



MINERÍA

EN TIERRAS INDÍGENAS EN LATINOAMÉRICA
DESARROLLO Y MEDIO AMBIENTE

Leonardo Nemer Caldeira Brant
Tiago de Mattos Silva
Organizadores

Autores:

Ana Carolina Gusmão da Costa • Ana Luiza Garcia Campos • Jaime Tejada Gurmendi
Laurent Sermet • Luis Bustos • Luis Fernando Bastidas Reyes
Marcos Augusto Conca • Tiago de Mattos Silva

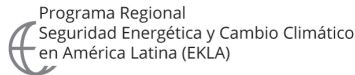
**MINERÍA EN TIERRAS INDÍGENAS
EN LATINOAMÉRICA:
DESARROLLO Y MEDIO AMBIENTE**

LEONARDO NEMER CALDEIRA BRANT

TIAGO DE MATTOS SILVA

Organizadores

**MINERÍA EN TIERRAS INDÍGENAS
EN LATINOAMÉRICA:
DESARROLLO Y MEDIO AMBIENTE**



International Law Center
Centro de Direito Internacional

Belo Horizonte
2021

© Konrad-Adenauer-Stiftung

Organización

Leonardo Nemer C. Brant
Tiago de Mattos Silva

Coordinación Ejecutiva

Paula Neves

Traducción y Revisión

Paula Neves
Luisina Milone

Design y Maquetación

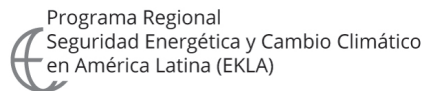
Walter Santos
ISBN: 978-65-00-15950-9

Título: Minería en tierras indígenas en Latinoamérica: Desarrollo y Medio Ambiente = Mineração em terras indígenas na América Latina: Desenvolvimento e Meio Ambiente = Mining in indigenous lands in Latin America: Development and Environment.

Minería en tierras indígenas en Latinoamérica: Desarrollo y Medio Ambiente

Belo Horizonte, EKLA - Programa Regional de Seguridad Energética y Cambio Climático en América Latina (EKLA) – Konrad-Adenauer-Stiftung, 2021.

Todos los derechos reservados a: EKLA Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. Contacto: Dra. Nicole Stopfer. Programa Regional de Seguridad Energética y Cambio Climático en América Latina +51 13 20 28 70 Calle Cantuarias 160 Of. 202, Miraflores, Lima 18, Peru. <https://www.kas.de/es/web/energie-klima-lateinamerika/> Energie-Klima-La@kas.de



Directora

Nicole Stopfer

Coordinadora de Proyectos

Anuska Soares

Los puntos de vista y opiniones expresados en esta colección de artículos y tesis son los de los autores contribuyentes y no representan necesariamente los puntos de vista y las posiciones de los organizadores

B821m Brant, Leonardo Nemer Caldeira (Org.), 2021 -
Minería en tierras indígenas en Latinoamérica: Desarrollo y Medio Ambiente / Leonardo Nemer Caldeira Brant; Tiago de Mattos Silva(Org.) -
Belo Horizonte, 2021
189 p.: il

ISBN: 978-65-00-15950-9

1. Derecho Minero. 2. Latinoamérica. 3. Desarrollo. 4. Medio Ambiente.
I. Título. II. Brant, Leonardo Nemer Caldeira. III. Silva, Tiago de Mattos.

CDD 342.124508

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

Leonardo Nemer Caldeira Brant, Tiago de Mattos.....	9
---	---

UN ANÁLISIS DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA MINERÍA EN TIERRAS INDÍGENAS

Ana Carolina Gusmão da Costa	11
1. Introducción.....	11
2. La protección internacional de los derechos indígenas	14
2.1. El Convenio nº169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT	15
3. De la tratativa constitucional sobre el Derecho Indígena y la minería en tierras indígenas	18
4. La realidad brasileña de la minería en tierras indígenas y sus impactos socioambientales	23
5. Conclusión.....	27
Referencias bibliográficas.....	29

DESARROLLO, MEDIO AMBIENTE Y MINERÍA EN TIERRAS INDÍGENAS: UN ENSAYO SOBRE LOS DESAFÍOS REGULATORIOS

Ana Luiza Garcia Campos	31
Introducción.....	32
1. Minería y medio ambiente: contexto y evolución normativa.....	33
2. Desarrollo y crisis ambiental	39
3. Regulación, desarrollo y minería en tierras indígenas	45
4. Consideraciones finales	51
Bibliografía	53

EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS: UNA REVISIÓN DEL MARCO LEGAL APLICABLE EN EL PERÚ

Jaime Tejada Gurmendi.....	57
Introducción.....	57
1. El Convenio 169 de la OIT y el derecho a la consulta	58
2. El proceso de formación de la Ley 29785.....	63
3. Perspectiva institucional de la consulta previa.....	66
4. Objeto de consulta: Medida administrativa o legislativa	68

5.	Sujetos de consulta: Pueblos indígenas u originarios.....	69
6.	Proceso de consulta.....	73
7.	La consulta previa en el subsector minero peruano	78
	Referencias bibliográficas.....	82

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y REGIONAL DE LAS AMÉRICAS

Laurent Sermet	85
Introducción.....	85
1. Perspectiva contemporánea sobre los Pueblos Indígenas	87
1.1. <i>La diferencia cultural como un “encantamiento”</i>	87
1.2. <i>La vida indígena en su drama y resiliencia</i>	90
1.3. <i>La crítica contemporánea</i>	90
2. Pueblos indígenas: ¿Definición?.....	91
2.1. <i>Ninguna definición jurídica explícita y vocabulario indefinido</i>	91
2.2. <i>Abordaje doctrinario: Martínez Cobo (1986)</i>	92
2.3. Ausencia de consenso internacional: dictamen consultivo de la AfCHPR	93
3. ¿Cuál es el papel del Derecho Internacional en lo que respecta a los pueblos indígenas? <i>El Derecho como un lenguaje en común; El Derecho como protección; Ambigüedad del Derecho;</i>	93
3.1. Problemática jurídica: ¿cómo afirmar? ¿cómo hacer cumplir?.....	94
3.2. ¿Cuáles son las normas de Derecho Internacional? ¿Cuáles son los mecanismos internacionales de protección?	94
Derecho Internacional: ¿cómo funciona?	98
Consideraciones Finales.....	102

DERECHO DE CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA, COMENTARIOS SOBRE EL SECTOR MINERO

Luis Fernando Bastidas Reyes, Luis Bustos	105
1. Introducción.....	106
2. Fundamentos de la Consulta Previa en Colombia.....	108
2.1. Fuentes del derecho de consulta previa	109
2.2. ¿En qué consiste la consulta previa?	112
2.3. Fundamento constitucional de la consulta previa.....	114
2.4. Finalidades de la consulta previa.....	115
3. Etapas del proceso de consulta previa y algunas fallas que lo hacen ineficiente.....	117
4. Cifras vinculadas a la consulta previa en Colombia.....	120
5. Algunos Desafíos de la Consulta Previa en Colombia.....	123
5.1. Imposibilidad de identificar con precisión comunidades étnicas y su ubicación geográfica.....	123

5.2.	Obligatoriedad con la cual deben concurrir al proceso de consulta previa las entidades públicas que tienen competencia relacionada con Proyecto(s), obra(s) o actividad(es).....	129
5.3.	Falta de definición de deberes y obligaciones a que se somete el titular del derecho de consulta previa y las consecuencias de su incumplimiento.	130
	Conclusiones	131
	Bibliografía	132

ACTIVIDAD MINERA EN TERRITORIOS INDÍGENAS: DERECHO A LA CONSULTA Y A LA PARTICIPACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS

	Marcos Augusto Conca.....	137
1.	Introducción	137
2.	El desarrollo sustentable (o sostenible) y las actividades extractivas.....	139
3.	Los pueblos indígenas en el derecho internacional y el derecho a la participación y consulta	144
4.	Responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos	155
5.	Conclusión	165
	Referências Bibliográficas.....	167

LA REGULACIÓN DE LA MINERÍA EN TIERRAS INDÍGENAS EN BRASIL: CONTRIBUCIONES JURÍDICAS Y REGULATORIAS A LAS PROPUESTAS DE EFECTIVIZACIÓN DEL MANDATO CONSTITUCIONAL – DEL PROYECTO DE LEY N° 1.700/1989 AL PROYECTO DE LEY N° 191/2020

	Tiago de Mattos Silva	169
1.	Introducción: relevancia y sensibilidad temporal del tema.....	169
2.	Minería en tierras indígenas: bases constitucionales	172
3.	Las propuestas de regulación del tema en el Congreso Nacional: un análisis crítico de los modelos regulatorios sugeridos, del PL n° 1.700/1989 en vísperas del PL n° 191/2020	175
4.	El Proyecto de Ley n° 191/2020: análisis regulatorio y debate sobre su armonización con el régimen jurídico de la minería brasileña	180
5.	Conclusión: La necesidad de profundización del debate jurídico para la construcción de un modelo seguro.....	187
	Referencias bibliográficas.....	189

PRESENTACIÓN

Este trabajo nace de la necesidad imperiosa de discutir a fondo la minería en las tierras indígenas de América Latina, teniendo en cuenta, al mismo tiempo, la garantía de los derechos indígenas y el tan deseado desarrollo sostenible.

Se trata de un debate delicado y pertinente no sólo a nivel regional, sino también a escala mundial. La minería es una actividad de gran importancia para el desarrollo social y económico de cualquier país. En América Latina, debido a la existencia de prósperas reservas minerales y proyectos que serán esenciales en el suministro de materias primas a las más diversas industrias mundiales, el debate se vuelve aún más estratégico.

La comunidad indígena tiene derechos reconocidos internacionalmente, incluidos los derechos a la autonomía, la identidad, las tradiciones y la cultura, así como los derechos colectivos e individuales a la propiedad, el control y el uso de las tierras y territorios que tradicionalmente ocupan, como se afirma en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007.

De ahí la necesidad de debatir sobre modelos y precauciones para ampliar las fronteras mineras, aplicando una política minera inclusiva que garantice la protección de los intereses de las diversas partes interesadas, incluidos los pueblos indígenas.

En Brasil, la minería en tierras indígenas, aunque esté prevista en la Constitución, todavía no ha sido reglamentada. Un amplio debate es providencial, evaluando las alternativas de regulación y los instrumentos de participación indígena en esta construcción.

En este contexto, la experiencia vivida en otros países se convierte en un instrumento muy pertinente para el estudio de iniciativas exitosas y prácticas que deben evitarse, debido a los conflictos ya observados.

Es en este contexto de posible antagonismo que la presente obra busca agregar diferentes perspectivas sobre el desarrollo sostenible, los derechos indígenas y el derecho a la consulta previa, en busca de la reconciliación entre los avances económicos y la protección de las comunidades tradicionales.

El trabajo ha enfrentado el tema, basado en su premisa multidisciplinaria. Con ese fin, se invitó a autores con sólidos antecedentes académicos y experiencia pertinente en la materia en sus países de origen, que trataron de realizar investigaciones académicas sin precedentes de manera enriquecedora.

Además de la realidad brasileña, la obra refleja las experiencias de Argentina, Colombia y el Perú, y también se citan casos en varias otras jurisdicciones.

A los autores que aceptaron el reto de componer esta obra, que es al mismo tiempo clara y comprometida con el lector, les agradecemos.

Para el lector, nuestro deseo es que este trabajo trascienda las preguntas ya planteadas e indique los posibles caminos para nuevas investigaciones - y nuevas soluciones.

Por último, cabe mencionar que esta obra forma parte de un amplio y muy exitoso proyecto de cooperación entre el Centro de Derecho Internacional - CEDIN y el Programa Regional de Seguridad Energética y Cambio Climático en América Latina - EKLA de la Fundación Konrad Adenauer (KAS). Dentro de este panorama, el presente estudio aporta dos elementos profundamente relevantes. En primer lugar, está en armonía con el necesario diálogo suprarregional entre la minería, actividad de suma importancia para el desarrollo social y económico de cualquier país, y los derechos de los pueblos indígenas y su territorio. Además, este estudio representa también una asociación que tiene al ser humano como centro de atención y que pretende contribuir a la construcción de una sociedad más justa, libre, equilibrada y sostenible. Estos son, en resumen, los valores que comparten las entidades asociadas.

Leonardo Nemer Caldeira Brant
Tiago de Mattos

UN ANÁLISIS DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA MINERÍA EN TIERRAS INDÍGENAS

Ana Carolina Gusmão da Costa ¹

Palabras claves: Derecho Indígena, Derechos Humanos, Minería en tierras indígenas, Convenio 169 de la OIT

1. Introducción

El proceso de dominación y de discriminación de los indios se inicia con la ocupación portuguesa de Brasil y se prolonga hasta los tiempos actuales.

La denominación “indio” fue designada a los pueblos originarios por los portugueses y españoles, los cuales justificaron sus expediciones marítimas en busca de un camino hacia las Indias por el Océano Atlántico. América fue inicialmente nombrada como las “Indias Occidentales”. La denominación

¹ Graduada en Derecho en la *Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais*, Brasil. Servidora del Gobierno de Minas Gerais. Actualmente es Superintendente de *Participação e Diálogo Social* en la *Secretaria de Desenvolvimento Social- SEDESE*. Posee un título de posgrado en Derechos Humanos del Instituto Claretiano y otro posgrado en Estudios Diplomáticos del *Centro de Estudos de Direito Internacional-CEDIN*. Posee una maestría de la PUC Minas en el área de Derecho Público, línea: Derechos Humanos, Procesos de Integración y Constitucionalización del Derecho Internacional. Profesora de la PUC Minas en el curso de Posgrado *Cidadania e Direitos Humanos no contexto das políticas públicas*. Profesora del Curso de Educación a Distancia de Formación Práctico-Aplicada En Derechos Humanos En el Contexto Brasileño de la *Fundação Konrad Adenauer* en convenio con el *Centro de Direito Internacional* y el CEDIN.

“indio” realizada por el colonizador generaliza pueblos diferentes, borrando las especificidades étnicas, lingüísticas, culturales y religiosas. Como la expresión fue consolidada históricamente, todavía es ampliamente usada para denominar a los pueblos originarios de América del período precolombino.

El contacto con los europeos trajo una consecuencia grave para los indios en toda América: la contracción de enfermedades con las cuales las comunidades nunca habían tenido contacto, sin poseer ningún tipo de inmunidad biológica. Los brotes de gripe, viruela, peste negra, tifus, sarampión, entre otras epidemias, resultaron en un considerable declive de la población indígena.

Con la ocupación portuguesa de la colonia brasileña, los conflictos entre indígenas y portugueses se intensificaron. Los indígenas pasaron a oponerse a las pretensiones de los colonos de utilizarlos como esclavos en las actividades comerciales, en especial para la extracción del árbol *pau brasil*, “palo de Brasil” en español. La imposición de la esclavización de los indios se daba por medio del uso de la fuerza y de la sustracción de sus tierras originalmente ocupadas, acciones realizadas con permiso legal de la Corona.²

En 1604, Portugal prohíbe el uso de las tierras indígenas a los colonos. Mientras tanto, las invasiones eran legitimadas por las Cámaras Municipales que cedían tierras indígenas a los pobladores que se instalaban en ellas, contribuyendo al aumento de la oferta de esclavos indígenas. (SUCHANEK, 2012)

Las órdenes misioneras, apoyadas inicialmente por el Rey para la catequización de los indios en la fe católica, desembarcaron en Brasil a mediados del siglo XVI, dentro de ellas se destaca la Compañía de Jesús, una orden jesuita. A pesar de manifestarse en contra de la esclavización indígena, los misioneros administraban las aldeas imponiendo un sistema de producción agrícola, con uso de la mano de obra indígena, concomitante con el adoctrinamiento católico de los indios. (BRANDÃO, 2002, pag.246).

La esclavización indígena se intensificó en la segunda mitad del siglo XVII con el fortalecimiento de las *bandeiras*, expediciones independientes que exploraban el interior de Brasil en búsqueda de riquezas, especialmente de

² En 1570, la primera *Carta Régia*, editada por Dom Sebastião, establecía el derecho de los portugueses a esclavizar a los indios siempre que ellos hubieran sido aprisionados en “guerras justas”. Se entendía por “guerras justas” aquellas en legítima defensa o promovidas por la Corona contra las comunidades que se negasen a la sumisión real y a la colonización. Según esa norma, también podrían ser esclavizados los indios que se opusieran al adoctrinamiento católico, así como aquellos que practicaran rituales religiosos o la antropofagia. (BRANDÃO, 2002, pág. 64).

piedras preciosas. Era una práctica común de los *bandeirantes* la ocupación de las tierras indígenas y la toma de los indios como esclavos, a pesar de la resistencia de las misiones religiosas y de la Corona.

Previsiones reales de fines del siglo XVII, determinaron que los indios deberían recibir salarios por sus servicios, aun así, la abolición de la esclavitud indígena ocurrió recién en 1758³. Las legislaciones pro indios eran ignoradas y la explotación del trabajo esclavo indígena continuaba ocurriendo a gran escala. (BRANDÃO, 2002)

El proceso de violencia contra los indios, de usurpación de las tierras indígenas y de la degradación ambiental de sus territorios para el desarrollo de actividades económicas, persiste en la actualidad. Las tierras indígenas sufren frecuentes invasiones por parte de intrusos, madereros y *garimpeiros*⁴ y ganadores.

Según los datos del censo demográficos de 2010⁵, la población indígena brasileña es de 817.963 indígenas, de los cuales 502.783 viven en la zona rural y 315.180 habitan las zonas urbanas. Los pueblos indígenas están presentes en todos los Estados de la Federación, inclusive en el Distrito Federal. Según ese levantamiento, hay 305 diferentes etnias y fueron registradas en el país 274 lenguas indígenas. (FUNAI, 2016)

Brasil asumió compromisos internacionales para garantizar los derechos indígenas; dentro de las normas internacionales de esa materia se destaca la Convención n° 169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT. Esa norma internacional determina la necesidad de consulta a las comunidades indígenas cuando puedan afectarlas medidas administrativas o legislativas.

La Constitución de 1988 reconoce los derechos indígenas de vivir conforme a sus costumbres y tradiciones, con respeto de su cultura y sus creencias, preconizando la autonomía y la dignidad humana de los pueblos indígenas. La Constitución Federal también reconoce los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y define como competencia del Estado delimitarlas, protegerlas y proteger todos sus bienes.

³ La *Carta Régia* de 1798 emancipa a los indios aldeanos, sin embargo, los indios continuaban siendo considerados incapaces de administrar sus bienes, incluyendo sus tierras, quedando todo el patrimonio indígena sobre la custodia del Estado. (SUCHANEK, 2012).

⁴ *Nota de la traductora*: el término “*garimpeiros*” proviene de “*garimpagem*”, derivado de *garimpo* (brasileirismo), entiéndase en el lenguaje de la minería, el trabajo rudimental de exploración y extracción de piedras preciosas en el cauce de los ríos o en los márgenes de cursos naturales de aguas y sus terrazas, así como en los depósitos secundarios de mesetas, vertientes y en lo alto de los morros.

⁵ Realizado por el *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*- IBGE, órgano vinculado al Gobierno Federal.

2. La protección internacional de los derechos indígenas

Brasil asumió diversos compromisos internacionales para la garantía de los derechos indígenas, dentro de las normas internacionales de esa materia se destaca la Convención nº169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (1948), recomendación dada a todos los Estados del planeta con acciones y principios fundamentales de Derechos Humanos, es aplicable de forma íntegra a ese público, debido a su carácter universal. En el mismo sentido se aplican el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶ y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷.

Un importante marco del Derecho Internacional para la protección de los derechos indígenas fue la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que fue aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007. Esa declaración reitera que los pueblos indígenas son libres e iguales en dignidad y derechos. La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas prevé, en suma: a) El derecho a la autodeterminación; b) El respeto a la identidad, tradición y cultura; c) El derecho a las medidas estatales especiales para la mejora del desarrollo económico, social y cultural, respetando la autonomía de los pueblos; d) El derecho a la consulta libre, previa e informada en el caso de medidas administrativas o legislativas que pudieran afectarlos; e) El derecho colectivo e individual de poseer, controlar y usar las tierras y territorios tradicionalmente ocupados; f) El derecho colectivo e individual de ser protegidos contra el genocidio; g) los derechos individuales a la vida, integridad física y mental, libertad y seguridad; entre otros derechos. (ONU, 2008)

Considerando que el debate sobre el derecho indígena atraviesa también la discusión sobre el patrimonio cultural, la protección ambiental y el desarrollo sostenible, también son normas internacionales aplicables: la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972⁸; el Convenio sobre la Diversidad Biológica⁹ y el Acuerdo de París (Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático)¹⁰.

⁶ Promulgado por el Decreto n.º 592 el 6 de julio de 1992.

⁷ Promulgado por el Decreto n.º 591 el 6 de julio de 1992.

⁸ Promulgada por Brasil por medio del Decreto n.º 80.978, el 12 de diciembre de 1977.

⁹ Promulgada por Brasil por medio del Decreto n.º 2.519, el 16 de marzo de 1998.

¹⁰ Promulgada por Brasil por medio del Decreto n.º 9.073, el 5 de junio de 2017.

Puede verificarse que el debate sobre los derechos de las comunidades indígenas y del desarrollo sostenible está en consonancia con la agenda internacional de los Derechos Humanos. En el 2015, la ONU aprobó, en la Cumbre de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (25-27 de setiembre 2015), el documento “Transformando nuestro Mundo: la Agenda de Desarrollo Sostenible de 2030”. La Agenda 2030 (también conocida como los Objetivos de Desarrollo Sostenible- ODS) es fruto del trabajo conjunto de los gobiernos y la sociedad civil con el fin de crear un nuevo modelo global para acabar con la pobreza, promover la prosperidad y el bienestar de todos, proteger el ambiente y combatir las alteraciones climáticas; así como el desarrollo sostenible en las esferas económica, social y ambiental, de forma equilibrada e integrada. Ese documento consiste en una Declaración, que cuenta con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y 169 metas (PNUD, 2015).

2.1. El Convenio n°169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT

El Convenio n°169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT sobre los pueblos indígenas y tribales fue adoptada en la 76ª Conferencia Internacional del Trabajo, en 1989¹¹. El Convenio 169 de la OIT propone la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

Este convenio prevé la promoción y protección de los pueblos indígenas y tribales, que en la realidad brasilera serían denominados mejor como “pueblos y comunidades tradicionales”. El Convenio 169 determina: a) la no discriminación; b) igualdad en el acceso a derechos; c) diversidad cultural, social y religiosa; d) autonomía para los pueblos llamados indígenas y tribales. Dentro de los temas tratados en el Convenio, se destacan: a) la posesión y propiedad de las tierras y territorios tradicionalmente ocupados y la gestión de sus recursos; b) contratación y condiciones de empleo; c) protección de las actividades tradicionales y de las actividades relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados; d) seguridad social y salud; e) educación y medios de comunicación; f) contactos y cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras.

¹¹ El Convenio fue ratificado en 2002 por Brasil, entró en vigor en 2003 y fue incorporada al derecho patrio por medio del Decreto n° 5.051 el 19 de abril de 2004.

Vale recordar que la autodeterminación de los pueblos, principio del Convenio 169, es también principio fundamental del Derecho Internacional Público. La Constitución Federal enumera la autodeterminación de los pueblos como uno de los principios que rigen sus relaciones internacionales (Art. 4º, inciso III). (BRASIL, 1988).

Entre otras obligaciones, los países signatarios del Convenio 169 se comprometen a consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados en caso de acciones que podrán impactar a las comunidades involucradas; ese acto es denominado Consulta libre, previa e informada.

Esa consulta deberá ser realizada por el Estado cada vez que sean previstas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente, garantizando la efectiva participación de los “pueblos indígenas y tribales” en la toma de decisiones. La consulta debe ocurrir mediante procedimientos adecuados a las circunstancias y la buena fe, y tiene como objetivo final el consenso.

Además de esta cláusula general, el Convenio estipula la obligación de consulta en algunas situaciones específicas, a saber: a) cuando se trate de procesos de desarrollo que afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual; b) decisiones sobre cuestiones correspondientes a las tierras que ocupan o utilizan de alguna forma y decisiones sobre su propio desarrollo económico, social y cultural; c) en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarlos directamente. Por fin, el Convenio dispone sobre la obligación de participación directa y cooperación con los pueblos siempre que se trate del desarrollo de estudios sobre ellos mismos o sus territorios; y que los gobiernos deberán adoptar medidas en cooperación con los pueblos interesados para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que ellos habitan. (BRASIL, 2004)

Esa consulta es libre, pues debe estar exenta de cualquier tipo de presión o violencia. Es previo porque debe anteceder al acto susceptible de causar impactos a la comunidad y porque la consulta deberá posibilitar la revisión del proyecto inicial o incluso su no realización. La consulta es informada, pues la comunidad debe tener acceso a todas las informaciones pertinentes sobre la acción y sus posibles impactos. La accesibilidad de información deberá contemplar factores geográficos, lingüísticos y culturales garantizando la comprensión del proyecto y todas sus implicaciones. La consulta libre, previa e informada debe ocurrir en todas las fases de la medida administrativa o legal que podrá impactar en

los pueblos y comunidades tradicionales, no restringiéndose al acto aislado durante el proceso.¹²

Según los comentarios¹³ del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, la consulta es obligación del Estado y se traduce como la garantía de esos pueblos “a participar en la toma de decisiones públicas que puedan afectar sus derechos e intereses de forma diferenciada”.¹⁴ Cabrá también al Estado el deber de hacer ajustes para la adaptación de los actos para la garantía de los derechos indígenas, mediante consulta.¹⁵ (ANAYA, 2012, traducción libre).

Reiterando la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Sarayaku*, el relator cita que “los pueblos indígenas deben ser previamente consultados sobre todas las fases del proceso de producción normativa, y esas consultas no deben ser limitadas a las propuestas”.¹⁶ En el Caso *Sarayaku vs. Ecuador*, la Corte Interamericana previó que las formas de organización para la consulta indígena “tienen que responder a procesos internos de tales pueblos”, y que la participación y conducción de los asuntos deberá ocurrir “a partir de sus propias instituciones y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización”.¹⁷ (ANAYA, 2012, traducción libre).

Sobre el consenso, el Convenio 169 de la OIT lo exige en caso de que impacten el uso del territorio, dispone que “los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan”. Poco después estipula que “Cuando, excepcionalmente, el traslado y el reasentamiento de esos pueblos sean considerados necesarios, sólo podrán ser efectuados con el consentimiento de los mismos, concedido libremente y con pleno conocimiento de causa.”¹⁸ (BRASIL, 2004).

¹² Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también confirman la necesidad de consultas a las comunidades afectadas, véanse las decisiones de los casos Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Caso Yatama Vs. Nicaragua; y Caso Saramaka vs. Surinam.

¹³ Comentarios registrados en el documento titulado “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”. Ese informe fue emitido por solicitud del Gobierno de Chile que sometió su “Propuesta de Nueva Normativa de Consulta” para apreciación de la Relatoría Especial. (Anaya, 2012).

¹⁴ Comentario 29.

¹⁵ Comentario 34.

¹⁶ Comentario 38.

¹⁷ Comentario 54.

¹⁸ Artículo 16 del Convenio 169 de la OIT

Aun cuando el consentimiento no sea estrictamente necesario, el Estado tiene siempre la obligación de respetar y proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas. En esos casos, el Estado deberá aplicar medidas de salvaguarda, tales como medidas de alojamiento, mitigación y/o compensación de daños. Y “cualquier impacto que impone una restricción a los derechos indígenas deben, por lo menos, cumplir las normas de necesidad y proporcionalidad en relación a una finalidad pública válida”¹⁹. (ANAYA, 2012, traducción libre).

En el mismo sentido, la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- CIDH sobre el *Caso Saramaka vs. Surinam* trae a la luz un importante precepto sobre la necesidad del consentimiento cuando hay riesgos de pérdida de territorio, o grave comprometimiento para el acceso, uso y gozo de los recursos fundamentales para la subsistencia física y cultural del grupo. (OEA, 2007²⁰).

Hay recomendaciones del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de que se proceda a la consulta a los pueblos destinatarios del Convenio 169 de la OIT para la construcción de mecanismos de consulta. (ANAYA, 2012). En ese sentido, se ha estimulado la producción de un Protocolo de Consulta, que debe ser construido por los pueblos o comunidades susceptibles a ser afectadas. En ese protocolo, deberán ser indicadas las reglas y metodología considerando las costumbres y tradiciones de la comunidad, y el Estado deberá seguir ese protocolo en el proceso de consulta.

3. De la tratativa constitucional sobre el Derecho Indígena y la minería en tierras indígenas

La Constitución de 1988 reconoce a los indios el derecho a la diversidad, esto es, el derecho a ser indios y de permanecer con su cultura y tradiciones indefinidamente o hasta cuando lo deseen. El texto constitucional reconoce a los indios “su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, correspondiendo a la Unión delimitarlas, protegerlas y hacer respetar todos sus bienes”²¹.

