estudio de mitigación, que es un informe técnico que describe las operaciones de reconocimiento y exploración y las consecuencias de tales operaciones para el medio ambiente. Es decir para evaluar el otorgamiento de las licencia, el estado no solicita ningún tipo de informe de impacto ambiental y social, para que el otorgamiento de licencias sea decidido teniendo en cuenta el impacto ambiental y la afectación de derechos humanos de las comunidades indígenas implicadas. Tampoco se contempla que el estudio de mitigación sea puesto a disposición de las comunidades afectadas para que expresen su opinión al respecto en ejercicio del derecho a consulta previa que las asiste. El artículo 19 es violatorio de los

¹⁵⁹ CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 39 – Recomendación 3.

¹⁶⁰ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, Párr. 180.

derechos a un medio ambiente seguro y sano, consulta previa, consentimiento informado, acceso a la información y participación.

Artículo 20

El estudio de impacto ambiental y no social, sólo es requerido para la licencia de explotación según lo indica el artículo 20, sin establecer que dicho estudio sea puesto a disposición de las comunidades indígenas afectadas, menos establece un procedimiento mediante el cual ellas puedan oponerse a la solicitud de licencia de explotación. Este artículo también es violatorio de los derechos mencionados en el párrafo anterior y no cumple con el estándar que exige la realización de un estudio de impacto ambiental y social.

Artículos 22 y 23

El procedimiento para otorgar la licencia de reconocimiento contemplado en los artículos 22 y 23, tampoco establece la obligación de consultar a las comunidades afectadas en el trámite ante el Ministerio de Energía y Minas. La consulta en esta etapa es importante porque durante ella se realiza trabajo de campo que puede afectar los derechos de las comunidades. Sin embargo se establece como una de las obligaciones del titular de la licencia el compensar la totalidad de los daños y perjuicios que se causen a terceras personas en las operaciones de reconocimiento. Al redactar la ley, los legisladores ignoraron su deber de prevención de violaciones de derechos humanos y el principio precautorio, optando por privilegiar el interés económico en aras del desarrollo, al no contemplarse la consulta previa ni el establecimiento de una etapa de oposición de parte de las comunidades. Todo esto en contra de las obligaciones que atañen al estado desde lo internacional y en materia de derechos humanos. Los mismos problemas se presentan en caso de prórroga o cesión de la licencia de reconocimiento.

Artículos 25, 26 y 28

La misma situación se presenta en el caso del procedimiento para el otorgamiento de licencias de exploración. Se establece que el titular tiene que presentar un informe anual sobre las actividades, sin que dicho informe tenga que mencionar los daños que se pueden provocar en esta etapa. Sólo establece que al final de la licencia se deben compensar la totalidad de los daños y perjuicios a terceras personas. La licencia se otorga por 25 años y se puede prorrogar por otros 25 años. Es decir que la ley crea las condiciones para que el estado incumpla con sus obligaciones de respetar y proteger los derechos de los pueblos indígenas, y prevenir los posibles daños que se pueden ocasionar en un lapso de 50 años en la ejecución de una actividad que produce una multiplicidad de daños, varios de ellos irreparables.

Artículo 31

Según el artículo 31, el titular tiene que presentar un estudio de impacto ambiental y no social, antes de iniciar las actividades de explotación y no antes de otorgar la licencia. Este estudio no es puesto a disposición de las comunidades. También se establece la obligación de compensar por los daños causados a terceros, sin atender el principio precautorio, pudiendo prevenir la generación de daños ambientales y afectaciones a los derechos humanos. En caso de cierre o suspensión de las actividades mineras, el titular debe presentar un informe indicando el estado de las obras y los daños ocasionados sin exigir un plan para repararlos integralmente, ni tener en cuenta la opinión de las comunidades.

Artículo 34

El artículo 34 establece la facultad estatal para declarar ciertas zonas como de interés minero por contener recursos de importancia económica. En este procedimiento tampoco se establece la consulta a las comunidades afectadas ni regula un procedimiento de oposición. Tampoco se establece que el estado deba realizar un estudio de impacto social y ambiental de lo que las posibles operaciones mineras ocasionarían en las zonas declaradas de interés.

Artículo 41

Sobre las solicitudes de derechos mineros, las poblaciones afectadas sólo tendrían oportunidad de conocer de esto por el edicto que se publica en el diario oficial o en el de mayor circulación, por una sola vez. No se les facilita la información ni comunica antes que el estado estaría contemplando conceder derechos mineros sobre sus territorios ancestrales. Se contempla una etapa de oposición que no reúne los estándares mínimos de protección judicial y debido proceso contemplados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Incumpliendo el estado con su deber de facilitar el acceso a la justicia de las comunidades indígenas.