¹⁹ Comentario 70

²⁰ OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Povo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia el 28 de noviembre de 2007

²¹ Art. 231, “caput”, de la Constitución Federal.

Con la Constitución fueron introducidas tres grandes innovaciones en relación a los derechos indígenas. La primera innovación es la perspectiva de una sociedad plural y el abandono de un modelo de asimilación, que entendía a los indios como una categoría social transitoria, destinada a la desaparición en una lógica desarrollista²². La segunda es que los derechos de los indios sobre sus tierras son definidos como derechos originarios, esto es, anteriores a la creación del propio Estado, puesto que fueron los primeros habitantes de Brasil. La última innovación es sustituir la tutela de personas por la tutela de derechos, cabiendo al Estado la protección de los derechos indígenas y al Ministerio Público defender judicialmente los derechos e intereses de las poblaciones indígenas.

La Constitución reconoce las tierras indígenas como aquellas:

“tradicionalmente ocupadas por los indios y las habitadas por ellos en carácter permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones.” (BRASIL, 1988, art. 231, § 1º).

Se incorporan no sólo las áreas de hábitat permanente y de colecta, sino también todos los espacios necesarios para el mantenimiento de las tradiciones del grupo. Así, el territorio no es solamente fuente de subsistencia material de los indios, sino que además es el lugar donde los indios construyen su realidad social, simbólica y cultural.

Corresponderá a la Unión, por medio de la *Fundação Nacional do Índio*-FUNAI, (en español: “Fundación Nacional del Indio”) demarcar y proteger las tierras indígenas. Las tierras tradicionales de los indios son propiedades de la Unión - Brasil. Los pueblos indígenas solamente tienen derecho a su posesión permanente, con el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos existentes en ellas.²³ Las tierras indígenas son inalienables e

²² La Ley 6.001 de 1973, denominada por el *Estatuto do Índio* es la normativa nacional vigente específica sobre la temática indígena, creada durante el régimen militar brasileño. Esa ley define al indio como “individuo de origen y ascendencia pre-colombina que se identifica y es identificado como perteneciente a un grupo étnico cuyas características culturales lo distinguen de la sociedad nacional”. Ya las comunidades indígenas son definidas como “un conjunto de familias o comunidades indias, ya sea viviendo en estado de completo aislamiento en relación a los otros sectores de la comunión nacional, ya sea teniendo contactos intermitentes o permanentes, sin llegar a estar en ellas integrados.” No obstante, ese Estatuto clasifica a los indios como “aislados”, “en vías de integración” e “integrados”. (BRASIL, 1973, art. 3º y 4º). Desde la promulgación de la Constitución de 1988, se verificó la necesidad de rever la Ley nº 6001/73 de forma de compatibilizarla con el nuevo texto constitucional, hay varios proyectos de ley sobre la materia en el Congreso Federal.

²³ Constitución Federal, artículo 231, § 2º

indisponibles y los derechos sobre ellas son imprescriptibles.²⁴ (BRASIL, 1988) Los indios no podrán ser removidos de sus tierras, a no ser en caso de que la población indígena esté en riesgo (catástrofe o epidemia) o por motivos de interés de la soberanía del país. Esa remoción sólo podrá ocurrir luego de la decisión del Congreso Nacional. Queda garantizado, en cualquier caso, el retorno inmediato de la comunidad luego de que cese el riesgo. (BRASIL, 1988).²⁵

Sobre la minería en tierras indígenas la Constitución trata el tema expresamente:

Art. 231. Son reconocidos a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, compitiendo a la Unión delimitarlas, protegerlas y hacer respetar todos sus bienes.

(...)

§ 3º El aprovechamiento de los recursos hídricos, incluidos los potenciales energéticos, la exploración y labra de las riquezas minerales en tierras indígenas sólo pueden ser efectivizadas con autorización del Congreso Nacional, consultadas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la labra, conforme a la ley. (BRASIL, 1988)

Se verifica en el texto constitucional que la minería en tierras indígenas depende de la autorización del Congreso Nacional y las comunidades deben ser consultadas. El Convenio 169 de la OIT especifica la forma de consultar a la comunidad por medio de la Consulta libre, previa e informada, en los términos presentados en este trabajo.

Todavía no hay una ley reguladora de la materia prevista en el art. 231, § 3º de la Constitución Federal, por lo que la minería en tierras indígenas y la participación de las comunidades en los resultados de la labra quedan sin definiciones jurídicas.

Varios proyectos de ley fueron presentados al Congreso sobre esa temática²⁶, el más reciente fue presentado al Congreso en febrero de 2020 y es de autoría del Gobierno Federal. Se trata del Proyecto de Ley- PL 191/2020 que establece “las condiciones específicas para la realización de la exploración y de la labra de recursos minerales e hidrocarburos y para el aprovechamiento

²⁴ Constitución Federal, artículo 231, § 4º

²⁵ Constitución Federal, artículo 231, § 5º

²⁶ Entre ellos, puede citarse el PL nº 1.610/96 y el PL nº 2.057/91, y sus sustitutos.

de recursos hídricos para la generación de energía eléctrica en tierras indígenas e instituye la indemnización por la restricción del usufructo de tierras indígenas”.

El Gobierno Federal motiva el proyecto de ley en el incentivo al desarrollo económico y en la generación de riquezas para los indios; sin embargo, lo que se percibe es la defensa de los intereses de las empresas mineras. Véase la total desconsideración de las demandas indígenas. Ese proyecto de ley prevé pagos relativos a la participación en los resultados y a las indemnizaciones por restricción al usufructo. Se verifica un proyecto gubernamental de incentivo de la minería en las tierras indígenas y la propuesta de una perspectiva indemnizatoria pecuniaria de los daños ambientales, desvalorizando la diversidad ambiental, que es realmente intangible y de valor incalculable.

El PL 191/2020 llama la atención por su notoria contradicción con el Convenio 169 y con la Constitución Federal, cuando propone:

Art. 14. Compete al Presidente de la República encaminar al Congreso Nacional el pedido de autorización para la realización de las actividades previstas en esta Ley en tierras indígenas.

§ 1º El Presidente de la República considerará la manifestación de las comunidades indígenas afectadas para la realización de las actividades que trata el caput.

§ 2º **El pedido de autorización podrá ser encaminado con manifestación contraria de las comunidades indígenas afectadas, siempre que sea motivado.** (BRASIL, 2020, el subrayado es mío)

Se verifica, por lo tanto, la violación al derecho a la Consulta libre, previa e informada, tratando la escucha de las comunidades como un mero acto protocolar. Vale recordar que en esos casos se exige el consentimiento, pues afecta el uso del territorio e involucra, en la mayoría de los casos, el desplazamiento parcial o total de las comunidades indígenas de sus territorios. Además, el proyecto de ley, por tratarse de una innovación legislativa que afecta directamente a las comunidades indígenas, debería ser objeto de consulta propia antes de su proposición, lo que no ocurrió. Acerca del no cumplimiento de sus derechos, los pueblos indígenas emitieron un documento denominado *Manifesto do Piraçu*, que denuncia las graves violaciones de Derechos Humanos cometidos contra los indios por parte del gobierno brasileiro y presenta reivindicaciones.²⁷

²⁷ Disponible en: <https://amazonialatitude.com/2020/01/20/manifesto-piracu-exige-respeito-aos-direitos-indigenas/>, consultado el 19 de agosto de 2020.

La minería en tierras indígenas también es referenciada en la Constitución Federal, en su artículo 231, § 7º, que veda la aplicación del art. 174, § 3º y § 4º, CF. O sea, en tierras no indígenas el Estado estimulará la organización de la actividad *garimpeira* en cooperativas. Esas cooperativas tendrán “prioridad en la autorización o concesión para exploración y labra de los recursos y yacimientos de minerales “garimpables”, en las áreas donde estuvieran actuando, y en aquellas fijadas”. (BRASIL, 1988, art. 174, § 4º, CF). Con la prohibición constitucional, por lo tanto, en los territorios indígenas, el Estado no podrá estimular la organización de la actividad *garimpeira* en cooperativas, ni garantizar derechos de prioridad para esas cooperativas.

Melissa Volpato Curi, identifica en ese dispositivo constitucional una prohibición para la minería realizada por no indios: “Específicamente en relación al *garimpo*, la Constitución prevé que los dispositivos en su texto no se aplican a las tierras indígenas (art. 231, § 7º), prohibiendo, por lo tanto, bajo cualquier hipótesis, que la actividad sea realizada por no indios en esas tierras” (CURI, 2007, p. 222). El artículo 44 del *Estatuto do Índio* establece que “Las riquezas del suelo, en las áreas indígenas, pueden ser exploradas solamente por los silvícolas, cabiéndoles con exclusividad el ejercicio del *garimpagem*, *faiscação* y *cata*²⁸ de las áreas referidas.” (Brasil, 1973)

Existe un debate sobre los requerimientos para minería protocolados antes de la promulgación de la Constitución Federal. En la época de su protocolo ya se trataba de un mero requerimiento, generando sólo la expectativa de derechos y no un derecho adquirido. Incluso que fuese emitida la autorización para la actividad minera, no sería un acto válido, pues contraría un dispositivo constitucional. Además, el derecho al territorio indígena es concebido como un derecho originario, anterior al proceso de colonización de Brasil. (CURI, 2007). La Constitución Federal es explícita en su artículo 231, § 6º que son nulos y extintos, no produciendo efectos jurídicos, los actos que tengan por objeto la ocupación, el dominio y la posesión de las tierras indígenas o la exploración de las riquezas naturales del suelo, de los ríos y de los lagos en éstas existentes, salvo relevante interés público de la Unión. (Brasil, 1988)

²⁸ Nota de la traductora: la “*faiscação*” corresponde al “trabajo individual de quien utilice instrumentos rudimentarios, aparatos manuales o máquinas simples y portátiles, en la extracción de metales nobles nativos en depósitos de eluvión y aluvión, fluviales o marinos, depósitos genericamente denominados Faisqueiras. La “*cata*” es considerada un “trabajo individual de quien haga minería, por procesos equiparables a los de *garimpagem* y *faiscação*, en la parte decompuesta de los afloramientos de los filones útiles sin el empleo de explosivos, y las apure por procesos rudimentarios”.

4. La realidad brasileña de la minería en tierras indígenas y sus impactos socioambientales

Actualmente las comunidades indígenas sufren con las presiones para la instalación de emprendimientos mineros en sus territorios y con la violencia de la minería ilegal (*garimpo*). La minería en tierras indígenas es notoria en la Amazonia Legal²⁹ Cabe señalar que la minería resulta en:

a) Impactos ambientales: deforestación; contaminación de ríos y de la pesca; sedimentaciones y alteraciones de los cursos de agua; pérdida de la biodiversidad, con posibilidad de extinción de especies de la fauna y la flora.

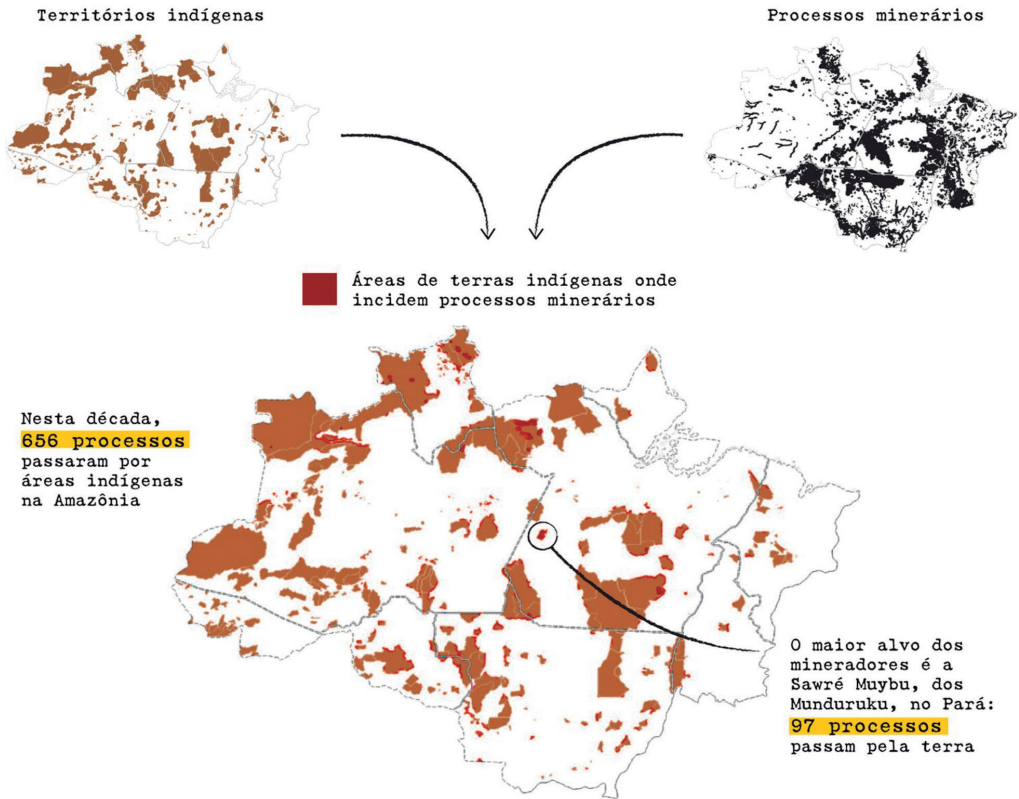
b) Impactos sociales: amenazas y violencias contra indígenas; homicidios³⁰; pérdida del territorio; explotación del trabajo sexual; violencias contra las mujeres, niños y adolescentes; aumento del uso abusivo de alcohol y otras drogas; pérdida de las identidades culturales y de las tradiciones.

c) Impactos en la salud: contaminación por coronavirus y otras enfermedades infectocontagiosas, contaminación con los residuos derivados de la minería (especialmente el mercurio, utilizado en explotación del oro), enfermedades de transmisión sexual (ETS), desnutrición; aumento de los casos de malaria, dengue y otras enfermedades.

Hubo un importante levantamiento realizado por la Agencia Pública que identifica los procesos mineros en trámite, llamada *Agência Nacional de Mineração* (ANM) -o sea, Agencia Nacional de Minería- que versa sobre las áreas donde se localizan Tierras indígenas- TI delimitadas o en proceso de demarcación. Se cruzaron informaciones de la base de datos de la Funai y de la ANM, y fueron identificados 656 procesos mineros en tierras indígenas en la región de la Amazonia Legal conforme lo demuestra el mapa de abajo:

²⁹ “La región está compuesta por 52 municipios de Rondônia, 22 municipios de Acre, 62 del Amazonas, 15 de Roraima, 144 de Pará, 16 de Amapá, 139 de Tocantins, 141 de Mato Grosso, así como, por 181 Municipios del Estado de Maranhão situados al oeste del Meridiano 44°, de los cuales, 21 de ellos, están parcialmente integrados a la Amazonia Legal. Posee una superficie aproximada de 5.015.067,749 km², correspondiente a cerca del 58,9% del territorio brasileiro.” (IBGE, 2020).

³⁰ La Cartografía de los Ataques Contra Indígenas (Caci) contabilizó hasta el momento el asesinato de 1125 indios desde 1985, muchos de ellos fueron asesinados debido a los conflictos con *garimpeiros*, madereros y ganaderos. (CACI, 2020).



(AGÊNCIA PÚBLICA, 2020)

Ese estudio también señaló que durante el Gobierno de Bolsonaro (2019-2020) los procesos de requerimiento para la explotación minera en TIs de la Amazonia crecieron un 91%, y que fue la primera vez desde el 2013 que los requerimientos registraron un aumento, anteriormente la cantidad de pedidos era decreciente año a año. (AGÊNCIA PÚBLICA, 2020)

Pará es el estado que posee el mayor número de procesos mineros, seguido por Mato Grosso y Roraima. El territorio Sawré Muybu del pueblo Munduruku (localizado en Pará) es el más afectado por procesos de minería: son 97 procesos con vistas a los yacimientos de oro, cobre y diamante, bien como los yacimientos de casiterita y extracción de grava, en menor cantidad. En el período de 2019 al 2020 hubo un considerable crecimiento de requerimientos mineros también en la Terra Indígena Kayapó (Pará), que registró en ese período 15 nuevos procesos que inciden sobre el territorio. (AGÊNCIA PÚBLICA, 2020)

Los procesos piden licencia para la explotación de los siguientes minerales, en las mencionadas proporciones: Oro (48,4%); Cobre (14,9%); Casiterita (9,7%); Diamante (6,8%); Otros (19,9%). (AGÊNCIA PÚBLICA, 2020)

Se identificó que la ANM llegó a conceder títulos de minería en tierras indígenas homologadas por el Gobierno Federal. Es el caso de la tierra indígena Uru-Eu-Wau-Wau, en Rondônia, que fue homologada en 2006, donde viven nueve pueblos. En 2013 fue concedido título de labra *garimpeira* de oro que incide en parte del territorio indígena Uru-Eu-Wau-Wau y en 2016 fue concedido el permiso para labrar casiterita en un área superpuesta a ese territorio. (AGÊNCIA PÚBLICA, 2020).

La minería ilegal en las tierras indígenas, el *garimpo*, es una amenaza a las comunidades indígenas y al medio ambiente. Las tierras indígenas son constantemente invadidas³¹ por usurpadores, madereros, *garimpeiros* y ganaderos; además de las deforestaciones³² e incendios provocados en la Amazonia Legal³³ que alcanzan el territorio indígena.

Indígenas de las tierras Raposa Serra do Sol, en Roraima, Yanomami, entre Roraima y Amazonas, Aldeia Panorama, en Rondônia, y territorios Araweté, Apyterewa y Trincheira Bacajá, en Pará, relataron la exposición a invasores como usurpadores, *garimpeiros* y madereros, que se aprovechan de la crisis sanitaria para avanzar en áreas protegidas. (NEXO, 2020)

Para ejemplificar el conflicto con el *garimpo*, puede citarse el caso de los Yanomami. Su territorio fue invadido por más de 20 mil *garimpeiros*, que circulan libremente por el territorio. El contexto de pandemia trajo otro impacto para las comunidades, la contaminación con el nuevo coronavirus – COVID-19³⁴, a partir del contacto con los no indios. Se sabe que los indígenas son especialmente propicios a las complicaciones provenientes del coronavirus, por razones

³¹ “En nueve meses de 2019 ocurrieron 160 casos de invasión en 153 tierras indígenas, en 19 estados; y en la totalidad del año 2018 ocurrieron 111 casos en 76 tierras indígenas, en 13 estados” (CIMI, 2019)

³² El *Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe)*, presenta los datos de que en los cuatro primeros meses de 2020 la deforestación en tierras indígenas de la Amazonia brasileña aumentó el 64%, en comparación al mismo período del año pasado. (GREENPEACE, 2020)

³³ “Entre el 20 de junio y el 20 de agosto de 2019, hubo 33.060 focos de calor en la Amazonia Legal de Brasil, según los datos del *Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE)*. (...). En total fueron 3.553 focos de calor en 148 Tierras Indígenas de la Amazonia brasileira.” (SOCIOAMBIENTAL, 2019)

³⁴ La *Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib)* realiza un recuento de los casos de coronavirus en las comunidades indígenas, hasta el día 19 de julio de 2020 se contabilizaron 26443 indígenas contaminados con el nuevo coronavirus, 155 pueblos afectados y 690 muertes. (SOCIOAMBIENTAL, 2020). Disponible en <https://covid19.socioambiental.org/>

inmunológicas también, pero especialmente por la ineficiencia de las políticas públicas de salud para esas comunidades que sean orientadas a la prevención y al combate del nuevo coronavirus. El Tribunal Regional Federal de la 1ª Región (TRF1) determinó que el gobierno retire a los *garimpeiros* de la Tierra Yanomami, en carácter de emergencia para la contención del coronavirus en la región.³⁵ Sin embargo, el Gobierno Federal no adoptó ninguna medida efectiva para cumplir esa determinación judicial.

El Gobierno brasileño adopta una política contraria al derecho indígena y de omisión ante las graves violaciones de derechos humanos que sufren los indios. El Presidente llegó a declarar en las transmisiones de sus declaraciones en redes sociales que “Cada vez más, el indio es un ser humano igual a nosotros. Entonces, vamos a hacer que el indio se integre a la sociedad y sea realmente dueño de su tierra indígena, eso es lo que nosotros queremos aquí” (BOLSONARO en GLOBO, 2020). Revelando con estas palabras la desconsideración de la dignidad humana de los indios y su visión asimilacionista, que considera al indio como una categoría transitoria que debe integrarse a dicha comunión nacional. En su discurso de apertura de la 74ª Asamblea General de las Naciones Unidas- ONU, él declaró:

Hoy, el 14% del territorio brasileño está demarcado como tierra indígena, pero es necesario entender que nuestros nativos son seres humanos, exactamente iguales a cualquiera de nosotros. Ellos quieren y merecen disponer de los mismos derechos que todos nosotros.

Quiero dejar en claro: Brasil no va a aumentar al 20% su área ya delimitada como tierra indígena, como algunos jefes de Estados gustaría que sucediese.

Ahora, Brasil tiene un presidente que se preocupa por aquellos que ya estaban antes de la llegada de los portugueses. El indio no quiere ser latifundista pobre encima de tierras ricas. Especialmente de las tierras más ricas del mundo. Es el caso de las reservas Ianomâmi y Raposa Serra do Sol. En esas reservas, hay una gran abundancia de oro, diamante, uranio, niobio y tierras raras, entre otros. (BOLSONARO in BRASIL, 2019)

Así, el Gobierno Brasileño incentiva la invasión de las tierras indígenas y el *garimpo* en tierras indígenas, tanto por acciones gubernamentales, como por un discurso público simbólico de incentivo para que la población la promueva

³⁵ Autos del asunto n°: 1013671-10.2020.4.01.0000

con esperanzas de la regularización de las invasiones y de la regularización del *garimpo*. Se cita como ejemplo de acción gubernamental en ese sentido la Medida Provisoria 190³⁶, que objetiva la regularización fundiaria de tierras ocupadas de la Unión. Esa medida provisoria prevé ofrecer amnistía a los ocupantes de tierras públicas y regularizar la propiedad del inmueble por medio de cumplimiento de un registro de auto declaración de posesión del inmueble. Ese incentivo resulta en una triste y explícita realidad: el aumento de la invasión de tierras indígenas, de los incendios, de la deforestación y de los impactos socioambientales que afectan a los indios en el período de 2019 a 2020, conforme lo demostraron los datos presentados.

5. Conclusión

El texto constitucional determina que la minería en tierras indígenas depende de la autorización del Congreso Nacional y que las comunidades deben ser consultadas. Para la instalación de los emprendimientos de minería de forma legal en las comunidades indígenas, se debe realizar la Consulta libre, previa e informada. La consulta no puede ser un mero acto protocolar, puesto que la decisión de la comunidad indígena debe vincular a la decisión pública, especialmente en los casos que se exige el consenso. Como la minería afecta el uso del territorio e involucra el desplazamiento parcial o total de las comunidades indígenas de sus territorios; las licencias públicas ambientales sólo pueden ser concedidas a las mineras con el consentimiento de las comunidades indígenas que pudieran ser afectadas.

Las comunidades indígenas sufren con las presiones para las instalaciones de emprendimientos mineros en sus territorios y con la violencia de la minería ilegal, el *garimpo*. La minería afecta sobremanera las vidas de los pueblos indígenas y su relación con el territorio, resultando en impactos de orden ambiental, social y de la salud.

El Estado debería proteger los derechos indígenas, así como sus territorios y los bienes ubicados en ellos. El Gobierno Brasileño, en contramano a su deber constitucional, incentiva la minería en las tierras indígenas como proyecto de gobierno promoviendo acciones gubernamentales, tales como la proposición del Proyecto de Ley- PL 191/2020 y la emisión de la Medida Provisoria 190.

³⁶ Transformada en el PL 2633.

No obstante, el Estado es omiso ante las graves violaciones de derechos humanos a las cuales las comunidades indígenas son sujetas. Esa omisión se releva especialmente ante los daños socioambientales provenientes del *garimpo*.

Para la resolución de la dicotomía Explotación económica de las tierras indígenas *versus* Protección ambiental, se propone la reflexión sobre las actividades económicas sostenibles y el reconocimiento del patrimonio ambiental como bien intangible y de valor incalculable. Para que los derechos indígenas sean asegurados, las actividades económicas deben ocurrir con el acuerdo de las comunidades indígenas, preferencialmente con la participación directa de los pueblos indígenas y resultando en la generación de renta para los indios. Se citan como ejemplo de actividades económicas sostenibles desarrolladas por las comunidades indígenas: la venta de productos extraídos de la naturaleza (ej.: açaí, cacao, cupuazú), el turismo de base comunitaria, venta de productos de la agricultura familiar y venta de artesanías y piezas de arte.

La humanidad no puede olvidar que la calidad de vida de esta y de las futuras generaciones, así como la existencia de la especie humana está condicionada a la preservación ambiental. El hombre es parte integrante del medio ambiente, y no puede portarse como agente externo. Las comunidades indígenas han desempeñado un importante papel social como guardianes de la naturaleza, pues su relación con el medio ambiente es de pertenencia espiritual, cultural y de identidad colectiva. Se registra a continuación la petición del Cacique Raoni Metuktire, Kayapó:

Pedimos que usted pare lo que está haciendo, pare la destrucción, pare su ataque a los espíritus de la Tierra. Cuando usted corta los árboles, agrede los espíritus de nuestros ancestros. Cuando usted busca minerales, atraviesa el corazón de la Tierra. Y cuando usted derrama venenos en la tierra y en los ríos – productos químicos de la agricultura y mercurio de las minas de oro – usted debilita los espíritus, las plantas, los animales y la propia tierra. Cuando usted debilita la tierra de ese modo, ella comienza a morir. Se la tierra muere, si nuestra Tierra muere, ninguno de nosotros será capaz de vivir, y todos nosotros también moriremos. (METUKTIRE in MIDIA NINJA, 2019).

Referencias bibliográficas

AGÊNCIA PÚBLICA, 2020. Disponible en <https://apublica.org/2020/02/a-mineracao-em-terra-indigena-com-nome-sobrenome-e-cnpj/>, consultado el 19 de agosto de 2020.

ANAYA, James, 2012. Disponible en: <https://consultarapanui.wordpress.com/2012/11/30/carta-del-relator-james-anaya-presentando-informe-de-comentarios-sobre-propuesta-de-consulta/>, visitado el 19 de agosto de 2020.

BRANDÃO, Adelino. **Direito racial brasileiro: teoria e prática**. Juarez de Oliveira, Ribeirão Preto, 2002.

BRASIL, 2019. **Discurso de abertura da 74ª Assembleia Geral da ONU**. Disponible en: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/discursos-artigos-e-entrevistas-categoria/presidente-da-republica-federativa-do-brasil-discursos/20890-discurso-do-presidente-jair-bolsonaro-na-abertura-da-74-assembleia-geral-das-nacoes-unidas-nova-york-24-de-setembro-de-2019>, consultado el 19 de agosto de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. **Decreto Presidencial 5051 de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

BRASIL. **Lei 6.001 de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio.

BRASIL. **Projeto de Lei- PL 191**. 2020

CACI. Disponible en <http://caci.rosaluxspba.org/>, consultado el 19 de agosto de 2020.

CIMI, 2019. Disponible el <https://cimi.org.br/2019/09/a-maior-violencia-contr-a-os-povos-indigenas-e-a-apropriacao-e-destruicao-de-seus-territorios-aponta-relatorio-do-cimi/>, consultado el 19 de agosto de 2020.

CURI, Melissa Volpato. Aspectos legais da mineração el terras indígenas. **Revista de Estudos e Pesquisas, FUNAI, Brasília**, v. 4, n. 2, p. 221-252, 2007.

GLOBO, 2020. Disponible en <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/24/cada-vez-mais-o-indio-e-um-ser-humano-igual-a-nos-diz-bolsonaro-em-transmissao-nas-redes-sociais.ghtml>, consultado el 19 de agosto de 2020.

GREENPEACE, 2020. Disponible en <https://www.greenpeace.org/brasil/blog/desmatamento-em-terras-indigenas-aumenta-64-nos-primeiros-meses-de-2020/>, consultado el 19 de agosto de 2020.

IBGE. Disponible en <https://www.ibge.gov.br/geociencias/cartas-e-mapas/mapas-regionais/15819-amazonia-legal.html?=&t=o-que-e>, consultado el 19 de agosto de 2020.

Manifesto do Piraçu. Disponible en <https://amazonialatitude.com/2020/01/20/manifesto-piaracu-exige-respeito-aos-direitos-indigenas/>, consultado el 19 de agosto de 2020.

MIDIA NINJA. Disponible en: <https://midianinja.org/news/nos-povos-da-amazonia-estamos-cheios-de-medo-em-breve-voce-tambem-terao-diz-cacique-raoni/>, consultado el 19 de agosto de 2020.

NEXO, 2020. Disponible en <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/04/18/Como-a-pandemia-agrava-o-risco-de-invas%C3%B5es-em-terras-ind%C3%ADgenas#:~:text=As%20invas%C3%B5es%20a%20terras%20ind%C3%ADgenas,e%20bateram%20recorde%20em%202019.&text=Ao%20todo%2C%20153%20%C3%A1reas%20foram,do%20tipo%20em%2012%20meses.> Consultado el 19 de agosto de 2020.

OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Povo Saramaka vs. Suriname**. Sentença de 28 de novembro de 2007.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. 2008.

PNUD. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**, 2015. Disponible el: <http://www.pnud.org.br/ODS.aspx>, visitado el 19 de agosto de 2020.

SOCIOAMBIENTAL, 2019. Disponible el <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/isa-mostra-terras-indigenas-mais-afetadas-por-incendios-na-amazonia-brasileira>, consultado el 19 de agosto de 2020.

SOCIOAMBIENTAL, 2020. Disponible el <https://covid19.socioambiental.org/>, consultado el 19 de agosto de 2020.

SUCHANEK, Márcia Gomes. **Povos indígenas no Brasil: De escravos à tutelados. Uma difícil reconquista da liberdade**. Confluências, Niterói, vol. 12, n.1, 2012.

DESARROLLO, MEDIO AMBIENTE Y MINERÍA EN TIERRAS INDÍGENAS: UN ENSAYO SOBRE LOS DESAFÍOS REGULATORIOS

Ana Luiza Garcia Campos³⁷

Resumen: Frente a la crisis ambiental nos hallamos ante la necesidad de desarrollar nuevas perspectivas para el Derecho Ambiental, lo cual demanda la remodelación del paradigma actual. Algunos de los presupuestos presentes en esta discusión son: la necesidad de instrumentos integrados enfocados en el planeamiento, anteriores a la toma de decisión, que congreguen a los diversos actores involucrados, así como la sustitución de la perspectiva sectorial y fragmentaria de legislación actual por una norma de valoración cíclica que parta de un modelo de desarrollo arraigado en la capacidad de soporte de los ecosistemas y en la ampliación de las libertades sustantivas de las comunidades implicadas. Esta cuestión adquiere inclusive una mayor relevancia cuando se tiene en cuenta la conducción de las actividades mineras, las que de hecho, poseen atributos diferenciales y todavía son uno de los sectores estratégicos para el país, pero que por otro lado, son significativamente impactantes desde el punto de vista socioambiental. La posibilidad de ejecutar la mencionada actividad en tierras indígenas encierra una cuestión bastante controversial que atraviesa la estructuración de esa nueva mirada de la reglamentación ambiental. El presente artículo analiza inclusive

³⁷ Professora de Direito Ambiental no curso de Direito e no Mestrado em Desenvolvimento Sustentável e Extensão da Universidade Federal de Lavras (UFLA). Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Ambiental (NEDAM). Doutora em Direito, subárea Direito Ambiental pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito, subárea Direito Ambiental pela Universidade de São Paulo (USP). Foi bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do estado de São Paulo FAPES

algunos de los proyectos de ley para la minería en tierras indígenas y describe algunos de sus principales desafíos.

Palabras clave: regulación ambiental, desarrollo, minería en tierras indígenas

Introducción

Brasil se posiciona competitivamente en el mercado internacional de la minería gracias a la cantidad y calidad de las minas existentes en su superficie. El área de la minería está presente en varios de los sectores de la economía primaria hasta la terciaria, y representa diferentes fases de desarrollo que van desde el ejercicio de *garimpagem* (minería independiente y artesanal), hasta las más avanzadas técnicas de ingeniería minera y geológica. Paralelamente, la actividad minera es altamente degradadora, y en muchos casos, la condición socioeconómica de la población local no acompañó el desarrollo del sector minero.

No obstante, es correcto afirmar que en Brasil, en los últimos treinta años, se ha dado el crecimiento y la evolución del Derecho Ambiental, y de manera notoria después de la Constitución de la República de 1988, introduciéndose nuevos instrumentos jurídicos como la Licencia Ambiental y la necesidad de Estudios de Impacto Ambiental; sin embargo, no podemos olvidar que aún existen obstáculos que necesitan ser transpuestos para la efectiva puesta en funcionamiento de ese sistema normativo, particularmente en lo referido a la minería en espacios territoriales especialmente protegidos, como las tierras indígenas.

De hecho, se trata de un sector económico estratégico que posee como característica recursos naturales nítidamente no renovables y como distintivo intrínseco la rigidez de las locaciones, y que por otro lado, es capaz de desencadenar una serie de impactos ya sea de orden ambiental o social.

En este sentido, el objetivo del presente artículo es discutir a partir de un modelo de desarrollo que sea capaz de ampliar las capacidades de los agentes, e indagar algunos de los principales desafíos para la implementación de un reglamento normativo de utilización de los recursos naturales que sea socialmente justo y ambientalmente más adecuado.

Por esto, a fin de realizar un mejor abordaje del objeto propuesto y de sistematizar las informaciones recogidas, el artículo estará organizado en tres secciones: la primera orientada hacia la contextualización de la materia y la

evolución de las normas ambientales, la segunda dirigida hacia las discusiones sobre el desarrollo, y la tercera hacia la conjugación de las dos primeras con los aspectos específicos de la minería en tierras indígenas. Al final serán presentadas las consideraciones finales, aun así, sin pretensiones de haber agotado el tema; por el contrario, el objetivo central del presente trabajo es trazar las líneas iniciales de la discusión. Desde esta perspectiva, se trata de una investigación exploratoria y bibliográfica cuyo intento es la construcción de una estructura teórica más idónea para el análisis crítico de la temática.

1. Minería y medio ambiente: contexto y evolución normativa

La historia de Brasil está íntimamente relacionada con la exploración de recursos minerales. De acuerdo con datos del IBRAM (Instituto Brasileño de Minería) de 2018, Brasil “exportó en 2017 un volumen de más de 403 millones de toneladas de bienes minerales, y generó divisas de US\$ 28,3 billones. Este valor representó el 13% de las exportaciones totales de Brasil y el 30,5% de la balanza comercial”, y además, según la misma fuente la “industria extractiva de minerales también tiene participación en el Producto Interno Bruto (PIB) y representa el 1,4% de todo el PIB de Brasil”³⁸.

El subsuelo brasileño posee importantes reservas minerales. Partes de esas reservas son consideradas significativas cuando son posicionadas mundialmente. El país es el segundo productor mundial de bauxita y alúmina, el segundo mayor productor de mineral de hierro y posee, en razón de las grandes inversiones que han sido realizadas, la capacidad de ser uno de los grandes productores mundiales de aluminio³⁹.

Sin embargo, se observa que, vinculado a los beneficios económicos advenidos de la exploración mineral y de presentarse este sector como un área estratégica para el país, esta actividad acarrea grandes impactos socioambientales.

En Brasil, los principales problemas ambientales provenientes de la minería pueden ser englobados como: polución del aire, polución del agua,

³⁸ IBRAM. Informe Anual de Actividades – julio de 2017 a junio de 2018. Disponible en: https://portaldaminerao.com.br/ibram/wpcontent/uploads/2018/07/Diagrama%C3%A7%C3%A3o_Relat%C3%B3rioAnual_vers%C3%A3oweb.pdf. Consultado el día 20 de septiembre de 2020.

³⁹ Datos del Senado Federal. Subcomisión Temporal de la Reglamentación de los Marcos Regulatorios. Comisión de Asuntos Económicos. 2007. Disponible en: http://www.senado.gov.br/sf/comissoes/cae/ap/AP_20070910_IBRAM_Minerao.pdf. Accedido el día 20 de septiembre de 2020.

contaminación sonora y contaminación del suelo; agregándose a estos los conflictos con las poblaciones, principalmente cuando ésta es realizada en las proximidades de áreas urbanas y cuando la actividad impacta pueblos y comunidades tradicionales, a falta de una fiscalización satisfactoria por parte de los órganos públicos responsables y el abandono de la actividad sin que sea realizada la debida recuperación del área. Decimos, de esta forma, que la minería genera, como consecuencia, un conjunto de efectos no deseados que pueden ser denominados externalidades, ya que los costos (impactos) son soportados por agentes externos a la relación jurídica principal.

Podemos observar, incluso, que la búsqueda por la internalización de esas externalidades -como la preocupación por los impactos generados al medio ambiente y las comunidades afectadas-, tardó en aparecer en el ordenamiento patrio. Como ya se sabe, el Código de Minería es anterior a la legislación ambiental propiamente dicha y en su redacción original no había a disposición ninguna regla que abordara directamente estos aspectos.

La preocupación sobre los impactos de la Minería sólo ganará un espacio más amplio con el art. 225, § 2º de la Constitución de la República de 1988, que impone al explotador de la actividad minera la responsabilidad de recuperar el daño ambiental causado por dicha actividad, consistente en la obligación de recuperar el medio ambiente degradado, de acuerdo con la solución técnica exigida por el organismo público competente, de conformidad con la ley.

Además del dispositivo antes mencionado, la minería, por ser una actividad de extracción y procesamiento de recursos minerales y, por lo tanto, tener un impacto ambiental significativo, está sujeta a las demás normas contenidas y derivadas del artículo 225 de la Constitución de 1988. Así, por disposición del artículo 10, de la Ley n.º 6.938/81 y artículo 2º, IX, de la Resolución n.º 001/86, del CONAMA, la actividad minera también está sujeta al régimen del licenciamiento ambiental. Este será realizado en conformidad a determinadas particularidades existentes en la extracción mineral y prevista en la legislación concerniente a la minería.

A lo largo del tiempo, además de algunas normas más específicas como la Ley n.º 7.805/1989⁴⁰ y diversos actos administrativos normativos⁴¹, fueron

⁴⁰ Art. 3º la concesión del permiso de realizar actividad garimpera depende de previa licencia ambiental concedida por el organismo ambiental competente.

Art. 16 La concesión minera depende de la autorización previa del organismo ambiental competente.

Art. 17. La realización de trabajos de búsqueda y actividad minera en áreas de conservación dependerá de la previa autorización del organismo ambiental que las administre.

creados diferentes instrumentos preventivos y restrictivos de gestión ambiental, sin embargo ninguno de ellos ganó tanta notoriedad como el Licenciamiento Ambiental. En términos generales el Licenciamiento Ambiental es uno de los Instrumentos de la *Avaliação de Impacto Ambiental* (AIA), en español “Evaluación del Impacto Ambiental”, que consiste en un procedimiento administrativo, que sigue una sucesión ordenada de actos que resultan en la licencia ambiental propiamente dicha. Entre los documentos más importantes y necesarios para la obtención del permiso, podemos destacar el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y su respectivo *Relatório de Impacto Ambiental* (RIMA), en español “Informe de Impacto Ambiental”.

Paulo de Bessa Antunes, al analizar los aspectos y objetivos del EIA, afirma que: “el Estudio de Impacto Ambiental tiene por finalidad principal la de auxiliar, dentro de sus límites específicos, la consecución plena y total de los objetivos fijados por la Política Nacional del Medio Ambiente, conforme fue fijado por la Ley n.º 6.938/1981.”⁴²

Discusiones científicas y estudios empíricos han expuesto, inclusive, que además de los impactos ambientales descriptos, la minería genera impactos sociales y discusiones sobre su propia viabilidad. Estos debates han demostrado que la minería posee un fuerte componente geográfico -colmado de peculiaridades como el tipo de mineral explorado y la rigidez de las locaciones- que puede ser asociado al componente histórico, sea antes o después de las exigencias legales, y que interfiere directamente en la forma en que se lidia con los impactos resultantes de esta actividad.

El costo-beneficio de la implementación real de las disposiciones insertas en el procedimiento termina generando una postura reactiva del sector minero, lo que contribuye a que muchas veces la licencia ambiental sea vista como un procedimiento moroso y poco atractivo para el sector.

Incluso puede verificarse que muchos municipios que reciben ingresos derivados de la actividad minera no planean su uso, tampoco invierten en otros sectores de la economía como forma de prepararse para la ausencia de

Art. 18. Los trabajos de búsqueda o actividad minera que causasen daños al medio ambiente son objeto de suspensión temporal o definitiva, de acuerdo con el parecer del organismo ambiental competente.

Art. 19. El titular de una autorización de búsqueda, permiso para realizar actividad garimpera, concesión para actividades mineras, licencia o manifiesto de mina, es responsable por los daños causados al medio ambiente.

⁴¹ Por ejemplo la Consolidación Normativa prevista en la Ordenanza n.º 155 de 12 de mayo de 2016 del antiguo DNPM (Departamento Nacional de Producción Mineral).

⁴² ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 7^a. ed. revistada, ampliada y actualizada, 2012.p.364

éstas cuando la minería cese en su territorio⁴³. Asimismo, algunas regiones han crecido al margen de grandes emprendimientos mineros, sin ningún tipo de planeamiento urbanístico, careciendo de infraestructura sanitaria, sistema de cloacas, suministro de agua y luz, formando verdaderos bolsones de pobreza⁴⁴.

Además, es preciso resaltar la escasa participación de la población. En muchos casos, las poblaciones residentes en las áreas afectadas por los emprendimientos se encuentran ajenas al proceso de toma de decisión, sin conocer de hecho cuáles serán los beneficios, riesgos y perjuicios de la implementación de actividades de esta naturaleza en sus regiones; sin que el poder público y los emprendedores creen mecanismos para esas discusiones, demostrando que el proceso de licenciamiento ambiental es insuficiente para regular todos estos aspectos, ya que se inclina normalmente hacia la evaluación específica de los impactos ambientales, e incluso no poseyendo a veces las condiciones, en razón de los objetivos para los cuales fue creado, de regular otros aspectos relacionados a las externalidades sociales generadas por la actividad en cuestión.

Frente al contexto expuesto y reconociendo la problemática que implica la minería, su dimensión económica, estratégica y la gestión de todos los problemas socioambientales derivadas de ella, además de la reglamentación e implantación de instrumentos de planeamiento y diagnóstico como la Zonificación Ecológico Económica (ZEE's) y la *Avaliação Ambiental Estratégica* (AAE) -en español "Evaluación Ambiental Estratégica"- analizándose efectivamente cuál es el papel del Licenciamiento Ambiental, enfrentando la baja calidad de los estudios y la inejecución de la programación descrita en los mismos, planes, programas, evaluaciones, informes y contratos allí firmados y en las condicionantes, es fundamental la discusión, en estos casos, sobre el papel de la actividad minera en la consecución de objetivos más sustentables.

Sin embargo, es necesario hacer antes un breve análisis de la propia estructura regulatoria del Derecho Ambiental y de cómo precisa ser reevaluada para dar cuenta de la complejidad inherente a los tiempos actuales.

⁴³ Enríquez. Maria Amélia. *Mineração: Maldição ou Dádiva?* São Paulo: Signus. 2008.

Ver también: GRANZIERA, Maria Luiza Machado. ANDRADE. Laura Nazaré Rocha. *Proteção das Florestas, Mineração na Amazônia e a necessidade de ajustes para eficácia no emprego da CFEM.* Congresso Internacional de Direito Ambiental: Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos/coords. Antônio Herman Benjamin, Carlos Teodoro Irigaray, Eladio Lecey, Sílvia Cappelli- São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010, p. 359 a 366.

⁴⁴ Reportaje del Jornal da Globo Cidade de Parauapebas cresceu sem estrutura ao lado da mina de Carajás. Edición del día 19/05/2010. Disponible en: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2010/05/cidade-de-parauapebas-cresceu-sem-estrutura-ao-lado-da-mina-de-carajas.html>>. Estudo Arte e Cidade. Disponible en: <http://www.pucsp.br/artecidade/mg_es/portugues/territorio/situacoes/itabira01.htm>.

La Constitución de la República promulgada en 1988, cumplió un importante papel al establecer el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado como un derecho fundamental, garantizado en el art. 5º, caput, elemento integrante del principio de la dignidad de la persona humana, art. 1º, inciso III, dotándolo de eficacia inmediata y previendo un inequívoco deber de no degradar.

En su texto, albergó derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, elevándolos a la cima de la jerarquía del ordenamiento jurídico. En cuanto al aspecto económico, es imprescindible resaltar lo previsto en el art. 170, III y VI, que condiciona el orden económico y consecuentemente las actividades económicas al cumplimiento de la función social de la propiedad y de los requisitos ambientales.

Esa conquista es el punto álgido de un momento histórico de producción de diplomas normativos de protección ambiental que se intensificó a partir de 1970. Hasta la década de los 70, existía la edición de leyes y decretos que buscaban proteger los elementos naturales de forma aislada, sin prestar atención a las relaciones de interdependencia entre ellos, y tampoco atendiendo a la necesidad de recuperación y manutención del equilibrio ecológico⁴⁵.

En los años 70, la propagación de los movimientos con la intención de llamar la atención de la sociedad sobre los crecientes problemas ambientales, vinculados a la publicación de obras como el Informe “MAB” de la Unesco en 1970 y “Primavera Silenciosa”, de Rachel Carson, bióloga que alertaba sobre el fenómeno de la contaminación a larga distancia, contribuyeron al desarrollo de una conciencia ambiental, así como intensificó la preocupación en regular el uso de los recursos naturales.

En 1972, la realización de la Conferencia de Estocolmo representó un hito en el pensamiento del Siglo XX, al considerar la variable ambiental en todas las actividades humanas, basadas en las consideraciones formuladas por el Club de Roma (MIT el Informe Meadows) que preveía la insuficiencia en la reposición de recursos como consecuencia de la acción antrópica sobre el medio ambiente; soluciones como la desaceleración del desarrollo comenzaron a ser planteadas, a pesar de la fuerte oposición de los países en desarrollo de la época.

En Brasil, la Política Nacional de Medio Ambiente (PNMA), Ley nº 6.938/1981, fue el primer diploma normativo en proporcionar un abordaje

⁴⁵ BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. Proteção do meio ambiente na Constituição da República. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

jurídico más holístico y sistémico sobre el medio ambiente, instituyendo los principales instrumentos de la política ambiental en el territorio nacional.

Sin embargo, sucede que a pesar de los indiscutibles avances provenientes de la Ley n.º. 6938/81 y de la Constitución de la República de 1988, la reglamentación ambiental terminó por desarrollarse basada en el control de la degradación ocasionada por las instalaciones productivas de grande porte, con hincapié en la polución industrial y en los impactos de los emprendimientos extractivos de recursos y/o generadores de energía, y menos en los efectos ecológicos de los resultados de esos procesos de producción.

La principal técnica regulatoria utilizada en las normas posteriores fue, y todavía es en su mayor parte, el establecimiento de límites cuantitativos/cualitativos al empleo de sustancias aisladamente consideradas dañinas a la salud y al medio ambiente.

El mencionado abordaje se presenta como sectorial y fragmentario, en la medida en que se enfoca normalmente en una única etapa del circuito económico y en fuentes fijas; en el caso de la minería, no se evalúan las fuentes difusas que forman parte del proceso de distribución del producto, como lo son los transportes asociados a la producción y distribución del mismo.

Según Cipriano⁴⁶ “tradicionalmente el Derecho Ambiental, incluso el brasileño, se orientó, principalmente, hacia los procesos extractivos de mayor porte, los procesos productivos de grandes instalaciones industriales y al control de la degradación ambiental (contaminación) ocasionada por éstos”.

En los términos desarrollados por el autor antes mencionado, el Derecho Ambiental convencional está marcado por un abordaje eminentemente sectorial, teniendo en cuenta que se plantea – en primer lugar – tratar aisladamente determinados medios o componentes ambientales (recursos hídricos, atmósfera, suelo), incluyendo el establecimiento de límites de emisión para algunos tipos de contaminantes o restricciones en el empleo de ciertas categorías de sustancias peligrosas, y en segundo lugar focalizar las unidades productivas, dando ejemplos de la disciplina jurídica del licenciamiento ambiental⁴⁷.

El modelo aludido es bastante criticado porque termina permitiendo el desplazamiento de la contaminación de una forma/medio hacia otra

⁴⁶ CIPRIANO, Tasso Alexandre Richetti Pires. A Juridificação dos Resíduos no Brasil. En: PHILIPPI JR., Arlindo; FREITAS, Vladimir Passos de; SPÍNOLA, Ana. Direito Ambiental e Sustentabilidade. São Paulo: Manole, 2016. p.160/161.

⁴⁷ Ídem.

forma/medio y porque no busca eliminarla, además de ocuparse más de la mitigación de los problemas ambientales ya creados – o sea, de la administración de sus consecuencias - y menos de la prevención de los mismos. Un tercer aspecto está asociado al hecho de que las grandes unidades extractivas y productivas constituyen el blanco principal de la regulación ambiental convencional, lo cual descuida otras fuentes de degradación como los servicios y la agricultura que son solo aisladamente menos impactantes⁴⁸.

Como una tentativa de enderezar esas críticas, es fundamental ampliar el horizonte de la regulación ambiental, de manera que ésta pase a ocuparse también de los aspectos ecológicos y sociales asociados a todo el ciclo productivo, tratándose de una reorientación para que pase a regularse el flujo de materiales.⁴⁹

La perspectiva cíclica en cuestión presenta una serie de desafíos, especialmente la necesidad de un abordaje interdisciplinar y multifacético que sólo será posible con el avance de la concepción del desarrollo.

2. Desarrollo y crisis ambiental

La etapa actual en la que se encuentra inmersa la sociedad contemporánea se distingue por un proceso de transformación. El crecimiento económico y la llegada de nuevas tecnologías, frutos de un intenso proceso de modernización, conllevaron en su interior, además de los avances en varias áreas, contrariedades y estancamientos. En este contexto asistimos al nacimiento y a la expansión de la sociedad de riesgo.

A pesar de ser el resultado de movimientos de reestructuración vislumbrados a partir de un sistema de crisis, muchas veces la sociedad de riesgo continúa guiándose por viejos mecanismos que ya no responden a la actual configuración de los riesgos.

Delante de la exigencia de seguridad, la racionalidad de la irresponsabilidad organizada presenta modelos de normalidad que se alejan de la realidad, agravando la crisis ambiental; específicamente, en lo que respecta a la minería, siguen existiendo un conjunto de prácticas altamente impactantes, incluso con tecnología y recursos humanos capaces de alterarlas. En Brasil, por ejemplo, las empresas mineras Samarco y Vale corresponden a esta categoría.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ Ídem, p. 162/163.

La toma de consciencia de la crisis ambiental ha estallado, principalmente, a partir de la constatación de que las condiciones tecnológicas, industriales y las formas de organización y gestiones económicas de la sociedad están en conflicto con la calidad de vida⁵⁰. Por crisis ambiental se entiende la insuficiencia de recursos naturales y las diversas catástrofes a nivel global, surgidas a partir de las acciones degradadoras del hombre en la naturaleza. De acuerdo con LEITE y AYALA, “la sociedad de riesgo es aquella que, en función de su crecimiento económico, puede sufrir en cualquier momento las consecuencias de una catástrofe ambiental”⁵¹.

En general, la sociedad utilizaba y continúa utilizando, el principio de la familiaridad en el tratamiento de nuevas tecnologías, que Nodari -a partir de las enseñanzas de José Eli da Veiga- describe de la siguiente manera: “avanzar mientras no haya prueba de que las consecuencias de esa novedad sean realmente nocivas”.⁵²

Alexandra Aragão, al defender la necesidad de evolución hacia un Estado Ecológico de Derecho en el Antropoceno (nuevo paradigma científico), sintetiza con bastante claridad el momento que vivimos:

1. Estamos cambiando profundamente la Tierra; 2. Sabemos que muchos de esos cambios tendrán efectos negativos; 3. Comprendemos porqué y cómo ocurren las alteraciones. Enseguida, tenemos el deber de evitar futuros cambios negativos y de promover las alteraciones institucionales y jurídicas necesarias para revertir las tendencias.⁵³

La diferencia es que lo que se espera del Derecho en el momento actual es la configuración jurídica de las obligaciones. En el Estado de Derecho, las obligaciones jurídicas de protección del ambiente se reducían al deber de realizar un esfuerzo para evitar daños ambientales y, en la medida de lo posible, mejorar

⁵⁰ LEITE, José Rubens Morato. AYALA; Patryck de Araújo. Dano ambiental do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática - 3.ed.rev., atual e ampl.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 25

⁵¹ LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. Dano ambiental do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática - 3.ed.rev., atual e ampl.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.113

⁵² NODARI, Rubens Onofri. Prefácio de Desvendando os organismos transgênicos: as interferências da sociedade de risco no estado de direito ambiental/ Helini Sivini Ferreira.- Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

⁵³ ARAGÃO, Alexandra. O Estado de Direito Ecológico no Antropoceno e os limites do planeta. In: LEITE José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (Org). Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017, p.21/22.

la calidad del ambiente. En el Antropoceno, la obligación es alcanzar resultados en la prevención eficaz de daños ambientales y en la mejoría real de la calidad del ambiente y de la vida de las personas⁵⁴.

Para ello, resulta necesario repensar el debate sobre el desarrollo. La discusión sobre el desarrollo, especialmente la tentativa de querer comprenderlo en toda su complejidad y de buscar caminos para alcanzarlo, no es algo nuevo. En su formato actual, la preocupación sobre los efectos del proceso de crecimiento económico en el padrón de vida de la sociedad, está presente por lo menos hace sesenta años.

José Eli da Veiga resalta que durante mucho tiempo la expresión desarrollo fue utilizada como sinónimo de crecimiento económico⁵⁵. Hasta mediados de los años 60, no se discutía acerca de esta cuestión; la idea central en la que se basaba la mencionada discusión se ceñía a la posibilidad de que los países pobres se convirtieran en países ricos. Sin embargo, este modelo fue colocado en jaque cuando estudios demostraron que aquellos países que a partir de la década del 50 crecieron económicamente de forma considerable, no obtuvieron el mismo crecimiento en otras áreas como salud, educación, distribución de la renta y calidad ambiental.

Por lo tanto, se infiere que la crisis ambiental se configura en un agotamiento de los modelos de desarrollo económico e industrial experimentados. De hecho, el modelo proveniente de la revolución industrial, que prometía el bienestar para todos, no cumplió aquello que prometió, pues, a pesar de los beneficios tecnológicos, trajo consigo principalmente la devastación ambiental planetaria e indiscriminada.⁵⁶

Más allá de que esa concepción reductora haya predominado por décadas, el conocimiento empírico demuestra que el desarrollo no es consecuencia lógica y natural del crecimiento económico. De acuerdo con Sachs, el crecimiento económico es, sin duda, necesario, pero no suficiente para garantizar el desarrollo. El modelo de desarrollo propuesto por la modernidad perdió de vista esta amplitud y, siendo así, cumplió parcialmente con sus designios.⁵⁷

⁵⁴ Ídem. p.31 e32.

⁵⁵ VEIGA, M. M. Agrotóxicos: eficiência econômica e injustiça socioambiental. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 145-152, 2007

⁵⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V. A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n.0, p.83-84, 1995 *Apud* LEITE, José Rubens Morato. AYALA; Patryck de Araújo. *Dano ambiental do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática - 3.ed.rev.,atual e ampl.- São Paulo: Revista dos Tribunais*, 2010. p. 25

⁵⁷ SACHS, Iganacy. Qual o desenvolvimento para o século XX?. In: BARRÈRE, Martine (Coord.) *Terra, patrimônio comum*. Trad. Estela dos Santos Abreu. São Paulo: Nobel, 1992.

Podemos observar que el modelo de desarrollo amparado a las dimensiones ilimitadas del crecimiento económico se proyectó como ajeno a la justicia social y a la prudencia ambiental, incitando a una readecuación de su progreso.

Así, una postura ante este conflicto tiende a remodelar la forma de desarrollo, con vistas a integrar el bienestar socioambiental como elemento de un nuevo modelo.⁵⁸

De este modo, ante la crisis ambiental feroz que sobrevino después de la segunda Guerra Mundial, el tema del desarrollo pasó a recibir nuevos marcos, agregándose principalmente el factor de la sustentabilidad. Éste propone la superación del modelo tradicional de desarrollo, sumando nuevos valores, y al comienzo considerado como “aquel que atiende las necesidades del presente sin comprometer la posibilidad de que las futuras generaciones atiendan sus propias necesidades”⁵⁹. Posteriormente, el desarrollo sustentable fue erigido sobre tres elementos: economía, sociedad y medio ambiente.⁶⁰

En otras palabras, los diversos problemas ambientales (polución del aire y del agua, acumulación de residuos sólidos y extracción irresponsable de recursos naturales no renovables) sonaban como una alerta a los niveles de industrialización y consumo humano acelerados y desordenados. Las proyecciones de ese entonces, introducidas en el Informe Brundtland, mostraban que el planeta Tierra no podría soportar, en un plazo de cien años, la carga a la que estaba siendo sometido, considerando las tazas de crecimiento poblacional. Al mismo tiempo, para algunos Estados, era inconcebible intentar parar el crecimiento, principalmente por parte de las naciones pobres, que todavía necesitaban alcanzar un mínimo nivel de desarrollo para sacar a su población de la miseria.