Artículo 47

De acuerdo al artículo 47 no hay doble instancia en el trámite de oposición, la resolución que resuelve la oposición es definitiva en sede administrativa incumpliendo así unas de las garantías mínimas que deben ofrecer la administración de justicia según todos los estándares internacionales, incluso en sede administrativa. Lo que es aún más grave es que se señala que la decisión del estado no dará lugar a indemnizaciones, desconociendo su obligación de reparar integralmente a víctimas de violaciones a los derechos humanos ocasionados por el procedimiento administrativo. El estado de Guatemala no puede usar su legislación interna para evadir sus obligaciones internacionales voluntariamente adquiridas y en rompimiento del principio de buena fe en el derecho internacional.

Considerando que la licencia se otorga en los próximos 15 días a la decisión de aprobarla. Las comunidades sólo tendrían dicho tiempo para cuestionar el procedimiento de solicitud de derechos mineros en sede judicial, lo cual muchas veces demora más de 15 días, sin posibilidad de detener la expedición de los derechos mineros salvo a través de una acción de garantía constitucional en sede nacional.

Artículo 51

Según el artículo 51, se puede suspender la operación minera cuando existe riesgo o peligro inminente para la vida de las personas y sus bienes, o cuando contravengan las leyes reguladoras de medio ambiente. Desafortunadamente, esta disposición es insuficiente y tardía porque la posibilidad de suspender las operaciones, sólo durante la etapa de explotación, no otorga una debida protección a las comunidades a la luz de los estándares internacionales según los cuales las comunidades deben ser consultadas desde que se está evaluando otorgar una concesión.

Artículo 71

Si bien es cierto que el artículo 71 menciona que las compañías pueden usar y aprovechar el agua sin que se afecten otros derechos, no se considera que de lo que se está tratando es de un derecho humano en sí mismo, el derecho al agua y que dicho recurso es vital para la realización de otros derechos como el derecho a la alimentación y salud. Tampoco considera la especial relación que los

pueblos indígenas tienen con los recursos naturales como el agua, que no se reduce al rol productivo.

De otro lado, las servidumbres legales que se usan para obras e instalaciones necesarias para las operaciones mineras, tampoco son consultadas con las poblaciones y se autoriza a descargar las aguas por los causes existentes siempre que las leyes medio ambientales lo permitan, las que a su vez son insuficientes para prevenir daños y proteger derechos humanos.

Como se puede notar la actual ley de minería no refleja las obligaciones específicas que los estados tienen en el marco de proyectos extractivos tales como el derecho a un medio ambiente seguro y sano, el derecho a la consulta previa y, en ciertos casos, al consentimiento informado, el derecho a la participación en los beneficios del proyecto, y el derecho de acceso a la justicia y a la reparación. Tampoco refleja el principio precautorio y el deber estatal de prevenir daños.

Hemos tomado conocimiento del proyecto de reforma de la Ley de Minería, que el Ministerio de Energía y Minas está impulsando para “fortalecer los aspectos sociales y ambientales reconociendo que una de las causas generadoras de conflictividad es que el gobierno no ha brindado información oficial a las comunidades y municipalidad sobre los proyectos”. Entre las propuestas de modificación, encontramos la presentación del proyecto minero a las comunidades antes de otorgarse la licencia, sin embargo la misma modificación expresamente establece que dicha información y comunicación no reemplaza la consulta previa del Convenio 169, la cual no puede ser aplicada por falta de regulación estatal. Si el proceso de información, comunicación no está orientado a cumplir con los estándares que exige el Convenio 169, el estado seguirá incumpliendo sus obligaciones internacionales con las consecuentes responsabilidades.

Si bien es cierto que el proyecto contempla algunas novedades que podrían ser positivas como: regular el cierre técnico de la mina, fortalecer las inspecciones, realización periódica de estudios de salud, considerar la pertinencia cultural y el involucramiento de otros ministerios e instituciones estatales. El derecho a la consulta previa y los derechos específicos que se deben respetar en el marco de operaciones mineras no son transversales al proyecto, tampoco incorpora a entidades estatales de derechos humanos. Si el gobierno considera seriamente hacer la ley compatible con sus obligaciones de derechos humanos, debería someter dicho proyecto a la consulta de las comunidades involucradas, algo que hasta el momento no se ha hecho, según tenemos entendido.

9. CONCLUSION

Por las razones anteriormente expuestas, todas demostrativas de que cualquier ley o medida de política pública que facilite la concentración de la tierra y otros recursos e imposibilite el acceso a dichos recursos a las poblaciones indígenas, están asociadas con la violación flagrante de derechos humanos consagrados en diferentes instrumentos y acuerdos internacionales de los que Guatemala es signataria, apoyamos la solicitud de inconstitucionalidad de los demandantes y de manera respetuosa solicitamos a la Honorable Corte Constitucional declarar la inconstitucionalidad total de la Ley de Minería.



Flavio Schieck Valente MD.MPH.
Secretario General
FIAN Internacional