En ese contexto, los debates en el ámbito internacional en torno a las Conferencias de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente, generaron el consenso de que sería imposible en aquel momento parar el “crecimiento”, pero sí era cierto que las economías necesitaban crecer de otra forma. Se formaba, entonces, el presupuesto de que el desarrollo ya no podría ser atendido sin tener en consideración la variable ambiental y la finitud de los recursos naturales, además de la preocupación sobre las futuras generaciones.

⁵⁸ LEITE, José Rubens Morato. AYALA; Patryck de Araújo. Op cit p.23

⁵⁹ Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1988, p.46.

⁶⁰ Declaração de Joanesburgo sobre o desenvolvimento sustentável, 2002.

Con esto, el concepto de desarrollo económicamente eficiente, socialmente justo y ambientalmente correcto, parece contener los elementos básicos con los cuales todos demostraron estar de acuerdo. Sin embargo, ni los gobiernos ni los científicos pudieron todavía descubrir cómo aplicarlo en la práctica. Nadie conoce la receta para lograr ese desarrollo en escala regional, nacional y global. Ningún país del mundo logró, hasta hoy, crear una sociedad basada en un desarrollo sustentable, ni siquiera las naciones más desarrolladas que exponen esa idea.

La dificultad de traer a la realidad la idea de desarrollo sustentable, sumada a la facilidad con la que algunas personas e instituciones se apropian del término para legitimar sus actividades, llevó a que muchos comenzaran a dudar del propio concepto. Más allá de las ilusiones o desilusiones en exceso, el desarrollo sustentable es, ante todo, un desafío.

Cabe destacar, por lo tanto, que cualquier propuesta de superación de este desafío tendrá como presupuestos la revisión y el redimensionamiento del concepto de desarrollo. En este sentido, Ferreira señala que:

Es necesario dejar de lado gran parte del instrumental utilizado para descifrar y planear la modernidad, puesto que la fuerza analítica de los modelos vigentes carece de la complejidad necesaria para confrontar un escenario de alta contingencia. Y esa tendencia al enfrentamiento, debe mencionarse, pasa necesariamente por la cuestión ambiental, especialmente porque, ante un ideario de modernidad inacabado, las críticas parecen convergir hacia un punto común: los efectos no deseados creados y perpetuados por el proceso de modernización. Como se sabe, esas son consecuencias que recaen no solo sobre los hombres, sino también -y cada vez con más intensidad- sobre el medio ambiente.⁶¹

Concluimos, en este ínterin, que el camino necesario hacia la superación de un paradigma que solamente cumplió con parte de sus objetivos, requiere de nuevas perspectivas. En el aspecto ambiental, es necesario consumir y producir de forma que los ecosistemas garanticen su auto recuperación; en lo económico, el aumento de la eficiencia de la producción y del consumo, la eco-eficiencia (permanente evolución tecnológica) debe ser el punto de partida; y en lo social, que todos los ciudadanos tengan al menos lo necesario para una vida digna que les permita tomar decisiones libremente.

⁶¹ FERREIRA, Heline Sivini. Desvendando os organismos transgênicos: as interferências da sociedade de risco no estado de direito ambiental brasileiro – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p.9

Para que haya desarrollo son necesarios mucho más que buenos resultados económicos. Y, no es extraño, podemos observar consecuencias dañinas desde el punto de vista social, cultural y ambiental de un modelo centrado únicamente en la perspectiva económica, conforme ya lo hemos discutido anteriormente. “El proceso económico tradicional puede ser visto como una de las fuentes promotoras de la crisis ambiental, pues su teoría no incorpora a la naturaleza como parte del círculo productivo.”⁶²

En verdad, desde el siglo pasado, Celso Furtado⁶³ destacaba que la idea de desarrollo se refiere directamente a la realización de las potencialidades humanas. De forma que, según él, el desarrollo sucede cuando la expansión de la capacidad creativa de los hombres en las técnicas productivas y en la formulación de valores existenciales, conduce a su autodescubrimiento, enriqueciendo su mundo de valores materiales y espirituales y alcanzando vastos segmentos de la colectividad.

También desde esa óptica, Amartya Sen dilucida con mucho énfasis que la libertad (las libertades sustantivas) es el fin primordial y el medio principal del desarrollo. Por eso afirma: “El éxito de una sociedad debe ser evaluado, desde esta visión, primordialmente según las libertades sustantivas que los miembros de esa sociedad disfrutan.”⁶⁴ Para Sen, la utilidad de la riqueza está en las cosas que ella nos permite hacer, las libertades sustantivas que nos ayuda a obtener. Desde esta perspectiva, la riqueza no es un fin en sí mismo, sino más bien un camino para tener el tipo de vida que se valora.

Con el fin de intentar hacer operar ese nuevo paradigma de desarrollo, las medidas ideadas a partir de los presupuestos de la economía ecológica se han destacado como alternativas a las medidas tradicionales existentes en el paradigma dominante de la economía. “Su mérito está exactamente en provocar una ebullición en el pensamiento económico mecanicista edificado a lo largo de los siglos, a partir de la inversión de la mirada humana sobre la economía y la naturaleza, esto es, insertar la primera dentro de la segunda”⁶⁵

⁶² GONÇALVES, Ana Paula Rengel; JODAS, Natália. Reflexões sobre a economia ecológica enquanto propulsora de um Estado de Direito Ecológico. In: LEITE José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (Org). Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017, p.616.

⁶³ SOUZA, A. F. (2011). Celso Furtado: o dilema do subdesenvolvimento e o fator político na formação nacional - DOI: 10.5752/P.2237-8871.2011v12n16p64. *Cadernos De História*, 12(16), 64-85. <https://doi.org/10.5752/P.2237-8871.2011v12n16p64>

⁶⁴ SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.p.33

⁶⁵ GONÇALVES, Ana Paula Rengel; JODAS, Natália. Op. Cit. p. 621.

La economía ecológica examina (desde un enfoque reproductivo) las condiciones (sociales o de distribución de los patrimonios y rentas, temporales, espaciales) para que la economía (que absorbe recursos y emite residuos) se ajuste a los ecosistemas, observando también (desde un abordaje alcativo) la valoración de los servicios prestados por el ecosistema al subsistema económico⁶⁶.

De ese modo, “el objeto de la economía ecológica es la investigación de las condiciones sociales, distributivas, temporales, espaciales y patrimoniales para que la economía pueda insertarse en los ecosistemas, de modo que exista la problematización de una posibilidad o no de crecimiento económico y demográfico dentro de un ambiente limitado y finito”⁶⁷. Las soluciones son buscadas a partir de la compatibilidad con los límites físicos del planeta.

Otro punto relevante de discusión en el ámbito de la economía ecológica es la distribución de la riqueza. La distribución intra e inter especies de la riqueza es la capacidad de sustentar la vida y su goce, por eso, las cuestiones de la suficiencia y equidad de la distribución se relacionan con la capacidad de los ecosistemas⁶⁸, específicamente, para la especie humana, se trata de la justicia intergeneracional.

Así, a partir de la perspectiva de la generación actual y de un nuevo paradigma de desarrollo, la minería sólo puede ser considerada “sustentable” si además de minimizar sus impactos ambientales, fuese realizada respetando los límites de los ecosistemas y a partir de una perspectiva cíclica. En relación al aspecto intergeneracional, la garantía del bienestar de las generaciones futuras es la condición previa; lo que puede ser logrado mínimamente a partir del uso sustentado de las rentas que la minería ha proporcionado y de un amplio proceso de vinculación con las comunidades afectadas.

3. Regulación, desarrollo y minería en tierras indígenas

Las discusiones sobre la actividad minera en tierras indígenas ocurren desde la formación de la Asamblea Nacional Constituyente de 1988, cuando una propuesta intermedia logró la aprobación, permitiendo la exploración en

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ GONÇALVES, Ana Paula Rengel; JODAS, Natália. Op. Cit. p. 621.

cuanto sean obedecidas rígidas exigencias que salvaguardasen los intereses de las comunidades indígenas⁶⁹.

Así, la redacción del § 3º, del artículo 231 de la Constitución de la República de 1988, prevé la aprobación del Congreso Nacional, la consulta previa de las comunidades afectadas, así como, su participación en los resultados de la exploración minera, dejando la regulación del tema para el legislador infraconstitucional (art. 176, §1º), que deberá establecer condiciones específicas necesarias para la adecuada exploración de estas áreas⁷⁰.

Habiendo pasado tres décadas de la promulgación de la actual Constitución de la República de 1988, la cuestión aún no fue debidamente reglamentada por el parlamento, generando inseguridad jurídica, pero más que eso, contribuyendo a la intensificación de las disputas por el uso de la tierra.

A lo largo del tiempo, algunos proyectos de ley fueron presentados, como por ejemplo el PL 2.057, entre otros, del entonces diputado Aluício Mercadante orientado a la creación del Estatuto de las Sociedades Indígenas, dedicando un capítulo entero a la regulación de la actividad minera en tierras indígenas, y también el PL 1.610/96 que se destinaba a tratar específicamente la cuestión minera en tierras indias; el mencionado PL fue sustituido por la propuesta del diputado Eduardo Valverde en 2008⁷¹, y hasta hoy después de una serie de proposiciones de enmiendas que lo desnaturalizaron continua en tramitación. Recientemente, también fue presentado como propuesta del Poder Ejecutivo el PL 191/2020.

En relación al substitutivo de Valverde al PL 1610/96 debe considerarse como punto relevante la creación de un régimen jurídico especial para la exploración minera en las áreas en cuestión, previéndose la consulta a las comunidades afectadas y dependiendo de la autorización del Congreso Nacional, apartándose lo previsto en el Código de Minería, especialmente para estos casos, el derecho de prioridad⁷². Este aspecto es importante porque impediría la “parcelación” de las áreas indígenas y la especulación minera, el derecho de prioridad sería sustituido por un procedimiento licitatorio, en la modalidad de licitaciones públicas, donde la empresa que oferte la mejor propuesta firmaría

⁶⁹ FEIJÓ, Julianne Holder Da Câmara Silva. A constitucionalidade da mineração em terras indígenas. Direito econômico e da energia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/ Dom Helder Câmara. Belo Horizonte, 2015, p.204/205.

⁷⁰ Ídem.

⁷¹ Ídem.

⁷² Ídem.

contrato de concesión con el Poder Público⁷³. Además, la sustitución del derecho de prioridad por la licitación también es una de las medidas que consta en el PL que trata de la propuesta del *Novo Código de Mineração* (PL 5.807/2013), en español “Nuevo Código de Minería”. Entretanto, ese sustitutivo presentado por el entonces diputado Eduardo Valverde, no llegó a ser aprobado y fue encajonado.

A título de demostración, de acuerdo a lo expuesto por el dictamen elaborado por el ISA (Instituto Socioambiental) en 2005 existían cuarenta y cuatro (44) tierras indígenas con más de la mitad de sus subsuelos objeto de requerimientos de exploración mineral, dentro de los cuales, en 22 casos, tales requerimientos totalizan más del 90% del subsuelo indígena⁷⁴.

Un punto interesante del sustitutivo del diputado Valverde era que se dejaba en claro en cuáles situaciones no sería posible que existiera minería en una tierra indígena:

cuando fuese morada de pueblos aislados, o si hubiese invasores y conflicto por la posesión de la tierra, o incluso si el área todavía no tuviese su proceso de demarcación completado. Además, establecía que sólo debería haber exploración en caso de interés nacional – un yacimiento de alta relevancia de un mineral estratégico para el país – y exigía un riguroso proceso de aprobación, que pudiese comprobar la viabilidad económica y socioambiental del emprendimiento⁷⁵.

Ya en el año 2011, fue creada una nueva Comisión Especial y fue designado un nuevo relator - Édio Lopes- , sin embargo, la propuesta no contemplaba el derecho de consulta a los que serían afectados por la actividad en su integralidad; el texto era vago en relación a la hipótesis de la no implantación del proyecto, limitándose a decir que ocurrirían en tierras indígenas homologadas. El proyecto tampoco disponía sobre los pueblos aislados y permitía la presentación de estudios de impacto ambiental recién al final del procedimiento, cuando la decisión sobre su realización –en muchos casos- ya se encuentra tomada⁷⁶.

⁷³ FEIJÓ, Julianne Holder Da Câmara Silva. Op. cit. p.208-210.

⁷⁴ RICARDO, F. e ROLLA, A. (organização). *Mineração em Terras Indígenas na Amazônia Brasileira*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2005, p 13 *apud* VALLE, Raul Silva Telles do; BATISTA, Fernando; PINHEIRO, Carolina Martins. Parecer jurídico sobre o APL de mineração em terras indígenas. Disponible en: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/publicacoes/mineracao2013_v6.pdf. Accedido el: 01/10/2020.

⁷⁵ VALLE, Raul Silva Telles do; BATISTA, Fernando; PINHEIRO, Carolina Martins. Parecer jurídico sobre o APL de mineração em terras indígenas. p.90. Disponible en: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/publicacoes/mineracao2013_v6.pdf. Accedido el: 01/10/2020.

⁷⁶ VALLE, Raul Silva Telles do; BATISTA, Fernando; PINHEIRO, Carolina Martins. Op. cit. p. 91.

Tenemos otro aspecto dudoso de la propuesta en lo que respecta a la destinación de los recursos debidos por la minera a título de participación en los resultados de la exploración. Conforme el art.231 de la Constitución de la República de 1988, la exploración de los minerales que se encuentran en el subsuelo de tierras indígenas está condicionada a la obligación de la empresa vencedora de la licitación a destinar a la comunidad indígena afectada un porcentaje de su facturación derivada de la venta del mineral. No obstante, en los términos del proyecto de ley que nos ocupa, la primera mitad de los respectivos ingresos obtenidos sería destinada a un *Fundo de Compartilhamento de Receitas Sobre Mineração em Terras Indígenas* (FCRMTI), en español, “Fondo para Compartir los Ingresos Sobre Minería en Tierras Indígenas”, y la segunda mitad sería depositada en una cuenta bancaria y tendría el objetivo de “atender comunidades indígenas carentes y proporcionar el desarrollo de programas que tengan por objetivo la producción económica y la conservación de recursos naturales”; sucede que conforme el art.50 del PL la cuenta bancaria sería administrada por un comité gestor a ser reglamentado por acto del Poder Ejecutivo.

Lo que se debate en esa virtud es la necesidad de contribución obligatoria a un fondo en la medida que esa obligación no se presenta para otros sectores de la sociedad.

Recientemente, las discusiones sobre la minería en tierras indígenas regresaron al debate con la presentación por parte del gobierno federal del PL 191/2020, elaborado por los ministerios de la Justicia y Seguridad Pública y de Minas y Energía. La referida legislación proyectada busca la reglamentación de la minería – inclusive por medio de *garimpos* (minería artesanal) –, de la generación de energía eléctrica y la exploración y producción de petróleo, gas natural y otros hidrocarburos en tierras indígenas, además de permitir el cultivo de organismos genéticamente modificados dentro de esas áreas. En cuanto a la exploración *garimpeira* (artesanal e independiente) hay que recordar que fuera que § 4º del art.174 de Constitución de la República de 1988 otorgue prioridad a la autorización o concesión para exploración y realización de actividades mineras sobre los yacimientos a los *garimpeiros* individualizados y a la pequeñas cooperativas de *garimpo*, el mencionado artículo, sin embargo, no se aplica a la exploración y minería en tierras indígenas, conforme a lo previsto por el art. 231 § 7º.

En cuanto a la consulta y participación de los pueblos indígenas, el PL 191/2020 presenta por lo menos tres puntos polémicos. El art. 3º prevé la consulta

a las comunidades para la realización de estudios técnicos y de exploración de minerales, hidrocarburos y la construcción de hidroeléctricas en tierras indígenas, pero no menciona directamente la consulta libre, previa e informada, prevista en la Convención 169 de la OIT, tratado internacional ratificado por Brasil en 2004.

El derecho de veto para las comunidades sólo existe en relación al *garimpo* y no en relación a la minería industrial, y en caso de ausencia de consenso y contrariedad de la comunidad indígena afectada en los términos del art. 14, §2º le competiría al Presidente de la República enviar al Congreso Nacional un pedido de autorización para la realización de las actividades, siempre que el pedido esté debidamente motivado.

El PL 191/2020 también prevé la creación de *Conselhos Curadores*, en español, “Consejos Superiores” formados por indígenas, para la gestión de los recursos financieros obtenidos de las indemnizaciones y participación en los resultados. No obstante, el proyecto no detalla cómo serían formados los Consejos. Aquí, se discute la necesidad de crear tales Consejos, principalmente, en vistas de la autodeterminación de estos pueblos.

Sin perjuicio de otros dispositivos que carecerían de un análisis más detenido, otro aspecto tormentoso del PL ahora tratado es la previsión de que la minería podrá actuar en las “tierras indígenas indicadas por el Presidente de la República” (art. 3º, III), sin salvedad alguna, incluyendo las áreas de pueblos aislados y de contacto reciente (artículo 1º, § 2º).

Ante lo expuesto, es posible inferir que la reglamentación de las actividades mineras en tierras indígenas se constituye como una necesidad, sin embargo, puede observarse que los presupuestos para esta reglamentación necesitan ser mejor esbozados.

En lo que respecta a la legislación proyectada analizada queda patente que especialmente el PL 191/2020 y el sustitutivo del diputado Édio Lopes al PL 1610/96 parecen alejarse no sólo de un proyecto de desarrollo socialmente justo y ambientalmente responsable, sino también de algunos aspectos legales y constitucionales ya establecidos.

La Constitución de la República de 1988 dicta expresamente, en el marco del art.231, § 3º, que la autorización para exploración mineral tiene que ser precedida de la “consulta” a las comunidades afectadas. En ese mismo sentido, se sitúan las disposiciones de la Convención 169 de la OIT, que en su art.15, 2 establece explícitamente que:

En caso de pertenecer al Estado la propiedad de las mineras o de los recursos del subsuelo, o de tener derechos sobre otros recursos, existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con vistas a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinarse si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprenderse o autorizar cualquier programa de búsqueda o exploración de los recursos existentes en sus tierras.

No nos olvidemos, por lo tanto, de que constitucional y legalmente hablando se les garantiza a los pueblos indígenas afectados por la actividad minera el derecho a ser previamente consultados antes de cualquiera de las decisiones administrativas que concedan el derecho de minería. Cualquier norma que mitigue u obstaculice la posibilidad de manifestarse y/o decidir sobre la posibilidad de realización, tanto de la exploración como de la emisión de la concesión minera, estarán manchadas de inconstitucionalidad.

La previsión de “Consejos Gestores de Recursos Económicos” y de la eventual contribución obligatoria previstos en los proyectos de ley analizados, independientemente de la nomenclatura adoptada para estos órganos colegiados y de la previsión de algunas bancas representativas para las comunidades afectadas, afronta el derecho a la autodeterminación de los pueblos y comunidades tradicionales y se vincula indirectamente a la ya anticuada noción de tutela de los pueblos indígenas. El Código de Minería en el art. 11 prevé la participación del superficiario en el resultado de la exploración, y ese pago, que encierra una indemnización por el uso de la tierra, no vislumbra ningún motivo para la diferenciación de esta regla cuando corresponda a los pueblos indígenas.

En ese mismo tono se encuentra lo establecido por la Convención n° 169 de la OIT en su artículo 7º, I:

“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de escoger sus propias prioridades en lo que se dice al respecto al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, así como las tierras que ocupan o utilizan de alguna forma, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además de esto, esos pueblos deberán participar de la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarlos directamente.

Todavía debemos sumar que esas previsiones de los proyectos de ley que he comentado aquí, se alejan sobremanera del paradigma de desarrollo que ha

sido propuesto en este trabajo, una vez que se tiene como referencia la ampliación de las libertades sustantivas que incluyen la posibilidad de tener libertad de elección y de que la generación de riqueza sirva para que la comunidad afectada pueda desarrollarse del modo que lo deseen. Tampoco se plantean como una de las discusiones centrales de los proyectos de ley la distribución justa y equitativa de las riquezas generadas a partir de las actividades mineras.

En relación a los aspectos ambientales, las últimas versiones de los proyectos de ley minimizan los riesgos de posibles daños ambientales provocados por la minería. No se menciona de manera específica la obligatoriedad de realización de estudios de planeamiento ambiental como la Evaluación Ambiental Estratégica, o la Zonificación Ecológica y Económica o por lo menos de Estudio de Impacto Ambiental vía licenciamiento. Diciéndolo de otro modo, no se avanza en las discusiones sobre planeamiento local y regional, sobre actividades económicas prioritarias, sobre la necesidad de estudios interdisciplinarios como un informe antropológico anterior a los procedimientos de exploración y búsqueda, tampoco, sobre la prevención de desastres ambientales y la necesidad de garantías más firmes para la recuperación de las áreas degradadas.

4. Consideraciones finales

El objetivo del presente trabajo fue trazar las líneas iniciales de un debate bastante relevante pero todavía poco explorado, que son los efectos de la regulación ambiental sobre el desarrollo. Lo que queda claro en las discusiones acerca del medio ambiente y del desarrollo, es la necesidad de que el ambiente sea pensado a partir de una perspectiva más amplia – global, regional, local y sectorial.

Muchas veces, la sobreexplotación de los recursos del ecosistema de manera insustentable, es efectivizada por medio de políticas de desarrollo que descuidan los recursos a largo plazo, sin considerar problemas como su agotamiento y degradación, además de las pérdidas económicas y sociales⁷⁷.

De esta forma, una parte significativa de los problemas socioambientales se origina en una política de desarrollo basada exclusivamente en el crecimiento económico como único medio de promover la equidad social, descuidando así

⁷⁷ MILLENNIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT. Ecosystems and Human Well-being. A framework for assessment. Island Press, 2003, p. 71 – 83.

los derechos individuales de los ciudadanos de poseer calidad de vida, acceso a bienes ambientales primarios como el aire limpio y el agua tratada⁷⁸ y la capacidad de soporte de los ecosistemas.

La forma en la que la regulación ambiental está actualmente formulada (fragmentada, sectorial, basada en fuentes fijas, con poca participación de la población y de los gobiernos) puede contribuir a la fomentación de las injusticias ambientales, una vez que existe una dificultad en poder conocer todos los impactos que cada cadena productiva es capaz de generar; y consecuentemente, de poder vislumbrar el impacto de los daños ambientales sobre las poblaciones más vulnerables. La injusticia ambiental se manifiesta, de este modo, en el curso y en la ejecución de las políticas ambientales o en la falta de las mismas.

Por consiguiente, las fallas en la regulación y control ambiental generan el incumplimiento de las normas de ambientales, inclusive las de seguridad, estimulando la impericia y/o negligencia en relación al monitoreo, y contribuyen a la indulgencia del Poder Público.

El panorama es multidimensional, por lo tanto, es importante que el sistema regulador implique un análisis previo, concomitante y ulterior acerca de todos los aspectos que implican la regulación, partiendo de una visión cíclica que incorpore el planeamiento y las consideraciones sobre los aspectos regionales/locales.

Debe prestigiarse en las soluciones la aplicación del Principio de la Cooperación en materia ambiental, involucrando al poder público en diversas instancias, a los entes privados y a la sociedad civil organizada, pero ante todo a las personas/comunidades directamente afectadas. Las normas también deben preocuparse por materializar un compromiso ético con las futuras generaciones y un deber inequívoco de no degradar. Deben efectuarse estudios de impacto ambiental en la minería con mayor agilidad y eficiencia, y el sistema de gestión ambiental debe ser más amigable y atractivo para el sector privado.

Además de las medidas ya enumeradas, se entiende que es necesaria, a fines de mejorar el ambiente regulatorio, la utilización de instrumentos de comunicación auditables, la transparencia en el sector público y privado, la discusión y la utilización de los recursos de la minería para fomentar otras actividades y la aplicación rigurosa, en última instancia, de los principios de la responsabilización y de “el que contamina, paga” a fin de evitar la socialización de los riesgos y de los costos de la prevención y reparación ambiental.

⁷⁸ SEN, Amartya. Op.cit.

En relación a la minería en tierras indígenas, los desafíos son todavía mayores. La garantía del consentimiento libre, previo e informado debe ser encarada como premisa para la formulación de cualquier instrumento o política, y del mismo modo la autodeterminación de los pueblos, inclusive, en lo que se refiere a los recursos financieros obtenidos de la minería, así como también debe ser reconocida y apoyada su cultura, su modo de vida, de producción, de reproducción y su manera de ver el mundo.

Bibliografía

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 7ª. ed. revista, ampliada e atualizada, 2012.

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Proteção do meio ambiente na Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2008

BARRÈRE, Martine (Coord.) *Terra, patrimônio comum*. Trad. Estela dos Santos Abreu. São Paulo: Nobel, 1992.

CIPRIANO, Tasso Alexandre Richetti Pires. *A Juridificação dos Resíduos no Brasil*. In: PHILIPPI JR., Arlindo; FREITAS, Vladimir Passos de; SPÍNOLA, Ana. *Direito Ambiental e Sustentabilidade*. São Paulo: Manole, 2016.

CURI, Adilson. *Análise qualitativa da sustentabilidade da mineração. Mito e Realidade*. In VILLAS BOAS, R. e BEINHOF (Eds). *Indicadores de Sustentabilidade para La industria extractiva mineral*. Rio de Janeiro: CNPq/CYTED, p 47-61.

ENRÍQUEZ. Maria Amélia. *Mineração: Maldição ou Dádiva?* São Paulo: Signus. 2008

ENRÍQUEZ. Maria Amélia. *Mineração e desenvolvimento sustentável. É possível conciliar?* Revista Iberoamericana de economia ecológica, v 12, 2009.

ENRÍQUEZ. Maria Amélia. *Equidade intergeracional na partilha dos benefícios dos recursos minerais: a alternativa dos Fundos de Mineração*. Revista Iberoamericana de economia ecológica, v 5, p. 61-73.

FEIJÓ, Julianne Holder Da Câmara Silva. *A constitucionalidade da mineração em terras indígenas. Direito econômico e da energia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara*. Belo Horizonte, 2015

FERREIRA, Helene Sivini. *Desvendando os organismos transgênicos: as interferências da sociedade de risco no estado de direito ambiental brasileiro – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.*

GONÇALVES, Ana Paula Rengel; JODAS, Natália. Reflexões sobre a economia ecológica enquanto propulsora de um Estado de Direito Ecológico. In: LEITE José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (Org). Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. ANDRADE. Laura Nazaré Rocha. Proteção das Florestas, Mineração na Amazônia e a necessidade de ajustes para eficácia no emprego da CFEM. Congresso Internacional de Direito Ambiental: Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos/coords. Antônio Herman Benjamin, Carlos Teodoro Irigaray, Eladio Lecey, Silvia Cappelli- São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010

IBRAM. Relatório Anual de Atividades – julho de 2017 a junho de 2018. Disponível em: https://portaldamineracao.com.br/ibram/wp-content/uploads/2018/07/Diagrama%C3%A7%C3%A3o_Relat%C3%B3rioAnual_vers%C3%A3oweb.pdf. Acesso em: 20 de setembro de 2020

LEITE, José Rubens Morato. AYALA; Patryck de Araújo. Dano ambiental do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática - 3.ed.rev., atual e ampl.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

MECHI, Andréa; SANCHES, Djalma Luiz - Impactos ambientais da mineração no estado de São Paulo.

NODARI, Rubens Onofri. Prefácio de Desvendando os organismos transgênicos: as interferências da sociedade de risco no estado de direito ambiental/ Helini Sivini Ferreira.- Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010

NUNES, Paulo Henrique F. Meio Ambiente e Mineração Estudos Avançados, São Paulo, v.24, n.68, p.209-20, jan./abr. 2010.. O desenvolvimento sustentável. Curitiba:Juruá, p. 67-134

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010

SENADO FEDERAL. Subcomissão Temporária da Regulamentação dos Marcos Regulatórios. Comissão de Assuntos Econômicos. 2007. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/comissoes/cae/ap/AP_20070910_IBRAM_Minerao.pdf>. Acesso: 20 de setembro de 2020

SOUZA, A. F. (2011). Celso Furtado: o dilema do subdesenvolvimento e o fator político na formação nacional - DOI: 10.5752/P.2237-8871.2011v12n16p64. Cadernos De História, 12(16), 64-85. <https://doi.org/10.5752/P.2237-8871.2011v12n16p64>

VALLE, Raul Silva Telles do; BATISTA, Fernando; PINHEIRO, Carolina Martins. Parecer jurídico sobre o APL de mineração em terras indígenas. Disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/publicacoes/mineracao2013_v6.pdf. Acesso em: 01/10/2020.

VEIGA, M. M. Agrotóxicos: eficiência econômica e injustiça socioambiental. Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 145-152, 2007

Teodoro Irigaray, Eladio Lecey, Silvia Cappelli- São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010. p.359 a 366.

Legislación:

BRASIL, Presidente da República. Decreto-Lei nº. 227 de 28 de fevereiro de 1967. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940

____. Resolução Conama n. 001 de 23 de janeiro de 1986.

____. Constituição Federativa da República do Brasil, de 1988.

____. Presidente da República. Lei nº. 6938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

____. Presidente da República. Lei nº. 7809 de 18 de julho de 1989. Altera o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, cria o regime de permissão de lavra garimpeira, extingue o regime de matrícula, e dá outras providências.

____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº. 2057 de 23 de maio de 1991. Dispõe sobre o estatuto das sociedades indígenas.

____. Senado Federal. Projeto de Lei nº. 1610 de 11 de março de 1996. Dispõe sobre a exploração e o aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas de que tratam os artigos 176, parágrafo 19, I, parágrafo 39, da Constituição Federal.

____. Presidente da República. Projeto de Lei nº 191 de 06 de fevereiro de 2020. Regulamenta o § 1º do art. 176 e o § 3º do art. 231 da Constituição para estabelecer as condições específicas para a realização da pesquisa e da lavra de recursos minerais e hidrocarbonetos e para o aproveitamento de recursos hídricos para geração de energia elétrica em terras indígenas e institui a indenização pela restrição do usufruto de terras indígenas

____. Presidente da República. Decreto n. 10.088 de 05 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil.

EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS: UNA REVISIÓN DEL MARCO LEGAL APLICABLE EN EL PERÚ

Jaime Tejada Gurmendi⁷⁹

SUMARIO: Introducción 1. El Convenio 169 de la OIT y el derecho a la consulta. 2. El proceso de formación de la Ley 29785. 3. Sujetos de consulta: Pueblos indígenas. 4. Objeto de consulta: Medida administrativa o legislativa. 5. Proceso de consulta. 6. La consulta previa en el subsector minero peruano. Conclusiones

Introducción

Por mucho tiempo las decisiones estatales se han dado a espaldas de determinados grupos sociales, quizá por el centralismo natural en todo gobierno, o por razones de otra índole. Dependiendo del tipo de gobierno, el Estado suele asumir que está en la mejor posición para tomar decisiones por la población.

Si bien esto último es razonable en la medida que los gobiernos representan políticamente los intereses de la mayoría de la ciudadanía, en algunos casos este

⁷⁹ Profesor de Derecho Minero y Derecho de los Recursos Naturales - USIL – Lima e Profesor de Derecho Minero, Desarrollo Sostenible y Regulación Ambiental - USMP - Lima

liderazgo debe considerar que determinados actos estatales deban realizarse siempre que se informe debidamente sobre sus alcances a los implicados, máxime a los que por su naturaleza son distantes a la organización política nacional.

Sin duda, la consulta previa busca reducir esta brecha existente entre determinados tipos de población y el Estado, de tal forma que con ello sea posible lograr una sociedad más democrática y un gobierno más cercano a los ciudadanos, incluso a los que no suelen participar activamente en las políticas nacionales.

En tal sentido, en el presente trabajo abordaremos los alcances del proceso de consulta previa en el Perú, desde su origen en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), su ratificación por el Perú, la promulgación de la Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT (en adelante, Ley de Consulta Previa) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 001-2012-MC (en adelante, Reglamento de la Ley de Consulta Previa); y, finalmente, un breve repaso de su aplicación en el subsector minero.

1. El Convenio 169 de la OIT y el derecho a la consulta

El presente Convenio fue adoptado el 27 de junio de 1989, teniendo como objeto central el regular una serie de asuntos vinculados con los pueblos indígenas y tribales, como lo son las sanciones internas, servicios obligatorios a miembros de los pueblos, protección de sus derechos, el no traslado de las tierras que ocupan, contratación y condiciones de empleo, educación, medios de comunicación, etc.

Siguiendo este esquema, para iniciar el análisis del Convenio 169, en principio debe identificarse objetivamente la población cuya tutela se pretende con este Convenio, entendiéndose que “pueblo tribal” es:

“[u]n pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, con sus propias normas, costumbres o tradiciones⁸⁰”.

⁸⁰ CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 172, párr. 79.

De esta forma, se define al pueblo tribal como aquel que no es indígena pero que tiene características similares, siendo esto así, cabría tener en consideración qué se entiende por un “pueblo indígena, para lo cual según el documento denominado “Una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT”⁸¹, ello puede lograrse a través de la conjunción de determinados elementos objetivos y subjetivos, conforme se grafica a continuación:

- Elementos objetivos: Continuidad histórica, conexión territorial, instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintas.
- Elemento subjetivo: Auto-identificación colectiva.

Hecha esta identificación, tenemos que cualquier protección que otorgue este Convenio a los pueblos tribales e indígenas representará un límite (y a la vez un deber de tutela) para el Estado con relación a su soberanía, estando obligados a consultar cualquier medida que pueda afectarlos

De acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de dicho Convenio que se transcribe a continuación:

“Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; [...]

Evidentemente, la imposición de esta carga para el Estado como condición previa a la adopción de cualquier medida legislativa o administrativa que tenga incidencia en los pueblos tribales o indígenas, parte del reconocimiento del derecho a la libre autodeterminación que tienen estos pueblos, ya que sin ella no habría razón lógica de poder imponer la carga mencionada.

Siendo esto así, el aludido derecho a la autodeterminación se ve plasmado -entre otros- en el artículo 7 del Convenio 169, cuyo tenor es como sigue:

“Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su

⁸¹ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_126163.pdf (Visitado el 5/4/2020)

propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente [...]”.

Es así, que esta autodeterminación involucrará precisamente el reconocimiento del poder que tienen estos pueblos para decidir sus propios intereses y organización, pudiendo priorizar los asuntos que consideren adecuados conforme al programa de desarrollo que tengan pensado.

Evidentemente, era necesario esbozar la premisa descrita, ya que a raíz de ella es que se desprenden los derechos de estos pueblos tanto con su tierra y la decisión propia sobre su desarrollo, como con respecto a los elementos circundantes a los mismos, esto es, el medio ambiente.

Para tal fin, los Estados tienen que garantizar este derecho a la autodeterminación evitando cualquier injerencia externa y ajena al propio pueblo que los pueda afectar, máxime si ello puede involucrar al medio ambiente que circunda su territorio, por ello, el numeral 4 del artículo 7 del Convenio 169 señala que:

“[...] 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

Siguiendo este razonamiento, puede advertirse la forma en la que el Convenio 169 relaciona el medio ambiente con el territorio ocupado por los pueblos, la cual no dista mucho de la entendida para la regulación común, dado que bajo ningún supuesto los Estados pueden adoptar acciones que afecten a las poblaciones, sean tribales, indígenas o urbanas.

Sin perjuicio de ello, la condición especial de este tipo de pueblos tribales e indígenas y la relación que tienen con su entorno como medio de subsistencia y arraigo espiritual, sirven de premisa para sustentar una regla especial en cuanto a los recursos naturales existentes dentro de su territorio.

De esta forma, la protección a los pueblos que busca brindar este convenio parte de la relación existente con el Estado, por ello se dice que:

“Este convenio internacionaliza el compromiso de preservación de las culturas de los pueblos indígenas, reconociéndoles la potestad de decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo. Uno de los principales cambios en la relación Estado-pueblos indígenas advenidos con el referido Convenio fue el fin de las políticas

de tutela de los intereses indígenas y la consagración de la participación directa, por medio de la consulta previa, libre e informada” (Cerqueira, 2017, p. 64).

Asimismo, la consulta previa implicó un reconocimiento de reivindicación histórica a los derechos de este tipo de poblaciones, aspecto que el Tribunal Constitucional da cuenta la sentencia recaída en el expediente 0022-2009-AI/TC de acuerdo con el siguiente fundamento:

“14. Con el Convenio N.º 169 de la OIT se pretende erradicar modelos de desarrollo que pretendían la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante. Con ello no se pretende situar a los pueblos indígenas en una posición de superioridad frente al resto de la población, sino, que los pueblos indígenas se vean beneficiados efectivamente **con los derechos fundamentales que han sido reivindicados en favor del grueso de la sociedad**. En efecto, los pueblos indígenas han existido desde antes de la aparición del Estado peruano, sin embargo, su presencia no ha significado su visibilidad o inclusión efectiva en las políticas de desarrollo. Debe de tenerse presente entonces el olvido histórico que estas poblaciones han padecido a fin de poder comprender no solo a los pueblos indígenas en sí, sino también a la normativa elaborada a fin de tutelar su particular realidad sociológica, cultural, política y económica.”

Por otra parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007, aprobado por el Estado Peruano, establece un marco de protección más incisivo que el Convenio OIT 169, puesto que no solo se reconoce derechos colectivos y la necesidad de consulta, sino que además se reconoce con mucha más fuerza el derecho a la “autodeterminación”⁸² y como consecuencia, el derecho al consentimiento sobre cualquier actividad legislativa que pueda afectar los derechos colectivos indígenas⁸³.

La idea de incluir a otro dentro en un modelo de desarrollo ya establecido está enraizada en las teorías asimilacionistas⁸⁴ según las cuales los indígenas

⁸² En efecto, señala: “Artículo 3.- 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.” Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

⁸³ En ese sentido, me referiré al “Artículo 19.-Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.” Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

⁸⁴ La teoría asimilacionista, traducida al discurso educativo, impulsó el desarrollo de la educación monocultural –predominio de la mayoría o grupo dominante. Garreta, J.. “La diversidad como problema. Contextos educativos”, en *Revista de educación*, (4), 2001, pp. 161-175.

deben ser incorporados, les guste o no, a las políticas de Estado. En sentido de la Ley de Consulta Previa, el convencimiento de los pueblos que esas políticas son las más adecuadas para que de esta manera puedan ser incluidos, es decir, el proceso de consulta sirve para legitimar una agenda ya establecida. Dejando en potestad del Estado, decidir al final lo que considere conveniente, en sentido al artículo 15 de la Ley de Consulta Previa, en el supuesto que no se consiga el acuerdo.

La negociación entre dos partes que tienen visiones opuestas de desarrollo, de legalidad y de manejo económico usualmente no termina con un consenso, y este, cuando se da, es más bien la expresión de la fuerza de una parte sobre la otra, pero basado en un ordenamiento legal establecido.

En muchos ha surgido la pregunta por la razón que sustenta el hecho que una Organización Internacional del Trabajo emita un documento normativo de esa naturaleza, se señala lo siguiente:

“[I]a discriminación y el abuso del que eran víctimas los pueblos indígenas, se manifestó en todos los escenarios, como ocurrió en el ámbito laboral. Los indígenas trabajaban en condiciones ínfimas, a comparación de otros, y eran constantemente explotados.

Ello motivó a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a adoptar convenios y recomendaciones que protegieran a los trabajadores indígenas, obligando a los Estado a tomar medidas al respecto [...] (Herrera, J., 2018, pp. 2 y 3)”.

La ratificación de este Convenio por el Perú se dio con la Resolución Legislativa 26253 del 26/11/1993, estando vigente desde el 2/2/1995, a propuesta del entonces Presidente del Consejo de Ministros y Ministerio de Relaciones Exteriores Oscar De La Puente Raygada⁸⁵, señalándose sobre la ratificación lo siguiente:

“Jurídicamente, la ratificación del Convenio 169 por parte del Gobierno Peruano permitirá incorporar a su derecho interno la normatividad contenida en este instrumento jurídico, comprometiendo el Estado a normar y/o desarrollar acciones concordantes con las disposiciones contenidas en este Convenio.”

⁸⁵ [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_1990.nsf/0/9f372762116bf13a052582f1006eb251/\\$FILE/PL00819_19930805.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_1990.nsf/0/9f372762116bf13a052582f1006eb251/$FILE/PL00819_19930805.pdf)

El Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República, señaló dentro de sus fundamentos lo que se reproduce a continuación:

“Por ser la aspiración de este Convenio convertirse en un instrumento adecuado para el desarrollo integral de los pueblos indígenas o tribales, regula aspectos tan variados como: la necesidad de que la legislación nacional al ser aplicada a estos pueblos tome en cuenta sus costumbres o su derecho consuetudinario, el derecho de propiedad y posesión de los pueblos interesados sobre las tierras que tradicionalmente ocupan [...]”.

Por su lado, la Comisión de Relaciones Exteriores, en dicho momento indicó lo siguiente:

“El Convenio 169 asume una nueva orientación en la que la protección de los derechos y de la integridad de los Pueblos Indígenas y Tribales se efectúa en base al respecto a su cultura, religión, organización social y económica y a su identidad propia.

Este Convenio determina la responsabilidad de los Gobiernos de desarrollar una acción coordinada y sistemática para garantizar el goce de la igualdad de derechos y oportunidades [...]”.

Así, la ratificación de este Convenio por el Perú significó en esa época un importante avance de cara al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

2. El proceso de formación de la Ley 29785

El camino legislativo de la Ley de Consulta Previa en el Perú inicia con 5 proyectos de ley presentados en el mismo mes ante el Congreso de la República, teniendo así a los siguientes:

- Proyecto de Ley 06/2011-CR del 3 de agosto de 2011 (Ley marco del derecho a la consulta de los pueblos indígenas);
- Proyecto de Ley 029/2011-CR del 11 de agosto de 2011 (Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo);

- Proyecto de Ley 047/2011-CR (Ley sobre el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo);
- Proyecto de Ley 049/2011-CR del 17 de agosto de 2011 (Ley que establece la consulta previa en las comunidades campesinas y nativas reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo); y,
- Proyecto de Ley 089/2011-CR del 22 de agosto de 2011 (Ley que regula el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la OIT).

Los proyectos de ley enunciados fueron unificados y la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República del Perú propuso un texto sustitutorio el 23 de agosto de 2011, conformado por 20 artículos, dos disposiciones complementarias y una disposición transitoria.

En la sesión de debate⁸⁶, existieron intervenciones ilustrativas como de la congresista Pérez Tello quien señaló lo siguiente:

Después de 16 años de aprobado el Convenio 169, no ha sido implementada la norma sobre el derecho a la consulta previa, salvo en algunos casos por el Tribunal Constitucional, que cubrió un vacío normativo en esta materia. Sin embargo, estos compromisos internacionales que nosotros no hemos cumplido pueden acarrear responsabilidad internacional del Estado peruano, y de lo que se trata ahora es de cerrar de inmediato esa posibilidad (p. 253).

Otra intervención que podemos resaltar es la del congresista Lescano Ancieta, quien refiriéndose a la negativa de las comunidades indicó lo que se transcribe a continuación:

[q]ue las comunidades campesinas y nativas rechacen la propuesta de medida administrativa o legislativa que está proponiendo el Estado; es decir, que esas comunidades puedan decir que no se hace nada en sus tierras. En ese supuesto, el texto sustentado por el congresista Fredy Otárola y nuestro texto no establecen que la negación de la comunidad campesina sea vinculante; no es vinculante. ¿Qué dicen el texto alternativo y nuestra propuesta? Que el Estado debe tomar las medidas adecuadas para respetar los derechos colectivos de la comunidad.

⁸⁶ Recuperado de: http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/Repexpvirt?OpenForm&Seq=1&Db=201100006&View (Visitado el 13/9/2020)

El Estado puede disponer que se haga, por ejemplo, un proyecto minero o una hidroeléctrica; o también puede indicar que no va a hacer el proyecto. Si lo va a hacer, el Estado tendrá que actuar de buena fe y ver si con esa medida se están o no vulnerando los derechos colectivos de la comunidad (p. 255).

Esta opinión es contradictoria con la sostenida por el congresista Angulo Álvarez, quien señaló lo siguiente:

Considero que aún estamos presentando a los pueblos originarios o indígenas como si fueran ciudadanos de segunda clase, cuando en la Constitución decimos que todos somos iguales ante la ley.

Si somos iguales ante la ley, ¿cómo es posible que nosotros estemos discutiendo simplemente un asunto de carácter consultivo sin darles a los pueblos indígenas la posibilidad de decidir sobre su tierra y sin darles la propiedad de la tierra? Es decir, si alguien quisiera participar comercialmente con los pueblos indígenas, aquel tendría que consultarles a estos para llegar a un arreglo, como si fueran propietarios de la tierra (pp. 255 y 256).

El congresista Bruce Montes de Oca precisó:

[I]o que estamos logrando con esta ley es que no se bloqueen esas inversiones, que esas inversiones tengan una salida para generarse y que solo va a depender de que esas inversiones se generen en la medida en que los que tienen la responsabilidad de administrar al Estado sean proactivos, salgan a las comunidades y expliquen los beneficios directos que tienen estos proyectos, para que no haya malos entendidos y no se produzcan los bloqueos, las marchas y los conflictos que tanto han afectado a nuestro país (p. 259).

Luego del debate y votación respectiva, la autógrafa de la denominada Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), con 20 artículos y 4 disposiciones complementarias finales, fue finalmente publicada el 7 de septiembre de 2011 en el diario oficial El Peruano⁸⁷.

⁸⁷ Según el artículo 109 de la Constitución Política del Perú de 1993 la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo en parte.

3. Perspectiva institucional de la consulta previa

En el Perú contamos con un órgano técnico especializado en materia indígena instaurado con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley de Consulta Previa, siendo el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura, cuya labor como ente especializado busca concertar, articular y coordinar todo lo concerniente al derecho consulta.

En atención a ello, se asignan una serie de funciones a este Viceministerio orientadas a garantizar el derecho de consulta y coadyuvar al desarrollo dinámico del proceso que se instaura como consecuencia de esta tutela.

Dentro de esta función el marco prevé la creación de herramientas, siendo la de mayor impacto la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios creada por el artículo 20 de la Ley de Consulta Previa encontrándose a cargo del mencionado Viceministerio de Interculturalidad. Esta base de datos, según el referido artículo, contiene la siguiente información:

“Artículo 20. Creación de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios
[...]

La base de datos contiene la siguiente información:

- a) Denominación oficial y autodenominaciones con las que los pueblos indígenas u originarios se identifican.
- b) Referencias geográficas y de acceso.
- c) Información cultural y étnica relevante.
- d) Mapa etnolingüístico con la determinación del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas u originarios ocupan o utilizan de alguna manera.
- e) Sistema, normas de organización y estatuto aprobado.
- f) Instituciones y organizaciones representativas, ámbito de representación, identificación de sus líderes o representantes, período y poderes de representación.”

Vemos que esta base datos contiene información que permite identificar a estos pueblos, lo que se da a través de la determinación geográfica del ámbito que ocupan, su denominación oficial o autodenominación, mapa etnolingüístico, entre otros datos que buscan facilitar su identificación de cara a la realización del proceso de consulta previa.

Esta base de datos tiene una importancia aun mayor que excede los márgenes del proceso de consulta previa, pudiendo verse como el cumplimiento de un deber histórico del Estado con estas poblaciones, así señala el Ministerio de Cultura que:

“En este contexto, ha sido notoria la ausencia de datos oficiales respecto a la situación de los pueblos indígenas en el Perú (datos demográficos, históricos y actuales, índice de pobreza, acceso a la educación, salud, tasa de crecimiento, entre otros). De ahí que, el Viceministerio de Interculturalidad, en su calidad de órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo, enfrenta el desafío de obtener y sistematizar la información pertinente de las diversas entidades públicas para identificar, de conformidad con los criterios objetivos y subjetivo establecidos en el Convenio N° 169 de la OIT, a los pueblos que serán sujetos del derecho a consulta previa en el Perú. El instrumento resultante de dicho trabajo será la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas” (p. 58).

De esta forma, queda clara la importante función de reivindicación histórica y utilidad actual que cumple esta base de datos, cuyo acceso es público y gratuito (*ex* artículo 29 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa), empero no tiene carácter constitutivo de derechos, volviéndola así un registro administrativo y no jurídico, puesto que la publicidad que brinda es meramente informativa sin carácter vinculante, por ello que pueden existir -como efectivamente existen- diversas comunidades no contempladas en esta base datos que gocen con igual grado de protección del derecho a la consulta.

Además de esta función, al ser un ente especializado en esta materia, el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura, se encarga de asistir técnicamente a las entidades promotoras del proceso de consulta, lo cual implica disipar las dudas que tuvieran a nivel aplicativo, emitir opiniones sobre aspectos relacionados con etapas concretas (como la identificación de la medida o el ámbito de consulta).

Asimismo, lleva un registro de los procesos de consulta realizados, el cual se alimenta de la información que las entidades promotoras le remiten, lo cual permite realizar el seguimiento debido del cumplimiento de los acuerdos adoptados en el proceso de consulta.

Sin duda, la función de este ente técnico especializado no solo es coadyuvante (por la administración de la base de datos) sino directriz, en la medida que su intervención resulta en gran medida relevante no solo para el desarrollo de procesos de consulta previa concretos, sino para el seguimiento de los acuerdos de los procesos ya realizados, cuestión que, a su vez, permite que las guías metodológicas que publica sean resultado de la recolección de información empírica y no solamente teórica.

4. Objeto de consulta: Medida administrativa o legislativa

Como sabemos, el proceso de consulta previa se encuentra construido sobre la premisa de brindar el nivel de tutela idóneo a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios que puedan verse afectados con determinada medida.

Por una cuestión lógica, para saber qué pueblos se encuentran involucrados en este proceso, en principio debe identificarse a la medida, y con ella, los efectos que produciría de cara a los derechos colectivos, y el ámbito geográfico al que se circunscribe.

El Reglamento de la Ley de Consulta Previa señala claramente que el objeto de consulta es la medida administrativa o legislativa, las cuales han sido definidas de la siguiente manera:

Artículo 3.- Definiciones

i) Medidas Administrativas.- Normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En el caso de actos administrativos, el proceso de consulta a los pueblos indígenas se realiza a través de sus organizaciones representativas locales, conforme a sus usos y costumbres tradicionales, asentadas en el ámbito geográfico donde se ejecutaría el acto administrativo.

j) Medidas Legislativas.- Normas con rango de ley que puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. [...]

Algún sector de la doctrina nacional ha señalado respecto de ello lo siguiente:

“La Ley no ha incluido una lista detallada de los tipos de medidas legislativas o administrativas que deben ser consultadas. Un esfuerzo de esa naturaleza hubiera resultado, por cierto, siempre incompleto. Cualquier medida que pudiera afectar directamente a los pueblos indígenas debiera ser consultada. Al respecto el Reglamento ha definido que dicha afectación ocurre cuando la medida estatal contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos.” (Lanegra, 2014, p. 104).

Claramente, identificar la medida objeto de consulta constituye una labor que no puede tomarse en función a parámetros específicos, dado que la particularidad de cada circunstancia impediría siquiera elaborar una relación ejemplificativa de las medidas que deban ser objeto de consulta; sin embargo, de la definición adoptada en el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, así como en la propia Ley, puede identificarse un parámetro claro que concierne al valor que este esquema procedimental busca proteger: los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

Teniendo esto presente, la medida administrativa puede ser una norma reglamentaria o un acto administrativo, comúnmente los que autorizan el desarrollo y ejecución de proyectos (en el caso minero, por ejemplo: el certificado de inicio de actividades de exploración minera), o suscripción de contratos (en el caso hidrocarburífero, por ejemplo: contratos petroleros), que son dictados por las entidades del Poder Ejecutivo.

Por su parte, la medida legislativa será claramente una disposición normativa con rango de ley, distinguiéndose de la medida administrativa básicamente en el rango, puesto que mientras una es reglamentaria (la administrativa), esta tiene rango legal y es producto de un proceso llevado a cabo a través de la manifestación de otro poder del Estado, el legislativo.

5. Sujetos de consulta: Pueblos indígenas u originarios

Los sujetos de consulta constituyen el eje de todo el proceso, o por decirlo de otra manera, la razón de ser del mismo, puesto que este proceso se construye con el propósito de que las medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a determinados grupos (en nuestro caso, pueblos indígenas u originarios), sean previamente consultadas con los implicados.

Para esto, es importante tener claro un concepto previo, que es la afectación, el Reglamento de la Ley de Consulta Previa define a la afectación directa de la siguiente manera:

Artículo 3.- Definiciones

[...]

b) Afectación Directa.- Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando **contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos.** (Resaltado añadido).

De esta manera, siempre que la medida implica una mutación jurídica en la situación o ejercicio de los derechos colectivos de estos pueblos, esta deberá ser objeto de consulta, para ello, cabe precisar qué se entiende por pueblos indígenas u originarios, para así esclarecer qué tipos de organizaciones sociales serán sujetos de la consulta.

Sobre la afectación directa, el Ministerio de Cultura (2016) ha señalado lo siguiente:

“[L]a noción de afectación directa alude a la idea de posibilidad o probabilidad, pues, según la normativa vigente, las medidas legislativas o administrativas “pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos”. En esta medida la idea de afectación directa estaría conectada con un acto que potencial o probablemente podría afectar positiva o negativamente la situación o cómo el pueblo ejerce actualmente un derecho colectivo” (p. 52).

Como puede verse, la afectación constituye un elemento importante en el proceso de consulta previa, no limitándose a tratar sobre una vulneración concreta de un derecho colectivo, sino que este concepto incluye válidamente los supuestos en los que potencial o probablemente se puede afectar, sea de manera positiva o negativa, algún derecho colectivo.

En este sentido, los derechos colectivos el mismo Ministerio de Cultura (2016) ha señalado por ejemplo lo que se reproduce a continuación:

“En el caso de los derechos colectivos, su ejercicio significa que los pueblos indígenas pueden exigir al Estado el cumplimiento de sus obligaciones por mandato de los derechos: a) reconocer su existencia legal y personería jurídica; b) no interferir en su autonomía organizativa, económica y administrativa; c) no impedir el uso y libre disposición de sus tierras; d) reconocer y respetar su identidad étnica y cultural; f) reconocer y respetar e uso de su idioma nativo; g) respetar sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales; h) adoptar medidas gubernamentales con su participación para proteger sus derechos colectivos; [...] (p. 57)”.

Siendo esto así, cualquier tipo de afectación, positiva o negativa, real o potencial, genera en el Estado la obligación de consultar, como límite a sus prerrogativas y como garantía del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas.

Hecha esta precisión, cabría abordar la definición de pueblos tribales e indígenas que realiza el Convenio 169 de la OIT cuyo tenor es como sigue:

“[...] pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que [...] conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.”

Sobre esto, un Fernando Eguiguren ha hecho una importante precisión sobre la base de otra disposición del Convenio 169 de la OIT, señalando así que:

“Debe tenerse presente la precisión que establece el artículo 1.3 del Convenio respecto a la denominación de “pueblos” que utiliza, indicando que no deberá ser interpretada en un sentido similar o equiparable al que se atribuye a este término en el derecho internacional, como el elemento humano componente de un Estado independiente” (Eguiguren, F., 2016, p. 65).

Por su parte, el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa se efectúa una importante definición que consideramos necesario reproducir:

k) Pueblo Indígena u Originario.- Pueblo que **desciende de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización** y que, cualquiera que sea su situación jurídica, **conserven todas sus propias instituciones** sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y que, al mismo tiempo, **se auto reconozca como tal**. Los criterios establecidos en el artículo 7 de la Ley deben ser interpretados en el marco de lo señalado en artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. **La población que vive organizada en comunidades campesinas y comunidades nativas podrá ser identificada como pueblos indígenas, o parte de ellos, conforme a dichos criterios**. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas no alteran su naturaleza, ni sus derechos colectivos. En adelante se utilizará la expresión “pueblo indígena” para referirse a “pueblo indígena u originario”. (Énfasis añadido).

Los elementos de mayor relevancia que componen este concepto son: (i) Pueblos que descienden de habitantes del país en la época de la colonización; y, (ii) Conservación de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. Debiendo existir un autoreconocimiento como tales. Siendo importante precisar que más allá de los términos usados “pueblos indígenas” o “pueblos

originarios” otros esquemas de organización denominados de manera distinta como “las comunidades campesinas”, pueden ser también sujetos de consulta, siempre que se presenten los componentes antes enunciados.

En resumen, la identificación de estos pueblos se toma en cuenta dos criterios: Uno Objetivo y otro Subjetivo, en el objetivo debe concurrir lo siguiente: (i) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional (ii) Vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente ocupan (iii) Costumbres propias (iv) Patrones culturales y modo de vida distintos a otros sectores de la población; por otra parte, el criterio Subjetivo sólo exige la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena y originaria.

Superada esta identificación, existen aspectos de corte social vinculados con estas organizaciones, de las cuales se rinde cuenta de la siguiente forma:

“Las organizaciones de pueblos indígenas en el Perú tienen debilidades y conflictos internos de larga data. Inicialmente, esto se expresó en las dificultades que tuvo el Viceministerio de Interculturalidad para garantizar un consenso en torno al Reglamento de la Ley de Consulta Previa con todas las organizaciones indígenas nacionales convocadas. Asimismo, al menos en un caso -el del Lote 192-, se llegó a cuestionar la legitimidad de los representantes de ciertas organizaciones por parte de algunos otros ciudadanos indígenas involucrados.” (Sanbron y otros, 2016, pp. 32 y 33).

Esto de por sí plantea un escenario desfavorable para los procesos de consulta, pues más allá de las garantías que el mismo establece en sus disposiciones normativas aplicables, los aspectos sociales, tan diversos y complejos a la vez, influyen en gran medida en el éxito que este proceso busca tener de cara a la debida emisión de las medidas objeto de consulta.

Desde la perspectiva del derecho que asiste a estas poblaciones, la doctrina ha señalado lo siguiente:

“El derecho a la consulta previa, viene a ser un derecho fundamental colectivo, cuya titularidad es exclusiva de los pueblos indígenas, no tiene un carácter difuso o indeterminado, dado que pertenece a colectividades plenamente identificadas. Desde el punto de vista sociológico es visto como diálogo intercultural que tiene como protagonistas al Estado, a las minorías étnicas y a las empresas, a fin de que estas últimas asuman su responsabilidad social ante eventuales daños.” (Lamadrid, 2018, p. 368).

6. Proceso de consulta

El proceso de consulta constituye precisamente el instrumento o vehículo por el cual se legitimará la medida legal o administrativa objeto de consulta. La debida o indebida realización de este proceso resulta fundamental de cara a los efectos de las medidas y la legitimación social que estas exigen.

Viendo su importancia, es razonable que su esquema procedimental cuente con ciertas bases que lo sostengan, siendo contemplados en la Ley de Consulta Previa en forma de “principios⁸⁸” como lo son: (i) Oportunidad, (ii) Interculturalidad; (iii) Buena fe; (iv) Flexibilidad; (v) Plazo razonable; (vi) Ausencia de coacción o condicionamiento; e, (vii) Información oportuna.

El propósito de estos principios será el de constituir los cimientos para la construcción del proceso de consulta previa, guiando la actuación de las partes intervinientes en la realización de cada etapa. Para ello, estos principios buscan garantizar aspectos vinculados a la realización del proceso antes de la adopción de la medida legislativa o administrativa (oportunidad), el respeto de las diferencias entre las culturas, considerando sus características propias (interculturalidad y flexibilidad), el desarrollo del proceso en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo (buena fe, plazo razonable y ausencia de coacción), con la puesta a disposición de toda la información necesaria (información oportuna).

⁸⁸ Artículo 4. Principios

Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

- a) Oportunidad. El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.
- b) Interculturalidad. El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas.
- c) Buena fe. Las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe, estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas.
- d) Flexibilidad. La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados.
- e) Plazo razonable. El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta.
- f) Ausencia de coacción o condicionamiento. La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno.
- g) Información oportuna. Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación.

Sobre estas bases el proceso de consulta previa se conforma de 7 etapas, de una duración máxima de 120 días calendario contados a partir de la entrega de la propuesta de medida hasta la firma del acta, siendo las siguientes:

Etapa	Plazo
Identificación de la medida legislativa o administrativa a consultar	No aplica
Identificación de los pueblos indígenas u originarios	No aplica
Publicidad de la medida	No aplica
Información	30 – 60 días calendario
Evaluación interna de los pueblos	30 días calendario
Proceso de diálogo entre representantes	30 días calendario
Decisión	No aplica

Hecho este breve preámbulo y habiendo tratado anteriormente lo concerniente a los sujetos de consulta (pueblos indígenas u originarios) y el objeto de consulta (medida legislativa o administrativa), en el proceso interviene otro actor cuya actuación se orienta a dirigirlo: el Estado.

Como se vio, para el desarrollo del proceso de consulta es fundamental contar con la identificación plena de los sujetos y el objeto de la consulta, así lo hacen saber el artículo 2 de la Ley de Consulta Previa y el artículo 14 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

Teniendo estos dos elementos debidamente identificados debe generarse el contacto inicial con los sujetos de consulta, para lo cual un mecanismo idóneo vendría a ser el realizar reuniones preparatorias que tendrán como propósito brindar información sobre la propuesta de un instrumento denominado “Plan de Consulta”.

El Plan de Consulta viene a ser, parafraseando la definición adoptada por el literal 1) del artículo 3 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, un documento que detalla los alcances del proceso de consulta, cuya formulación debe realizarse de la mano con las características propias del objeto y los sujetos

de consulta, por ello que refiriéndose a su contenido mínimo el artículo 16 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa ha señalado lo siguiente:

Artículo 16.- Del Plan de Consulta

El Plan de Consulta debe ser entregado por la entidad promotora a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, junto con la propuesta de la medida a consultar, conteniendo al menos:

- a) Identificación del o de los pueblos indígenas a ser consultados;
- b) Las obligaciones, tareas y responsabilidades de los actores del proceso de consulta;
- c) Los plazos y el tiempo para consultar, los que deberán adecuarse a la naturaleza de la medida objeto de consulta;
- d) Metodología del proceso de consulta, lugar de reuniones e idiomas que se utilizarán, y las medidas que faciliten la participación de las mujeres indígenas en el proceso;
- e) Los mecanismos de publicidad, información, acceso y transparencia del proceso, así como el mecanismo para realizar consultas o aclaraciones sobre la medida objeto de consulta.

Con ello, inician dos etapas que consideramos fundamentales, y que han sido denominadas por el Reglamento de la Ley de Consulta Previa como “Etapa de publicidad de la medida” y “Etapa de información”.

Como se puede desprender de la propia denominación de cada etapa, en la primera mencionada se busca difundir la medida administrativa o legislativa (es decir, el objeto de consulta) para que las organizaciones representativas de los sujetos de consulta puedan conocer los alcances de la medida y del Plan de Consulta.

Evidentemente, conociendo la particularidad de cada población, y el probable manejo de una lengua distinta a la oficial (castellano), para asegurar la correcta receptividad de la información, en la publicidad de la medida debe tenerse en cuenta el idioma de la población, así como las condiciones sociales.

Por ejemplo, no se cumpliría el fin de esta etapa si la población utiliza únicamente una lengua tradicional (como en el caso del Perú, el Achuar, Awajun, Ikitu, Matsigenka, Nanti, entre otros) y la información se plasma en castellano o utilizando una lengua distinta (V.gr. quechua) a la que utilizan los sujetos de consulta.

Cerrada esta etapa, inicia la etapa de información, que implica comunicar a la población sobre los motivos, las implicancias, impactos y consecuencias del objeto de consulta, teniendo una duración de treinta y sesenta días calendario, conforme al artículo 18 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

Una vez recibida la información del objeto de consulta, es razonable que exista una etapa (de evaluación interna) en la que se permita a los sujetos de consulta evaluar los alcances de la medida administrativa o legislativa, con un plazo máximo de 30 días calendario, para ello la entidad promotora debe proporcionar todo el apoyo logístico para este fin.

La consecuencia de esta etapa de evaluación interna se ve plasmada en un documento cuyo contenido explícito puede versar sobre dos asuntos concretos: (i) El acuerdo con el objeto de consulta; o, (ii) El desacuerdo que puede contener modificaciones, aportes o propuestas al objeto de consulta. Esto último se circunscribe a las posibles consecuencias directas de las afectaciones que esto pueda generar en sus derechos colectivos, pues esto último constituye el valor que se pretende proteger con el proceso de consulta previa.

El acuerdo implica la conclusión del proceso, debiendo ser firmado por los representantes, y en caso no puedan firmar, podrán colocar su huella digital, teniendo valor de Acta de Consulta.

El desacuerdo, por su parte, puede ser resultado de la manifestación de voluntad expresa de los representantes o la atribuida ante el silencio, esto último quiere decir, que una vez transcurrido el plazo establecido no se hubiera comunicado la decisión adoptada.

Ante el desacuerdo, la etapa que se activa en el proceso de consulta es la de diálogo e implica evaluar las diferencias existentes entre la propuesta de la entidad promotora y lo que señalen los sujetos de consulta. Esta etapa puede realizarse en la sede de la entidad promotora u otra que se elija, debiendo la entidad promotora en cualquier caso cubrir todos los costos asociados con la participación de los sujetos de consulta (Traslado, alimentos, etc.).

El Reglamento de la Ley de Consulta Previa plantea dos reglas mínimas que deben observarse en esta etapa, siendo las siguientes:

Artículo 20.- Etapa de diálogo

[...]

20.7 En el desarrollo de la etapa de diálogo se observarán las siguientes reglas mínimas:

- a) El o los pueblos indígenas tienen el **derecho de usar su lengua nativa o el idioma oficial**. Cuando alguna de las partes desconozca el idioma del interlocutor se contará con los intérpretes respectivos.
- b) Al iniciar la etapa de diálogo, la entidad promotora de la medida legislativa o administrativa debe realizar una **exposición sobre los desacuerdos subsistentes al terminar la etapa de evaluación interna** sobre la base de los documentos que las partes presentaron al finalizar dicha etapa. Realizada esta presentación se inicia el proceso de búsqueda de consenso. (Resaltado agregado).

Como puede apreciarse, estas reglas versan sobre dos garantías implícitas del proceso, sin las cuales, claramente no se legitimaría su realización: (i) El derecho de los pueblos de comunicarse de acuerdo con sus costumbres, es decir, el uso de su lengua oficial; y, (ii) La exposición de los desacuerdos, que permitirá trazar la agenda sobre la cual se desarrollará el proceso de diálogo.

Existe una cláusula establecida en el Reglamento de la Ley de Consulta Previa que se basa en el principio de buena fe establecido en el artículo 4 de la Ley, este principio vincula a las partes del proceso de tal manera que se proscribe la realización de conductas que puedan entorpecer indebidamente la correcta realización del proceso, como proselitismo partidario o conductas antidemocráticas.

De presentarse este escenario, la entidad promotora se encuentra legitimada para poner fin al proceso de diálogo, siendo una potestad que no se deja a su libre arbitrio, pues el incumplimiento del principio de buena fe debe implicar la imposibilidad de continuar con el proceso, circunstancia que debe ser expresada en el informe respectivo, ocurriendo lo mismo en los casos que los sujetos de consulta no quieran participar del proceso y la entidad hubiera agotado todos los medios posibles para arribar al diálogo.

El cierre de esta etapa de diálogo se expresa en un documento denominado acta de consulta, en el cual constarán los acuerdos adoptados, precisando si son totales o parciales, así como los desacuerdos existentes, con la debida indicación de las razones que lo sustenten. Claramente, al ser un acta requiere la firma de los intervinientes, entendiéndose que la negativa a firmar el acta por parte de los sujetos de consulta constituye un desacuerdo con la medida materia de consulta.

Sin embargo, a pesar del desacuerdo la decisión final recae en la entidad promotora, lo que exige -indudablemente- una motivación especial que considere diversos aspectos, como los siguientes:

- Evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los sujetos de consulta; y,
- Evaluación de las consecuencias directas de la decisión en los derechos colectivos reconocidos constitucionalmente y los que tutele el derecho internacional.

7. La consulta previa en el subsector minero peruano

En el subsector minero peruano la aplicación del proceso de consulta previa es de especial relevancia, teniendo en consideración la constante tensión existente entre la población y los inversionistas mineros, cuya historia en el Perú ha estado rodeada de una alta conflictividad. Basta para ello recordar los conflictos presentados en Tambo Grande, Tía María, Bagua, entre otros, para dar cuenta de la especial importancia de este mecanismo.

A nuestro parecer, al día de hoy claramente la regulación en minería en el Perú es de las más garantistas hacia el medio ambiente; es el sector más regulado en materia ambiental, y viene llevando adelante evidentes acciones de respeto a los derechos de las poblaciones que ocupan el territorio sobre el cual se requiere ejecutar un proyecto minero.

Por ello, el sector Energía y Minas; como ente promotor, tiene una gran responsabilidad frente al desarrollo de la minería y en forma paralela se convierte en un veedor del respeto por el aspecto social, es por ello que:

“Considerando las actuales responsabilidades en la regulación de la minería, las autoridades responsables de llevar adelante los procesos de consulta previa serían el Ministerio de Energía y Minas y los Gobiernos Regionales (minería de pequeña escala). No obstante, la entrada en funcionamiento del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE), puede implicar la intervención de esta nueva entidad para el caso de proyectos mineros que requieran evaluaciones de impacto ambiental detallados, es decir, para aquellos de gran complejidad y escala.” (Lanegra, 2014, p. 106).

En el año 2013, en el Perú se afirmaba lo siguiente:

“En ese sentido, la consulta va más allá de los mecanismos de participación ciudadana contemplados en la normativa del sector energético y minero, los cuales se aplican durante la evaluación ambiental y consisten por lo general en avisos radiales, talleres informativos y una audiencia pública.

Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado indicando que ninguno de los reglamentos emitidos por el Ministerio de Energía y Minas ha logrado desarrollar el derecho a la consulta previa en los términos consignados por el Convenio 169 de la OIT, en virtud de que dichos dispositivos se limitan a habilitar talleres informativos con las poblaciones afectadas, convirtiéndose éstos en meros receptores de una información otorgada por el Estado.” (Soto, 2013, p. 147).

Para contextualizar un poco en la situación legal actual de la consulta previa en minería en el Perú, tenemos en principio que la entidad a cargo es el Ministerio de Energía y Minas, encontrándose asignada esta función específica de implementar y conducir los procesos de consulta previa a la Oficina General de Gestión Social, conforme al literal e del artículo 51 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas aprobado por Decreto Supremo 021-2018-EM.

Recientemente, con el propósito de fijar criterios claros en esta materia, el Ministerio de Energía y Minas emitió la Resolución Ministerial 403-2019-MINEM-DM que Precisan los casos de los procedimientos administrativos del subsector minero en los que corresponde realizar el proceso de Consulta Previa y modificación TUPA de la Dirección General de Minería.

De esta forma, el artículo 1 de esta Resolución Ministerial precisa los casos en los que se requiere realizar el proceso de consulta previa, teniendo así lo siguiente:

Procedimiento Administrativo del subsector Minero	
Denominación del Procedimiento administrativo según TUPA	CASO
Otorgamiento y modificación de concesión de beneficio	CASO A: Otorgamiento de concesión de beneficio.
	CASO B: Modificación de Concesión de Beneficio. B.1. Para ampliación de Capacidad Instalada o Instalación y/o Construcción de componentes, que impliquen nuevas áreas (incluye depósitos de relaves y/o plataformas (PAD) de Lixiviación.
Autorización para inicio/reinicio de las actividades de exploración, desarrollo, preparación, explotación (incluye plan de minado y botaderos) en concesiones mineras metálicas, no metálicas, y modificatorias	CASO A: Inicio de las actividades de exploración.
	CASO B: Autorización de las actividades de explotación (incluye aprobación del plan de minado y botaderos).
Otorgamiento y modificación de la concesión de transporte minero y de la concesión de labor general	Caso A.1: Otorgamiento de concesión de transporte minero
	CASO A2: Modificación de la concesión de transporte minero A.2.1 Para la modificación con ampliación de área

Como se ve, del cuadro inserto que tiene su origen en la Resolución Ministerial a la que hemos hecho alusión, no se requiere contar con consulta previa para el otorgamiento de la concesión minera.

Evidentemente, ello genera opiniones discrepantes, por ejemplo, una de las razones que se dan se basa en el siguiente argumento:

El procedimiento para el otorgamiento de concesiones mineras en el Perú es absolutamente incompatible con las normas de rango constitucional que protegen el derecho al territorio y el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, pues al no ser nunca estos pueblos notificados en forma efectiva de la expedición de las concesiones, estos nunca podrán interponer los recursos legales pertinentes de oposición, quedando los derechos de los pueblos indígenas en una situación de indefensión. En otras palabras, el titular del derecho de propiedad y del derecho al territorio, en este caso las comunidades campesinas, nunca es notificada e informada de manera cierta que se está disponiendo de los recursos que existen debajo de su propiedad (Instituto de Defensa Legal, 2018).

Sin embargo, no se justifica con mayor sustento la necesidad, algo que a nuestra consideración no puede sostenerse, debido a que, al momento del otorgamiento de la concesión minera, en el caso del Perú, no existe una legitimación inmediata del titular del derecho que le permita ejercer de manera inmediata las actividades que devienen del derecho otorgado.

Siendo esto así, de existir una afectación únicamente es ficticia, y no justifica instaurar un proceso de consulta previa en esta etapa, cuando antes de la autorización del inicio de las actividades ya se realiza este proceso de la mano del Ministerio de Energía y Minas.

Viendo así las cosas, puede advertirse que no existiría una necesidad real de contar con un proceso de consulta previa antes del otorgamiento del título de concesión minera, pues si el objeto del proceso es cautelar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, con la concesión no se genera ningún tipo de afectación, ni real ni potencial, ni positiva ni negativa, dado que -como ya se dijo- todas las prerrogativas que esta confiere quedan condicionadas a que se cuente con la autorización de inicio de actividades.

En este sentido, pretender instaurar un proceso de consulta previa antes del otorgamiento de títulos de concesión minera solo implicaría dilatar de manera innecesaria el proceso de titulación minera, y con ello, diferir (aún más) la ejecución del proyecto, lo que lleva consigo todos los beneficios que genera tanto a nivel de oportunidades laborales para la propia población circundante como para el erario nacional a través de la percepción de los impuestos que se pagan con la minería.

De todo lo señalado en esta breve investigación hemos podido advertir que la consulta previa represente un derecho para los pueblos indígenas y originarios que se garantiza a través de la implementación del proceso respectivo construido

sobre la base de principios sólidos cuya vocación es fundamentalmente propiciar escenarios de información y diálogo entre el Estado y estos pueblos.

En países como el Perú, la implementación del derecho a la consulta es de especial relevancia, no solo por su significado en lo que concierne al respeto de los derechos de las comunidades, sino porque en nuestro territorio habitan diversas comunidades de origen precolombino que por mucho tiempo se han desarrollado con instituciones propias y con visiones ideológicas distintas, por lo que el proceso de consulta se crea con la finalidad de reducir esas brechas ideológicas y lograr que en el Perú (un país además con muchos recursos minerales) se pueda reducir la ausencia de información y con ello la conflictividad social.

Aunque seguramente exista mucho camino por recorrer, la instauración de este derecho y su desarrollo a través del proceso regulado por la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, constituyen un paso importante para lograr una mejor convivencia social, cuestión que repercutirá positivamente en el desarrollo del país.

Referencias bibliográficas

CERQUEIRA, D. **“Por un fundamento ético-jurídico de la participación diferenciada de los pueblos indígenas en las decisiones estatales”** en Quintana, K y Flores, R. *Los derechos de los pueblos indígenas. Una visión desde el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

EGUIGUREN, F. **“El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa: desarrollo, dificultades y desafíos”** en *Pensamiento Constitucional* (21), 2016, pp. 61-80.

GARRETA, J.. **“La diversidad como problema. Contextos educativos”**, en *Revista de educación*, (4), 2001, pp. 161-175.

HERRERA, J. *La posibilidad de implementar la consulta previa en el procedimiento de obtención de la certificación ambiental de los proyectos de la gran y mediana minería*. Tesis para optar el Título de Abogado. Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa, 2018.

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL. **¿Deben ser consultadas las concesiones mineras?** En Enfoque Derecho, Portal Web, disponible en (<https://www.enfoquederecho.com/2018/12/04/deben-ser-consultadas-las-concesiones-mineras/>).

LAMADRID, H. *El Derecho de las Comunidades Campesinas. Una lectura desde la Constitución*, Lima, Grijley, 2018.

LANEIRA, I. **“Consulta Previa, Minería y Regulación Ambiental en la Legislación Nacional”**, en *Derecho & Sociedad*, (42), 2014, pp. 101-112.

MINISTERIO DE CULTURA. *Consulta a los Pueblos Indígenas. Guía Metodológica*, 2013.

MINISTERIO DE CULTURA. *Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas u Originarios*, 2016.

RUIZ, J. “**Problemas jurídicos en la implementación de la consulta previa en el Perú: o los “pretextos jurídicos”** del gobierno para incumplirla”, en *Derecho & Sociedad*, (42), pp. 179-192.

SANBORN, C., Hurtado, V. y Ramírez, T. *La consulta previa en el Perú: avances y retos*, Lima, Universidad del Pacífico, 2016.

SOTO, M. “**Consideraciones para la implementación del derecho a la consulta previa en el sector minero**”, en *Derecho & Sociedad*, (40), 2013, pp. 143-158.

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y REGIONAL DE LAS AMÉRICAS ⁸⁹

Laurent Sermet⁹⁰

Introducción

La cuestión del “Derecho de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional y Regional de las Américas” es un tema amplio e interesante para ser discutido. Por lo tanto, comenzaremos con un mapa.

⁸⁹ Conferencia dictada en inglés (Título original: *Indigenous people's rights in International and Regional American Law*) en el XVI Curso de Invierno de Derecho Internacional el 13 de Julio de 2020. Traducción y adaptación autorizada y realizada por Paula Neves, colaboradora del Centro de Derecho Internacional, en el mes de septiembre de 2020.

⁹⁰ Profesor en el Instituto de Estudios Políticos de Aix-en-Provence; Miembro del Comité Nacional de Universidades, del Gabinete de la Conferencia Internacional de las Facultades de Derecho;

Hace cuatro meses estuve en la Guayana Francesa y tuve encuentros muy interesantes con nativos y pueblos indígenas de la Amazonia.

Si observamos con atención el mapa de arriba, podemos ver resaltados dos colores principales: el primero que se destaca es el color naranja y el segundo son las áreas en color verde.

Las áreas que se encuentran en naranja indican los territorios indígenas en la Amazonia y, como puede verse, hay una importante cantidad de tierras indígenas en gran parte del subcontinente del sur. A su vez, las regiones resaltadas con color verde son las áreas protegidas para fines de preservación ambiental.

Gran parte de las áreas naranjas y verdes se encuentran muy cercanas unas de las otras, como efectivamente se observa en el mapa, y esto puede indicarnos un hecho: donde hay territorios indígenas también hay protección ambiental. Son áreas protegidas independientemente de cuál ley de protección ambiental se aplique sobre estos territorios.

Sabemos que la Floresta Amazónica se extiende a lo largo de muchos países, y uno de ellos es Brasil (como podemos ver en el mapa). Brasil tiene su propia legislación sobre los territorios indígenas y sobre las áreas protegidas para fines ambientales, así como también tienen sus propias leyes la Guayana Francesa, Surinam, entre otros. Todas esas normativas domésticas tendrán algo en común y su raíz se encuentra en el Derecho Internacional.

1. Perspectiva contemporánea sobre los Pueblos Indígenas

1.1. *La diferencia cultural como un “encantamiento”*

Ya comenzando propiamente con la introducción del tema, me gustaría, en primer lugar, discutir sobre la perspectiva contemporánea de las personas indígenas. ¿Qué significaría eso? Cuando pensamos e intentamos analizar con el fin de comprender qué son los pueblos indígenas, ya no desde el punto de vista legal, sino de forma sustancial, ¿cómo los vemos?

En una primera respuesta, considero interesante enfatizar la cuestión del “encantamiento” o “deslumbramiento”. Existe una especie de encantamiento como consecuencia de la diferencia cultural entre los pueblos indígenas y nosotros.

En varios momentos durante el siglo XIX, es importante destacar que se dio un nuevo “descubrimiento” de los pueblos indígenas (aunque, en contextos diferentes, el descubrimiento de Brasil y sus pueblos nativos se haya dado antes del siglo XIX).

Después de la Segunda Guerra Mundial, podríamos decir que hubo algo parecido a un “(re)descubrimiento” de los pueblos indígenas, pero esta vez sin propósitos específicamente colonialistas. En este “(re)descubrimiento”, el mundo occidental buscó entender desde una nueva perspectiva la forma en que piensan los pueblos indígenas, cómo viven, en qué creen, y podríamos decir que fue en este momento cuando se dio una suerte de deslumbramiento ante la diferencia cultural con la que se toparon.

Incluso antes de los períodos ya mencionados, digamos en el siglo XVIII, cuando el primer descubrimiento de vastos territorios lejanos fue posible, surgieron dos mitos en el pensamiento jurídico y filosófico francés de la época.

El primero se relacionaba con el descubrimiento de Taití en el medio del Océano Pacífico. Cuando Bougainville llegó a Taití quedó completamente deslumbrado porque las personas que allí vivían estaban en paz, tenían una vida tranquila, y le sobrevino el siguiente pensamiento: “nosotros, los del mundo occidental, somos malos, porque queremos los recursos de estas personas, sus tierras, sus riquezas. Ellos son los buenos y nosotros los malos”.

En este momento, es preciso aclarar que fuimos nosotros quienes introducimos el pensamiento occidental en esas áreas a medida que eran descubiertas por el mundo occidental.

Este encantamiento, producto del descubrimiento de la diferencia cultural entre el mundo occidental y el no-occidental, generó un pensamiento considerado positivo en el sentido de que un “pueblo” tendría mucho que aprender del otro.

Para dar una perspectiva o un ejemplo sobre esa diferencia cultural como un encantamiento, traigo a discusión los argumentos del célebre pensador y antropólogo Claude Lévi-Strauss.

Él es reconocido por lo que escribió sobre la antropología estructural, que es el tema que trata en su obra principal. Lévi-Strauss visitó Brasil cuando todavía era joven en el contexto de una buena relación existente entre Brasil y Francia; en ese entonces Brasil le había pedido a Francia que abriera una universidad en San Pablo. Por esta razón, Lévi-Strauss fue a la ciudad y, durante su estadía en el país, tuvo contacto y realizó sus hallazgos sobre los pueblos indígenas del continente Sudamericano. Luego de sus análisis e investigaciones, el antropólogo escribió dos textos sobre este tema en los años 1952 y 1971.

En el año 1952, Lévi-Strauss escribió un estudio a pedido de la UNESCO que fue conocido como *Race et Histoire*⁹¹, Raza e Historia, en francés. Una de las principales conclusiones que puede desprenderse de este primer estudio es que sería terrible para los pueblos indígenas que no tuviesen alguna forma de contacto externo con otras personas más allá de sus tierras, y que sería negativo para su comunidad estar y mantenerse completamente aislados del mundo.

Ese pensamiento y conclusión originales alcanzados por Lévi-Strauss en 1952, fueron de suma importancia para la filosofía de la UNESCO y sus relaciones culturales, ya que fue en ese contexto en el que los pueblos indígenas pasaron por procesos de afirmación cultural.

Casi 20 años después, en 1971, el antropólogo francés volvió a la UNESCO y dio una nueva conferencia. En ella, dijo que a partir de ese momento el título sería Raza y Cultura⁹², diferente al que le había dado a su trabajo publicado dos décadas atrás: “Raza e Historia”. En esa ocasión, Lévi-Strauss afirmó lo opuesto a su pensamiento anterior sobre el aislamiento de los pueblos indígenas: en verdad, resulta algo necesario para que se preserven los pequeños grupos y pueblos, ya que la relación cultural no es natural cuando ocurre alguna forma de contacto. En caso de que una minoría tenga contacto con los participantes de una mayoría, el impacto de los últimos sobre los primeros sería tal que podría, eventualmente, destruirlos.

En 1971, las afirmaciones de Lévi-Strauss en oposición a lo que había dicho en su primer estudio de la década de los 50, significaron un cambio brusco y complejo para el pensamiento político de la UNESCO. En esta ocasión, el nuevo discurso del antropólogo provocaría un cambio absoluto en los abordajes políticos de la Organización.

Otra lección importante de esta conferencia de 1971 (y esta parte resulta muy actual e interesante para nuestra discusión) fue lo que Lévi-Strauss explicitó en relación a que: la relación intercultural no es neutra y el problema no es que tenemos una cultura diferente a la de ellos, sino que en realidad el problema es demográfico. Tenemos y enfrentamos un problema demográfico global, y por consiguiente, debemos separar a los pequeños grupos y acentuar su aislamiento.

⁹¹ LÉVI-STRAUSS, Claude. *Race et histoire*, Paris: UNESCO, 1952; Paris: Denoël, 1987.

⁹² LÉVI-STRAUSS, Claude. *Race et culture*, Conférence prononcée à l’invitation de l’Unesco à Paris le 22 mars 1971.

1.2. *La vida indígena en su drama y resiliencia*

Comenzamos ahora con la segunda parte de la introducción.

Después de haber entendido el concepto de la diferencia cultural como un encantamiento, nos encontramos con el límite de este encantamiento, que es la vida actual y la realidad que viven y enfrentan los pueblos indígenas hoy en día: el drama de la discriminación que sufren mientras intentan permanecer resilientes.

Lo que muchas veces sucede con los pueblos indígenas es una forma de exterminación explícita e incluso implícita. Es evidente la extrema vulnerabilidad de estos pueblos y, en muchas ocasiones el derecho a luchar -que es claramente reconocido-, no es posible porque no son fuertes ni suficientes frente a su “enemigo”. Los pueblos indígenas no se encuentran en una posición considerada fuerte ni suficiente para poder luchar, para realmente poder batallar ante su extrema vulnerabilidad y contra su exterminación.

Otro punto importante a tener en cuenta en este drama y resiliencia vivido por las comunidades indígenas, es la necesidad que ellos tienen de proteger: A) su identidad física, cultural y espiritual y B) sus tierras. Y es justo aquí que comprendemos lo necesario que es el Derecho para poder prestar protección, y también la importancia de tener políticas públicas bien elaboradas y efectivas.

De manera muy interesante, en esta relación entre drama y resiliencia, surgió un nuevo término jurídico que es la noción de “pueblos indígenas”. Este concepto, que puede ser considerado como reciente, fue reconocido hace aproximadamente 30 años atrás. Anteriormente, el término utilizado era “poblaciones indígenas”, cuyo significado, veremos, es bastante diferente.

1.3. *La crítica contemporánea*

La tercera parte que vamos a desarrollar a continuación trata sobre los preceptos indígenas: qué nos enseñan los nativos y qué lecciones ofrecen a quienes formamos parte del mundo occidental y moderno. ¿Qué cosas nos proporcionan en forma de conocimiento?

Nos enseñan, por ejemplo, que hay una unidad absoluta entre el hombre, la cultura y la tierra, y que tenemos que respetar no solo el territorio que habitamos sino la Tierra en sí misma.

Los pueblos indígenas le prestan la atención necesaria a la ecología ambiental, y podemos ver eso de manera muy clara en el mapa que fue presentado al inicio de esta discusión. El mapa muestra la conexión entre naturaleza y cultura y nos enseña que tenemos que proteger esa relación.

Otra lección que podemos tomar de los pueblos indígenas es su rechazo a la modernidad y la crítica que realizan a la temporalidad moderna, a cómo se desarrollan los días en la actualidad y la velocidad de la lógica de mundo en la que estamos inmersos.

2. Pueblos indígenas: ¿Definición?

2.1. *Ninguna definición jurídica explícita y vocabulario indefinido*

Continuando con la siguiente parte de la introducción, podemos preguntarnos: ¿cuál es la definición?

A partir de este momento, adoptaremos una perspectiva de pensamiento jurídico mediante la que intentaremos llegar a un entendimiento sobre cómo definimos nosotros a los pueblos indígenas y, por supuesto, cómo los define el Derecho Internacional.

En este punto, de manera interesante, el Derecho Internacional opta por no ofrecer ninguna concepción explícita e irrefutable: no da ninguna definición, ni siquiera un concepto para fines legales, como veremos que fue escrito en la Resolución de 2007. Al mantenerse sin un concepto absoluto, esto dificulta poder conocer exactamente sobre lo que estamos hablando.

Podemos citar un ejemplo haciendo una pregunta: ¿es la misma característica la que califica a una población como minoría, o son las características indígenas las que describen a este pueblo como minoría? ¿Es todo lo mismo o es diferente? ¿O será que es lo mismo sólo parcialmente?

En verdad es muy difícil saberlo con seguridad, en concreto. En lo que respecta a los pueblos indígenas, diría que el término “poblaciones indígenas” es más para satisfacer propósitos culturales que sociológicos.

Identificamos a una población por lo que la distingue de las otras, principalmente por lo que posee y que se configura como culturalmente distinto.

Actualmente, cuando tenemos que comparar los términos “población” y “pueblos”, optamos, del mismo modo que lo hizo el Derecho Internacional,

por la concepción de “pueblos indígenas”, de forma clara y sin mayores dificultades. Sin embargo, cuando decimos pueblos “indígenas” el concepto elegido no es sociológico ni tampoco cultural, sino que es político. En otras palabras, diría que si estamos hablando de pueblos indígenas, estamos hablando de autodeterminación. Y los “pueblos indígenas” son calificados así por su derecho inherente a la autodeterminación. Cuando escogemos hablar de Pueblos Indígenas, sólo se reconocen algunos elementos culturales, siendo estos: el derecho a la libertad de expresión, a la libertad religiosa, a la libertad para vivir y a tener una identidad sin interferencias políticas externas, ni siquiera del concepto político de la autodeterminación.

Existen algunos vocablos interesantes como “tribalismo” o “nomadismo”, por ejemplo, en los cuales el Derecho Internacional es bastante confuso. Por mi parte, recomiendo queelijamos y utilicemos el término “pueblos indígenas”, teniendo en cuenta que estamos hablando principalmente sobre la autodeterminación política de ese grupo.

Otra de las distinciones que vale la pena destacar, y sobre la cual insistiré, es la diferenciación entre “pueblos indígenas” e “indígenas” como individuos.

2.2. Abordaje doctrinario: Martínez Cobo (1986)

Incorporo ahora a nuestra discusión a Martínez Cobo. Él fue un Relator Especial de la ONU y en 1986 ofreció una definición doctrinaria, o un abordaje doctrinario, a los términos que tratamos anteriormente. Cobo explicitó que para comprender quiénes son los pueblos indígenas, necesitamos entender que hay una relación entre el pasado, el presente y el futuro.

Para entender de lo que estamos hablando desde el punto de vista jurídico, traigo como ejemplo el caso del choque colonial. Los pueblos originarios fueron los primeros habitantes de la tierra: éste es el pasado. En segundo lugar, hay un nexo entre el pasado y el presente: en la actualidad, estos pueblos enfrentan discriminación y vulnerabilidades, y no pueden ser considerados completamente libres. Ellos no son parte de una nación, sino que forman parte de una nación que les fue impuesta.

Ahora bien, también existe una relación entre presente y futuro, en el sentido de que ellos quieren preservar sus tradiciones aún en los tiempos venideros. Martínez Cobo expresa que si quisiéramos entender la verdadera

noción de *indigenusness*⁹³ tenemos que rehacer y trazar nuevamente esa conexión entre el pasado -el experimento colonial desde la perspectiva de los primeros habitantes de esas tierras- con el momento actual en el que enfrentan la discriminación; y con el futuro, en el que deseamos que ellos tengan sus propias culturas, lengua e identidades espirituales.

2.3. Ausencia de consenso internacional: dictamen consultivo de la AfCHPR⁹⁴

En América del Sur, podemos concluir que proporcionamos un abordaje consensual en lo que respecta a las definiciones. Ahora, analizaremos la perspectiva del continente Africano.

En África, en el año 2006, el continente entero se opuso al trabajo de la Asamblea General de la ONU. De esta forma, la AGNU tuvo que atrasar su encuentro por un año (del 2006 al 2007) debido a esta oposición del continente Africano. El continente no estaba ante ninguna Corte, pero discrepaba del consenso internacional sobre los hechos que los pueblos indígenas enfrentaron en el pasado durante el experimento colonial y señalaron que tenían su propio significado de lo que es ser indígena⁹⁵.

3. ¿Cuál es el papel del Derecho Internacional en lo que respecta a los pueblos indígenas? *El Derecho como un lenguaje en común; El Derecho como protección; Ambigüedad del Derecho;*

Continúo ahora con el principal punto de la introducción: ¿cuál es el papel del Derecho Internacional en este contexto? ¿Qué queremos del Derecho Internacional en lo que respecta a los pueblos indígenas? ¿Cuál es la relación entre el Derecho Internacional y los pueblos indígenas?

Un primer elemento de repuesta es: El Derecho propiamente dicho y el Derecho Internacional ofrecen un lenguaje en común, como pudimos ver en el

⁹³ Es la sustantivación de indígena; ser indígena.

⁹⁴ African Court on Human and People's Rights, en español: Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

⁹⁵ Aquí el autor se refiere al término "*indigenusness*".

mapa, y sabemos que hay leyes en Brasil en materia de los pueblos indígenas que habitan el territorio brasileño.

Del mismo modo que en la Guayana Francesa, en Surinam, y desde Venezuela en adelante, el Derecho Internacional posee: A) un lenguaje en común, por ejemplo, tener un mínimo entendimiento del idioma común de las personas o poblaciones; B) Es claro que la función del Derecho Internacional es proteger, por lo tanto necesitamos velar por una protección proporcionada por el propio Derecho Internacional; C) considero que este punto es muy interesante para ser discutido: hay cierta ambigüedad del Derecho Internacional, porque por un lado es un reflejo del pensamiento occidental, y por otro lado, los pueblos indígenas tienen su propio pensamiento no-occidental; he aquí la cuestión: ¿ese pensamiento occidental estará realmente a favor de la protección de los pueblos indígenas? No podemos saberlo con seguridad.

3.1. Problemática jurídica: ¿cómo afirmar? ¿cómo hacer cumplir?

Finalizando la parte introductoria, vamos a tratar una problemática que pienso que, en realidad, se trata de dos cuestionamientos específicos.

El primer elemento de esta problemática es sobre cómo irá el Derecho Internacional a afirmar los derechos de los pueblos indígenas. ¿Qué tipo de Derechos serán?

Debemos tener en cuenta que hay una gran diferencia entre *Soft Law* y *Hard Law*. Existe la *Soft Law* (en este caso, para los pueblos indígenas) y también está la *Hard Law* (que no se aplica en esta materia). Y en este contexto, prevalece la cuestión de cómo hacer cumplir sin necesariamente obligar. Sabemos que los Estados son la principal fuente de fuerza y poder, y sabemos que en sus territorios habitan pueblos indígenas. El Estado, como esa principal fuente de poder, se compromete a proteger, pero ¿cómo proteger de forma efectiva? ¿Cómo obligar al cumplimiento de algún dispositivo legal?

3.2. ¿Cuáles son las normas de Derecho Internacional? ¿Cuáles son los mecanismos internacionales de protección?

Continuamos ahora con los principales puntos de esta exposición.

En primer lugar: A) ¿Cuáles son las normas del Derecho Internacional que tratan sobre los pueblos indígenas? B) ¿Cuáles son los mecanismos internacionales de protección? Simplificando: ¿Cuáles normas? ¿Cuál protección?

Primer punto: si prestamos atención a las Normas Internacionales, podemos entender que la *Hard Law* existe, pero es bastante limitada en términos de materia. En primer lugar, cito La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989: hace unos tres o cuatro años atrás, escribí una conferencia que daría en Canadá sobre los niños indígenas. En la exposición planteé que, por primera vez en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el artículo 30 de la referida Convención utilizó el término “niño que pertenece a tales minorías” o “que sea indígena”. En este contexto, fue posible pensar sobre la “niñez indígena” y su protección internacional.

En el Derecho Internacional, también tenemos la Convención sobre la Diversidad Biológica de 1992. Esta Convención, en su transcurso en Rio (92), hablaba sobre las comunidades indígenas en relación a su conocimiento de la naturaleza y lo que ellos pueden enseñarnos sobre la preservación y cómo podemos utilizar conscientemente la diversidad biológica. Sin embargo, podemos observar aquí que existen dos iniciativas bastante limitadas: tenemos solamente un artículo en la totalidad de La Convención sobre los Derechos del Niño y un sólo artículo en toda la Convención sobre la Diversidad Biológica, y estos dispositivos no están necesariamente orientados hacia los problemas y los asuntos indígenas.

Existen excepciones en el Derecho Internacional, más concretamente tratándose de *Hard Law* internacional: el Convenio nº107 de la OIT, adoptado en 1957. El antiguo texto trata sobre las poblaciones indígenas, sin embargo, éste fue ratificado por un número limitado de Estados, o sea, se configura como *Hard Law*, pero fueron pocos los Estados que ratificaron el ya mencionado Convenio.

Interesantemente, ese texto fue adoptado durante el final de la colonización formal, pero el Convenio de 1957 -considerado ya dentro de un contexto postcolonial- se resistió a usar el término “pueblos indígenas” y optó por utilizar el término “poblaciones indígenas”.

En 1989, el Convenio 169, a pesar de que fue considerado un avance en la materia y de que habla directamente sobre los pueblos indígenas, sufrió algo semejante a los otros instrumentos internacionales sobre el tema: solo un número limitado de Estados ratificó el Convenio. Brasil fue uno de los pocos en ratificar el referido instrumento internacional.

Retornaré ahora a otro tipo de norma internacional: la Carta de los Derechos Humanos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948. ¿Existe alguna mención sobre los indígenas en este texto fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos? No. ¿Se hace alguna mención de los derechos de las minorías? Tampoco.

Podemos encontrar algo únicamente en el preámbulo sobre la familia humana, lo que ya de por sí resulta muy interesante. Pero el texto fue adoptado con un espíritu y en un contexto evidentemente no indígenas.

El segundo texto: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. El artículo 27 es muy importante para nosotros, pero lo que es importante en el texto es lo que dice sobre la minoría individual y los grupos minoritarios, y la libertad de tener sus propias diferencias culturales. Este instrumento, sin embargo, no fue escrito orientado a los pueblos indígenas, pero sí contempla a los individuos pertenecientes a grupos minoritarios. Se puede decir que para construir algo en ese sentido, tanto las minorías como “*indigenoussness*” comparten algunos elementos en común, sin embargo no comparten el tema ni utilizan el mismo término.

El tercer texto de la Carta de los Derechos Humanos es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el que no hay ni siquiera una mención sobre los pueblos indígenas. Con este otro ejemplo, podemos dar cuenta de cuán difícil es encontrar algo que hable específicamente sobre el ser indígena.

A continuación, vamos a tratar el texto más importante de la materia, la principal norma internacional para los pueblos indígenas que, a pesar de ser un texto bastante sistemático, es *Soft Law*.

Estamos hablando de un texto que fue adoptado en la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007 denominado UNDRIP: La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Este instrumento está orientado a los pueblos indígenas, pero no posee fuerza vinculante, es decir, no obliga a los Estados. Es meramente una *Soft Law*.

El artículo 3º trata sobre la autodeterminación del pueblo indígena. Y es sólo eso. Tenemos la norma, pero es *Soft Law*, y los Estados en la Asamblea General optaron por no transformar esta Declaración en un Tratado con fuerza vinculante.

Existen también algunas cláusulas muy interesantes sobre el derecho de acceso a la tierra, aunque la vayan a perder. Junto con ese reconocimiento viene también un límite, un bien determinado, que fue detallado en el artículo 46.

El artículo 46 es la delimitación del reconocimiento de la “*indigenoussness*”, o sea, del ser indígena. Está en el artículo 3º el derecho a la autodeterminación, pero no existe el reconocimiento de la autodeterminación internacional. Ésta es posible solamente dentro del Estado existente. En este sentido, podemos entender que hay una evidente relación de verticalidad en la que la “*indegenoussness*” es reconocida por el Derecho Internacional, pero aún antes de eso, deberá haber un reconocimiento de la propia existencia por parte del Estado.

Lo dicho anteriormente puede ser ejemplificado con otras palabras: no hay soberanía, ninguna soberanía real reconocida al pueblo indígena. Si la hubiese de alguna forma, los pueblos indígenas podrían volverse independientes y formar Estados, lo cual no es posible. Esto significa que tenemos una suerte de paradoja en el Derecho Internacional: los pueblos indígenas son sujetos de Derecho Internacional, pero no son sujetos en el sentido de poder convertirse en un Estado. Este es el límite.

Vamos a analizar ahora la Declaración de 2016. Tenemos aquí un punto muy interesante a ser discutido, ya que el Continente Americano es, hasta la actualidad, el único continente que opta por tener su propia declaración que trata sobre los indígenas. Y no es una copia del texto de 2007 de la ONU, como dijimos anteriormente. Es un texto Americano. Yo mismo, viniendo de Francia (donde tenemos una posición bastante estricta sobre la “*indigenoussness*”) no tengo ni puedo decir que exista un reconocimiento al indígena en el pensamiento jurídico y político del Estado Francés; ni siquiera encontramos nada en la doctrina. Hay una clara negación al ser indígena.

Del otro lado, lo que está vinculado a esta Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, es que el territorio desde América del Sur hasta América del Norte puede ser analizado como un continente indígena. Si existe la necesidad y si hay políticas públicas de Derecho Internacional de la Naturaleza, es porque el continente puede ser caracterizado como un continente indígena.

Existen bastantes cláusulas, como podemos ver en el artículo 1º y en el famoso artículo 3º de la Declaración del 2007 de la ONU, y tenemos también el artículo 3º de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas que trata de la autodeterminación. Los artículos 11 y 12 hablan sobre la protección contra el genocidio y el racismo. Si bien es un texto muy interesante, sigue siendo una *Soft Law*.

Partiendo hacia la conclusión del primer punto sobre la verdadera dificultad que enfrentó la ONU -en el contexto de las relaciones dentro de la ONU, sobre cómo resolver la contradicción entre derechos colectivos e individuales - cito la

Declaración de la ONU de 1948 que fue dedicada a los derechos individuales, del mismo modo en que se dedicaron los dos Pactos de 1966. Éstos optaron por conceder el reconocimiento individual a los derechos; en este sentido, nuestra dificultad reside en que nosotros no reconocemos solamente los derechos del individuo indígena, sino que además reconocemos los derechos colectivos. De esta forma, la innovación de la Declaración de 2007 continúa como una norma del tipo *Soft Law*, lo cual es muy relevante ya que significa que tenemos tres modalidades de derechos en lo que se dice al respecto de este nuevo sentimiento sobre la “*indigenoussness*”.

El primer tipo: existen derechos internacionales universales que afirma la Declaración de la ONU.

El segundo tipo: existen derechos indígenas para individuos.

El tercer tipo: es el tipo de derecho que son derechos indígenas colectivos.

La diplomacia de la ONU decidió acordar dentro de la Declaración de 2007 si, y solamente si, hubiera un aditivo que tratara sobre derechos colectivos e individuales, ya que si fueran sólo derechos colectivos y no individuales, habría una discordancia de normas, del espíritu de las normas. Resulta muy difícil y, en muchas ocasiones, no es posible solucionar esta contradicción, puesto que los derechos colectivos indígenas siempre prevalecen ante los derechos indígenas individuales.

Imaginemos el derecho de una mujer indígena en una situación de contexto indígena, y comparemos la misma situación sólo que ante el pensamiento y perspectiva universal. Hay acuerdos y desacuerdos.

Derecho Internacional: ¿cómo funciona?

En primer lugar, vale traer a discusión que existe un cuerpo en el ámbito de la ONU denominado “Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas”. Este foro permanente es un modelo de parlamento indígena transnacional, en donde las personas que se reúnen son de origen indígena. La foto a continuación nos muestra que en las Naciones Unidas existe formalidad e informalidad, así como modernidad e “*indigenoussness*”.



19ème Session de l'Instance Permanente. 13-24 Avril 2020

Una de las fuentes de protección internacional a los pueblos indígenas proviene de ese foro permanente.

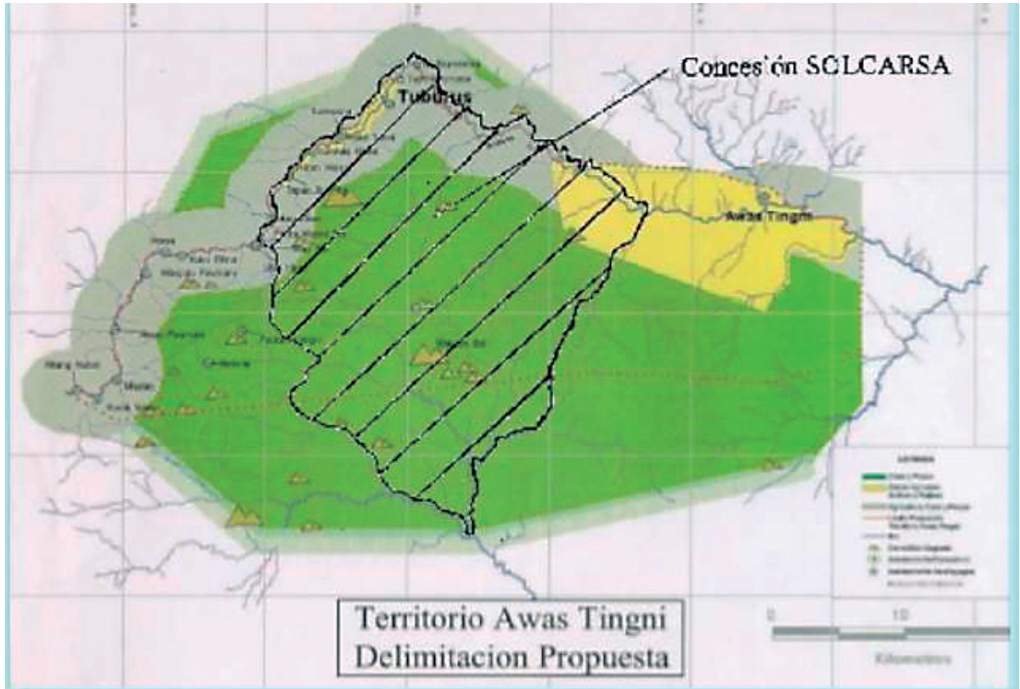
Protección Internacional: Relatores Especiales de la ONU

Presentaré a continuación otra forma de protección: una protección blanda que es la Relatoría Especial de las Naciones Unidas. En las fotos debajo, les presento dos famosos Relatores de la ONU: a la izquierda tenemos al famoso *rapporteur* José Martínez Cobo, de quien hablamos anteriormente sobre la definición que presentó en 1986, y a su lado, a la derecha, tenemos a la actual relatora Victoria Tauli-Corpuz.



Ambos relatores expresan que la protección se hace efectiva al nombrar y exponer, y al tenerse conciencia de una situación.

Resulta evidente que, si queremos tener una protección real y amplia, tenemos que apelar a las instancias judiciales a nivel internacional. Una de las instancias que pronuncia muchos juicios en este sentido es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El primer caso de temática indígena fue el de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua en el año 2001. Colocaré aquí dos imágenes: una de ellas muestra el territorio que este pueblo recuperó, y fácilmente podrán identificar el territorio que ellos litigaban ante la Corte. En la otra imagen se observan pequeños niños indígenas.



Este caso se trató sobre el tema de tierras y estuvo orientado a esta cuestión dentro de la temática indígena.

¿Y cuál fue la conclusión? La conclusión fue que es muy importante que hablemos sobre el pensamiento occidental y no-occidental. En primer lugar, es necesario saber que a través de la historia los pueblos indígenas desarrollaron una noción de propiedad que no es individual sino que es colectiva; lo que se diferencia bastante del formato que conocemos y con el que tenemos contacto, ya que en términos de derechos de propiedad, en el pensamiento occidental “propiedad” es y solamente puede ser de naturaleza individual. En el caso de los pueblos indígenas, tenemos propiedad colectiva.

La tribu, el pueblo y su gente poseen la tierra de forma colectiva. Y lo paradigmático es que la Corte reconoció el concepto de propiedad colectiva.

Otro punto importante en este juicio, en relación a la concepción de la tierra - considerada además como parte de la cultura- es que ésta es su raíz desde el momento en que es utilizada para su vida espiritual, su integridad e identidad como pueblo. Otra conclusión que derivó este juicio fue sobre la relación de los pueblos indígenas con su territorio; en el sentido de que la tierra no es meramente una cuestión de posesión con fines mercantiles de producción, sino que más bien es una cuestión de identidad. Identidad entre el pasado, el presente y el futuro.

Consideraciones Finales

Esta presentación fue bastante breve, rápida y, claro, metodológica. La cuestión principal aquí es lo que el Derecho Internacional contribuye a la causa de los pueblos indígenas.

En primer lugar, me gustaría decir que la “*indigenoussness*” permite al Derecho Internacional la elaboración de nuevos conceptos. Uno de ellos es, como lo planteamos anteriormente, el significado que poseen los derechos colectivos, mientras que el pensamiento jurídico se encuentra centrado en el concepto de derechos individuales.

La otra conclusión es en relación al papel y la función del Derecho Internacional con respecto a las *Soft Law* y *Hard Law* y sus abordajes sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Resulta evidente que una de las dificultades se da al respecto de la obligatoriedad de esos dispositivos, que son de baja efectividad, y que es innegable la debilidad de los mecanismos de protección.

Por último, quisiera concluir presentándoles a un amigo de la Guayana Francesa, quien se encuentra en la foto debajo. Él se llama Alexey y es del pueblo Kali'na localizado al norte de la Guayana Francesa, un líder en las cuestiones indígenas y en sus luchas. A su lado, podrán ver líderes indígenas más jóvenes quienes también quieren y luchan por sus derechos en el contexto de la Guayana Francesa.



DERECHO DE CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA, COMENTARIOS SOBRE EL SECTOR MINERO

Luis Fernando Bastidas Reyes⁹⁶

Luis Bustos ⁹⁷

Sumario: 1. Introducción. 2. Fundamentos de la consulta previa en Colombia. 2.1. Fuentes del derecho de consulta previa. 2.2. ¿En qué consiste la consulta previa? 2.3. Fundamento constitucional de la consulta previa. 2.4. Finalidades de la Consulta Previa. 3. Etapas del proceso de consulta previa y algunas fallas que lo hacen ineficiente. 4. Cifras vinculadas a la consulta previa en Colombia. 5. Algunos desafíos de la consulta previa en Colombia. 5.1. Imposibilidad de identificar con precisión comunidades étnicas y su ubicación geográfica.

⁹⁶ Abogado Especialista en Derecho Administrativo y Magister en Derecho Económico de la Universidad Javeriana. Así mismo, Master of Laws – LLM de University of Richmond, School of Law, Virginia – USA. Durante los años 2018 y 2020 se desempeñó como Vice Ministro (e) para la Participación e Igualdad de Derechos y Director de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Estructuró y ejecutó la estrategia de rediseño institucional de la Consulta Previa en Colombia, logrando entre otros, la transformación de la Dirección de Consulta Previa en la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa con autonomía técnica, administrativa y financiera. Correo electrónico: bastidasreyes@hotmail.com

⁹⁷ Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Público Ciencia y Sociología Política, título otorgado por la Universidad Externado de Colombia en convenio con la Universidad de Milán y la Universidad Complutense de Madrid. LL.M. Magister en Mineral Law and Policy de la Universidad de Dundee, Escocia. Actualmente es candidato Doctoral en Derecho de la Universidad Panamericana de México. Miembro del Instituto de Estudios en Regulación Minera, Petrolera y Energética de la Universidad Externado de Colombia. Docente-Investigador del Departamento de Derecho Minero Energético de la misma Universidad. Correo electrónico: luis.bustos@uexternado.edu.co

5.2. Obligatoriedad con la cual deben concurrir al proceso de consulta previa las entidades públicas que tienen competencia relacionada con proyecto(s), obra(s) o actividad(es). 5.3. Falta de definición de deberes y obligaciones a que se somete el titular del derecho de consulta previa y las consecuencias de su incumplimiento. Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

La consulta previa es una institución jurídica compleja que se puede estudiar como procedimiento administrativo y como derecho fundamental⁹⁸. En términos generales, se constituye como una manifestación de democracia participativa que le permite a los pueblos étnicos concurrir e incidir activamente en la toma de decisiones que les pueda afectar directamente.

En la consulta previa se discute sobre derechos humanos inalienables como la vida, el ambiente sano y el acceso al agua y se fijan medidas de manejo para su protección que deberían mejorar la calidad de vida de las comunidades de los pueblos étnicos. También representa para éstas una oportunidad de comunicación con las entidades públicas del Estado que se desplazan a los territorios bajo su ocupación a participar en los procesos de consulta previa, y en consecuencia también es un escenario para acceder a la oferta de programas y políticas públicas.

La riqueza étnica, cultural y ambiental de los colombianos es amplia. La consulta previa ha sido un instrumento para su conservación y ha provocado diferentes ajustes institucionales, empresariales y gremiales que han dejado al país una mayor conexión de éstos con las regiones y una cultura generalizada de promoción y respeto por los pueblos étnicos. Así, los impactos positivos de la consulta previa en Colombia son numerosos; ha sido un instrumento de construcción colectiva del territorio que coopera con el gobierno para identificar y lograr la garantía de derechos insatisfechos.

Sin embargo, en el entorno nacional viene creciendo una crítica que es representada por algunos sectores de la sociedad, para los cuales la consulta previa en su versión colombiana, genera alta conflictividad social⁹⁹ y política, a

⁹⁸ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. Los derechos de los pueblos indígenas: Luchas, contenido y relaciones. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2015. pp. 84 y sigs. Ver También, RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas. Bogotá: GIZ, Cooperación Alemana y Universidad del Rosario, 2014. p. 34

⁹⁹ Tal como lo indica la Defensoría del Pueblo colombiana, que hace parte del ministerio público y tiene como responsabilidades el velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos

la vez que se ha convertido en un gran reto y en una dificultad a la hora de poder erigir y llevar a buena conclusión proyectos, obras o actividades (en adelante, “POA o POAs”) de todo tipo: mineros energéticos, infraestructura, servicios públicos etc.¹⁰⁰. Esta dificultad se exagera cuando se trata de extracción de recursos naturales del subsuelo. Tanto así, que del lado de la inversión se ha indicado que la institución jurídica resulta antagónica a sus fines y principios integracionistas que la definen¹⁰¹, constituyendo en muchos casos una barrera de acceso y un desincentivo a la inversión.

Se ha llegado a pensar que nos enfrentamos a un abuso del derecho¹⁰² de consulta previa, fenómeno que debilita y perjudica a todos los colombianos,

humanos en el país, la gran cantidad de asuntos llevados ante el poder judicial, especialmente ante la jurisdicción constitucional, en donde se promueven disputas cuyo tema central son las consultas previas, nos ha llevado a un estado de intensa judicialización del mencionado derecho en el país, creando cambios en los contenidos y alcances que no previenen la conflictividad, es así como según ésta institución “... El efecto de lo anterior ha sido en la práctica, a pesar de la existencia de criterios y subreglas claras, el de la inseguridad jurídica tanto para los interesados en las medidas administrativas o legislativas, incluido el sector privado, como para los propios pueblos étnicos”. Defensoría del Pueblo Colombia: INFORME DEFENSORIAL, Garantía y Protección del Derecho Fundamental a la Consulta Previa y el Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos y Comunidades Étnicas en Colombia. [En línea] Consultado septiembre 24 de 2020. pp. 71 y sigs. Disponible en https://www.defensoria.gov.co/attachment/3374/Informe%20Defensorial%20Derecho%20a%20Consulta%20Previa_%281%29.pdf?g_show_in_browser=1

¹⁰⁰ Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión. Reporte Regional: Colombia, Costa Rica, Guatemala, Chile. [en línea] 4 de agosto de 2016. p. 18. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_507556.pdf

¹⁰¹ El uso de la palabra integración o fines y principios integracionistas utilizados en el presente texto merece una aclaración, en este sentido estamos de acuerdo con lo indicado en el artículo 8 del Convenio 169 que indica que los Estados deberán establecer mecanismos eficaces para el resarcimiento y la prevención de cualquier forma integración forzada o de asimilación, definitivamente como lo indica Hernández Pulido, por medio del Convenio 169 se pretendió dar un paso al costado sobre la corriente integracionista muy presente en el Convenio núm. 107 sobre poblaciones indígenas, no obstante, la incorporación de estos términos se vincularán a una visión de pluralismo jurídico la cual utiliza Melgarito Rocha y que Marmolejo-Cervantes aterriza al sector energético, en este sentido no se trata de la marginalización de los pueblos indígenas, todo lo contrario, al garantizar el pluralismo jurídico en nuestros sistemas nos abrirá las puertas para ser más garantistas frente a las comunidades. Para más información sobre lo aquí planteado consultar: HERNÁNDEZ PULIDO, José Ricardo. La OIT y los pueblos indígenas y tribales. Boletín mexicano de derecho comparado, 1995, pp. 153-161. Ver *También*, MELGARITO ROCHA, Alma Guadalupe. Pluralismo jurídico: la realidad oculta. Análisis crítico-semiológico de la relación estado-pueblos indígenas. México: Ceich-unam, 2012. Ver *También*, MARMOLEJO-CERVANTES, Miguel. La Concepción Integracionista de un Derecho Indígena Energético. En: Revista Praxis, Núm. 26, (2019) [En línea] Revisado, octubre 20, 2020, Disponible en: <http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/rev26.html>

¹⁰² El abuso del derecho se presenta cuando: Un derecho se ejerce creando una situación de distorsión o desviación del mismo espíritu de los derechos, puesto que resulto ejercido bajo una intención de causar daños, también se establecerá cuando se ejercen derechos sin contar con un interés propio y actual o bajo una evidente negligencia o imprudencia. HERNÁNDEZ VELASCO, Héctor Elías; PARDO MARTÍNEZ, Orlando. La aplicación de la teoría del abuso del derecho en la jurisprudencia colombiana. Opinión Jurídica, Vol. 13, no 26, 2014, pp. 109-124. p.122.

Para más información de lo relacionado con la aplicación de la teoría del abuso del derecho en la jurisprudencia colombiana, véase: HERNÁNDEZ VELASCO, Héctor Elías; PARDO MARTÍNEZ, Orlando. La aplicación de la teoría... Ob. cit.,

incluyendo a los pueblos indígenas al frustrar la oportunidad país en términos de puestos de trabajo, regalías, impuestos, infraestructura, etc. Sin lugar a dudas, el resultado del ejercicio del derecho de consulta previa compromete la cifra macroeconómica del país y, por tanto, la manera de garantizar un amplio número de derechos que demandan recursos públicos para su ejercicio. Según nuestra experiencia, las consultas previas en Colombia duran en promedio entre 6 y 8 meses por cada comunidad étnica consultada.

Esta crítica ha puesto de presente un importante número de fallas, que analizadas comparten un origen común, consistente en la ausencia de dogmática jurídica y de arquitectura constitucional procedimental. El ejercicio del derecho de consulta previa conlleva un proceso de ponderación de derechos, lo que conduce a un asunto de procedimiento. En Colombia no existe una Ley de consulta previa y la regulación es escasa y en ocasiones contradictoria.

De tal manera, no existe un catálogo o listado que señale aquellos POAs que están sometidos al deber de consulta previa. Es la afectación directa el criterio a partir del cual se determina la procedencia o no de la consulta previa. Si bien por disposición del Convenio No 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante, Convenio 169)¹⁰³ el titular de la consulta previa son los pueblos étnicos. En Colombia son objeto de consulta previa las comunidades étnicas que directamente sean susceptibles de percibir tales afectaciones directas.

Tras la anterior presentación, a continuación, haremos una breve exposición de los fundamentos del derecho de consulta previa y cómo opera su ejercicio, y así destacar algunas fallas y su posible solución. Así mismo, mencionaremos algunas cifras vinculadas al derecho que dimensionen el asunto tratado. Todo lo anterior, con el objetivo de aportar al fortalecimiento del derecho en beneficio de todos los habitantes del país.

2. Fundamentos de la Consulta Previa en Colombia

A continuación, se tratarán las fuentes del derecho de consulta previa, en qué consiste la consulta previa, su fundamento constitucional y su finalidad.

¹⁰³ Convenio 169 de 1989. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales.

2.1. Fuentes del derecho de consulta previa

El derecho de consulta previa se encuentra previsto en el artículo 6 del Convenio 169 de 1989 de la OIT.

Para Santofimio Gamboa¹⁰⁴, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT establece dos escenarios distintos de participación de las comunidades étnicas. El primero, de orden genérico referente al mismo derecho de participación del que también son titulares otros sectores de la población en las instancias del poder público. El segundo, un derecho de participación especial que tiene lugar ante las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente, supuesto en el cual el Convenio 169 OIT provee un mecanismo distinto y preferente que toma en consideración la situación de especial protección que merecen las comunidades diferenciadas y los postulados de diversidad y pluralismo étnico y cultural, y a partir de allí, reconoce como insuficiente el escenario de orden genérico a estos grupos poblacionales.

De la lectura del literal (a) del numeral 1 y el numeral 2 del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT se extrae lo siguiente:

- i) La consulta previa es un deber a cargo de los gobiernos de los estados adherentes al Convenio 169;
- ii) La consulta previa recae sobre los pueblos interesados. Esto es, aquellos pueblos tribales o indígenas previstos en el artículo 1 del Convenio 169, que tengan la voluntad de ser consultados;
- iii) La consulta previa se realiza mediante procedimientos apropiados;
- iv) La consulta previa se realiza a través de las instituciones representativas de los pueblos interesados;
- v) La consulta previa es procedente cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarle directamente a los pueblos interesados;
- vi) La consulta previa deberá efectuarse de buena fe;
- vii) La consulta previa debe efectuarse de una manera apropiada a las circunstancias;
- viii) La consulta previa tiene la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

¹⁰⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 300.

Así, cualquier proceso de consulta previa que emprendan los gobiernos deberá asegurar el mayor estándar de participación posible para la consecución de los fines integracionistas, participativos y de protección previstos por el Convenio 169 de la OIT.

Por todo lo anterior, es posible afirmar lo siguiente:

- i) La consulta previa no opera de pleno derecho. La realización de la consulta previa está condicionada al análisis que haga la autoridad competente acerca de la susceptibilidad de afectación directa de la medida o POA a las comunidades étnicas;
- ii) En aplicación del Convenio 169 de la OIT, no existe una única manera de hacer consulta previa;
- iii) La consulta previa persigue una finalidad, lo que implica que alcanzarla no representa un imperativo.

Adicionalmente, en los artículos 15, 17, 22, 27 y 28 del Convenio 169 se señalan eventos específicos objeto de consulta previa.

Para efectos del presente estudio, resulta de especial relevancia la lectura del numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169, que dispone:

“Artículo 15.2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”

De la lectura del artículo se extrae lo siguiente:

- i) Prospección o explotación de minerales o recursos del subsuelo, así como recursos existentes en las tierras, cuya propiedad pertenezcan al Estado, son susceptibles de consulta previa;
- ii) La consulta previa se debe realizar antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras;
- iii) En estos eventos, la consulta previa tiene la finalidad de determinar si los intereses de esos pueblos étnicos serían perjudicados, y en qué medida;

- iv) Siempre que sea posible, los pueblos interesados deberán participar en los beneficios que reporten las actividades de prospección o explotación de minerales o recursos del subsuelo, así como recursos existentes en las tierras, cuya propiedad pertenezcan al Estado;
- v) Los pueblos étnicos interesados deberán percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Es de precisar que el Convenio 169 de la OIT de 1989 fue incorporado al ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 21 de 1991¹⁰⁵.

En Colombia no existe una Ley de Consulta Previa. Sin embargo, diferentes normas jurídicas intentan desarrollar el Convenio 169 con el objetivo de lograr la materialización y garantía del derecho de consulta previa, sin que haya una completa coherencia entre éstas. La regulación del ejercicio del derecho fundamental de consulta previa y su correspondiente aplicación como procedimiento administrativo no es concisa. Es por ello que la aplicación del derecho de consulta previa debe ser armonizado entre todas las diferentes fuentes jurídicas.

Colombia dispone de las siguientes fuentes jurídicas en materia de consulta previa:

- i) Convenio 169 OIT que define un deber específico de los gobiernos de realizar procedimiento de consulta previa a pueblos indígenas o tribales; ii) Ley 21 de 1991 aprobatoria del Convenio 169 de la OIT por medio del cual lo incorpora al ordenamiento jurídico colombiano; iii) Diferentes normas jurídicas que invocan, mencionan u ordenan el derecho de consulta previa pero no lo regulan, como tampoco su procedimiento de realización; iv) Decreto 1320 de 1998¹⁰⁶ que aun cuando no ha sido anulado por autoridad judicial competente, fue declarado inaplicable por la Corte Constitucional mediante Sentencia T-652 de 1998¹⁰⁷, de modo que su aplicación en la actualidad es extraña y problemática, y por consiguiente no es aplicado por las autoridades administrativas; v) Decreto 2613 de 2013¹⁰⁸ por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional

¹⁰⁵ Ley 21 de 1991. Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989. Diario Oficial (6 de marzo de 1991)

¹⁰⁶ Decreto 1320 de 1998. Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. Diario Oficial (15 de julio de 1998).

¹⁰⁷ Sentencia T-652/1998 del 10 de noviembre de 1998, MP.: Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰⁸ Decreto 2613 de 2013. Por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa. Diario Oficial (20 de noviembre de 2013).

para la consulta previa, que aun cuando se encuentra vigente, su aplicación es problemática pues no se compagina con las actuales competencias de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa (en adelante, “DANCP”) señaladas en el Decreto 2353 de 2019¹⁰⁹; vi) Tres directivas presidenciales (01 de 2010¹¹⁰, 10 de 2013¹¹¹ y 08 de 2020¹¹²) que la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado les reconoce poder vinculante y efectos jurídicos sobre entidades públicas, comunidades étnicas y sector privado; vii) Instrumentos internacionales que le dan alcance al contenido del derecho de consulta previa; viii) Jurisprudencia de la Corte Constitucional y extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado.

La escasa y no coordinada regulación del ejercicio del derecho fundamental de consulta previa y su correspondiente aplicación como procedimiento administrativo, acompañado de un gran número de conceptos jurídicamente indefinidos, supone a todos los actores involucrados un alto grado de inseguridad jurídica e incertidumbre¹¹³.

2.2. ¿En qué consiste la consulta previa?

El Convenio 169 de la OIT de 1989 no prevé una definición o concepto acerca del derecho de consulta previa. De igual manera, no existe concepto legal o reglamentario en el ordenamiento jurídico colombiano.

Por su parte, la Corte Constitucional¹¹⁴ ha hecho un intento por definir la naturaleza del derecho de consulta previa, lo cual arroja hasta el momento múltiples aproximaciones según el enfoque desde el cual han sido analizadas, ya sea como derecho, como procedimiento o como modelo de gobernanza. De igual manera lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹⁵.

¹⁰⁹ Decreto 2353 de 2019. Por el cual se modifica la estructura del Ministerio del Interior y se determinan las funciones de algunas dependencias. Diario Oficial (26 de diciembre de 2019).

¹¹⁰ Directiva presidencial 01 de 2010. Por el cual se establece el marco general para el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT y se establecen las medidas susceptibles de realización o no de Consulta Previa. (26 de marzo de 2010)

¹¹¹ Directiva presidencial 10 de 2013. Guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas. (7 de noviembre de 2013)

¹¹² Directiva presidencial 08 de 2020. Guía para la realización de Consulta Previa. (9 de septiembre de 2020)

¹¹³ ORDUZ SALINAS, Natalia. La consulta previa en Colombia. Documento de Trabajo ICSSO, no 3, 2014, p. 20.

¹¹⁴ Ver *Sentencias*, T-063/19 del 15 de febrero de 2019, MP.: Antonio José Lizarazo Ocampo y SU-123 del 15 de noviembre del 2018, MP.: Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

¹¹⁵ Ver *Sentencia*, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012 Ver *También*, RIVERA, Diana Carolina. La Consulta Previa: Daño inmaterial y

En nuestro criterio, la consulta previa es un (i) derecho fundamental colectivo irrenunciable y un (ii) principio de derecho internacional público que se ejerce a través de un (iii) procedimiento administrativo participativo que es (iv) deber de los gobiernos, que se erige como un (v) diálogo intercultural con las comunidades étnicas, (vi) para que los POAs a cargo del sector público o del sector privado se desarrollen protegiendo y respetando su diversidad étnica y cultural, asegurando su pervivencia y entorno.

La anterior, supone una definición afirmativa que si bien reconoce el alto valor convencional y constitucional que recae sobre las comunidades étnicas, también lo hace respecto de otros valores y derechos, igualmente constitucionales, como serían el ejercicio del derecho de libertad de empresa y libre iniciativa privada.

Si bien la consulta previa no es un mecanismo de habilitación o autorización del POA por parte de las comunidades étnicas, ya que esto les corresponde a las autoridades administrativas con sujeción a la ley, de ella si depende su realización. También es importante señalar que la consulta previa no constituye un espacio de negociación, pues no opera como un intercambio de derechos entre ejecutor del POA y comunidades étnicas a cambio de un precio. Es la ley y su reglamento que concede el derecho de adelantar actividades en el territorio colombiano y no la decisión de las comunidades étnicas.

Todo lo anterior, desecha cualquier definición o comprensión negativa acerca de la consulta previa como mecanismo para evitar o impedir la realización de los POAs en los territorios pretendidos, más aún si se tiene en cuenta que en Colombia no existe el derecho de veto de las comunidades étnicas¹¹⁶. Así mismo, queremos destacar que en la guía de Aplicación del Convenio 169, la misma OIT ha señalado que las diferentes disposiciones del convenio no generan una implicación en la que las comunidades adquieran un poder de veto sobre las diferentes políticas de desarrollo¹¹⁷.

reparación. Análisis desde la Antropología Jurídica en la Comunidad Indígena Iku. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2020. pp.148 y sigs.

¹¹⁶ “(v) en este diálogo intercultural ni el pueblo tiene un derecho de veto ni el Estado un poder arbitrario de imposición de la medida prevista;” Sentencia SU-123/18 del 15 de noviembre del 2018, MP.: Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

¹¹⁷ Lo anterior lo afirmamos sin desconocer que en el ámbito internacional y principalmente en las fuentes de derecho suave se ha incurrido en ambigüedades sobre el poder de veto con el que cuentan las comunidades, por lo tanto, lo debemos destacar como un aspecto discutido pero que no varía la situación del orden interno colombiano. Para más información sobre lo aquí planteado consultar: RODRÍGUEZ GARAVITO, César, et al. La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional. Colombia: Universidad de los Andes, 2010, pp.80 y sigs.

Es importante indicar que en la sentencia SU 123 de 2018¹¹⁸ de la Corte Constitucional Colombiana se mencionaron ciertos casos excepcionales en los cuales se identificó una “*afectación directa intensa*” que demandan la obtención del consentimiento, previo, libre e informado, ya que “...*de no llegar a un acuerdo, prevalecerá la protección de las comunidades tradicionales...*”. Son casos que se sustentan en desarrollos jurisprudenciales y en el derecho internacional y se aplicarán cuando estemos ante: i) un traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento; ii) el almacenamiento o depósito de materiales peligrosos o tóxicos en sus territorios; iii) ciertas medidas que impliquen un alto impacto social, cultural y ambiental que pone en riesgo su subsistencia¹¹⁹.

2.3. Fundamento constitucional de la consulta previa

Colombia es una república democrática, participativa y pluralista que define como fin esencial del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación. Es así como, la participación permea a todo el ordenamiento jurídico y constituye una piedra angular de la estructura política¹²⁰. En Colombia se proscribe toda discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, y se reconoce y protege la diversidad étnica y cultural como un valor constitucional¹²¹.

Si bien la Constitución Política de Colombia NO consagró el derecho de consulta previa, diferentes disposiciones como el Preámbulo y los artículos 1, 2, 7, 13, 40-2, 329, 330, y Transitorio 55, se encuentran en armonía con los fines de

¹¹⁸ Sentencia SU-123 del 15 de noviembre del 2018, MP.: Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

¹¹⁹ Para obtener mayor información sobre el desarrollo jurisprudencial que construye estos casos especiales consultar: Sentencias: T-129 del 3 de marzo de 2011, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio; T-769 del 29 de octubre de 2009, MP.: Nilson Pinilla Pinilla; T-256/15 del 5 de mayo de 2015, MP.: Martha Victoria Sáchica Méndez; T-376 del 18 de mayo de 2012, MP.: María Victoria Calle Correa; C-068 del 13 de febrero de 2013, MP.: Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-766 del 16 de diciembre de 2015, MP.: Gabriel Eduardo Mendoza; C-371 del 11 de junio de 2014, MP.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-969 del 16 de diciembre de 2014, MP.: Gloria Stella Ortiz; T-197 del 26 de abril de 2016, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio; T-764 del 16 de diciembre de 2015, MP.: Gabriel Eduardo Mendoza; T-661 del 23 de octubre de 2015, MP.: María Victoria Calle Correa; T-550 del 26 de agosto de 2015, MP.: Myriam Ávila Roldán y T-256 del 5 de mayo de 2015, MP.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

¹²⁰ MACEDO RIZO, Marcelo. La participación ciudadana en la Constitución del 91. [en línea] 2010. Disponible en <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36714/39502>

¹²¹ SALAZAR-CARDONA, C. A., et al. Minería: Impactos sociales en la Amazonia. Colombia. Instituto Amazónico de Investigaciones científicas-Sinchi, 2019. pp. 50 y sigs.

no discriminación, integración y protección de los pueblos indígenas y tribales y su diversidad cultural previstos por el Convenio 169 de la OIT, siendo la participación el instrumento pilar para su realización.

El artículo 329 de la Constitución Política otorga el derecho a la conformación de las entidades territoriales indígenas cuya delimitación se realiza con participación de los representantes de las comunidades indígenas. Por su parte, el artículo 330 da el derecho a los territorios indígenas de estar gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades. Así mismo, señala que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se realiza sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, y que en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades¹²².

2.4. Finalidades de la consulta previa

El numeral 2 del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, dispone que la consulta previa tiene la finalidad de:

- i) llegar a un acuerdo o;
- ii) lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Dado que la consulta previa persigue una finalidad, implica entonces que alcanzarla no representa un imperativo, pues conlleva un deber de medio y no de resultado. La Directiva Presidencial 10 de 2013 reconoce la consulta previa como un intento por alcanzar acuerdos¹²³.

Las anteriores finalidades son satisfechas cuando:

- i) Se logra el consentimiento acerca de las medidas propuestas;
- ii) Se llega a un acuerdo sobre las medidas propuestas;
- iii) Se llega a un acuerdo parcial sobre las medidas propuestas;
- iv) No se llega a un acuerdo sobre las medidas propuestas.

¹²² *Ibíd.*, pp. 50 y sigs.

¹²³ “La DCP debe convocar a los representantes de las comunidades étnicas, al ejecutor del proyecto, a las entidades públicas, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo en los lugares y fechas acordados en la ruta metodológica para tratar de alcanzar acuerdos producto de la consulta previa con las medidas de manejo acordadas y los plazos para ejecutarlas.” (Subrayado propio). Directiva Presidencial 10 de 2013, Paso 2: Desarrollo de reuniones para la formulación de acuerdos. P, 21.

Si se logra el consentimiento acerca de las medidas propuestas, se logra un acuerdo sobre las medidas propuestas o se logra un acuerdo parcial sobre las medidas propuestas, se da inicio a la etapa de seguimiento de acuerdos.

Si no se llega a un acuerdo sobre las medidas propuestas, según el numeral 5.2. de la Directiva Presidencial 08 de 2020, la DANCP implementará un mecanismo denominado test de proporcionalidad¹²⁴ cuya finalidad es determinar las medidas de manejo adecuadas para prevenir, corregir o mitigar las afectaciones directas. El plazo máximo de duración es de tres (3) meses.

El numeral 6 de esta Directiva Presidencial dispone que la DANCP hará seguimiento al cumplimiento de las medidas de manejo por ella establecidas en aplicación del test de proporcionalidad. Igualmente, que el seguimiento de las medidas de carácter ambiental corresponderá a la autoridad ambiental competente.

Adicionalmente, según la Directiva Presidencial 10 de 2013, si el proyecto no necesita la obtención del consentimiento previo, libre e informado y no es posible llegar a un acuerdo con la comunidad, las entidades competentes deberán valorar plenamente las inquietudes y expectativas de las comunidades étnicas con el fin de evitar, mitigar, corregir, prevenir o compensar la afectación que eventualmente pueda derivarse de la ejecución del proyecto, y en consecuencia tomar una decisión administrativa desprovista de arbitrariedad, que sea objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad.

Por el contrario, si se requiere el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad, la Autoridad Nacional de Consulta Previa debe asegurarse de informar a las entidades competentes del sector sobre su deber de explorar las alternativas menos nocivas para las comunidades étnicas. Ante la posibilidad de aniquilamiento y desaparición de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine. En este caso, se convocará a una reunión con un comité de respuesta inmediata, o con el comité previsto en el CONPES Pines¹²⁵ de ser el caso, para revisar posibilidades de reformulación del proyecto, y establecer la fecha final de cierre de la consulta.

¹²⁴ *“Test de proporcionalidad: mecanismo aplicado posterior al cierre del proceso de consulta previa cuando no se lograron acuerdos entre el ejecutor del POA y las comunidades étnicas.”* Directiva Presidencial 08 de 2020. Guía para la realización de Consulta Previa. (9 de septiembre de 2020)

¹²⁵ Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento CONPES 3762 del 20 de agosto de 2013.

Al respecto, en Sentencia SU 123 de 2018¹²⁶ la Corte Constitucional fijó como regla jurisprudencial que, el Estado y el agente económico tienen la obligación de materializar y cumplir lo pactado. Sin embargo, en caso de que la consulta haya sido realizada en debida forma y no haya acuerdo, el Estado puede tomar e implementar la medida, mediante decisión motivada, siempre y cuando su decisión: i) esté desprovista de arbitrariedad y autoritarismo; ii) esté basada en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación; iii) tome en consideración, hasta donde sea posible, las posiciones expresadas por las partes, y en especial el pueblo étnico, durante la consulta; iv) respete los derechos sustantivos reconocidos en el Convenio 169 OIT; y v) prevea mecanismos eficaces, idóneos y eficientes para atenuar los efectos negativos de la medida.

Para que las entidades competentes puedan tomar e implementar mediante decisión motivada la medida de licenciamiento, habilitación o permiso sobre el POA objeto de consulta previa, es importante que participen cooperativa y conjuntamente en el test de proporcionalidad coordinado por la DANCP, con independencia de la decisión que, desde sus competencias, posteriormente cada una llegue a tomar.

3. Etapas del proceso de consulta previa y algunas fallas que lo hacen ineficiente

Las Directivas Presidenciales 10 de 2013 y 08 de 2020 dividen el proceso de consulta previa en 5 etapas:

i) Determinación de procedencia de la consulta previa; ii) Coordinación y preparación; iii) Preconsulta; iv) Consulta previa; v) Seguimiento de acuerdos.

En la *primera etapa*, el ejecutor del POA solicita a la DANCP que le determine si con respecto a las actividades que pretende desarrollar en un área determinada, la consulta previa resulta procedente. La DANCP estudia la información aportada y realiza un estudio cartográfico y geográfico que le permite establecer si las actividades del POA podrían afectar de manera directa a pueblos o comunidades étnicas. El concepto de afectación directa ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional como el impacto positivo o

¹²⁶ Sentencia SU-123 de 2018. MP.: Alberto Rojas Ríos; Rodrigo Uprimny Yepes.

negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica.

Si se determina la procedencia de la consulta previa respecto del POA que se sometió a estudio por parte de la DANCP, esta emitirá un acto administrativo que le impone al ejecutor la obligación de adelantar el respectivo proceso de consulta previa y señalará los pueblos o las comunidades indígenas con las cuales se deberá adelantar. Si el ejecutor abandona su interés en realizar el POA, por sustracción de materia, habrá desaparecido la obligatoriedad de adelantar proceso de consulta previa.

Bajo la anterior dinámica, la falla más relevante es la imposibilidad de identificar con precisión las comunidades de los pueblos indígenas existentes en Colombia y su ubicación geográfica. Esto por cuanto la ocupación de un territorio no se circunscribe al lugar específico de residencia de las comunidades étnicas, que la mayoría de ocasiones es disperso y puede abarcar diferentes departamentos, municipios o veredas, sino que compromete elementos socio culturales y económicos que dan identidad a tales comunidades y que configuran territorios amplios que no tienen delimitación perimetral sino espiritual.

En la *segunda etapa*, la DANCP junto con el ejecutor del POA identifica las entidades públicas que tienen competencia relacionada con el POA que se consultará, y las convoca a una reunión para conocer sus puntos de vista de la situación. Así mismo, se coordina y diseña estrategias para facilitar el proceso de consulta, y si es posible, identifica si el mismo proceso requiere o no consentimiento previo, libre e informado, según si se configura alguna de las tres hipótesis que lo requieren según la jurisprudencia de la Corte Constitucional: i) Cuando la intervención implique el traslado o desplazamiento de las comunidades; ii) Cuando la intervención esté relacionada con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; iii) Cuando la intervención represente un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve poner en riesgo la existencia de la misma.

La falla más relevante es la obligatoriedad con la cual deben concurrir al proceso de consulta previa las entidades públicas que tienen competencia relacionada con el POA. Dada la inexistencia de una ley de consulta previa, con frecuencia entidades públicas hacen caso omiso a las convocatorias que realiza la DANCP, de modo que el gobierno no alcanza a tener una efectiva participación y por tanto la información que se presenta a la comunidad indígena respecto del POA, puede llegar a ser asimétrica e inclusive parcial.

En la *tercera etapa*, se realiza un diálogo previo con los representantes de los pueblos o comunidades étnicas respecto de las cuales se ha determinado la procedencia de la consulta previa, con el propósito de definir la ruta metodológica que debe seguir el ejecutor del POA, y los términos en que será realizado el proceso de consulta previa según las especificidades culturales de cada uno de los pueblos o comunidades étnicas.

En la *cuarta etapa*, se realiza un diálogo entre el Estado, el ejecutor y las comunidades étnicas, para que la DANCP asegure el cumplimiento del deber de garantizar su participación real, oportuna y efectiva sobre la toma de decisiones de POAs que puedan afectar directamente a las comunidades, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural. Allí se identifican los impactos y se formulan las medidas de manejo, y se formulan los acuerdos y se protocolizan.

Las fallas más relevantes que se presentan en la tercera y cuarta etapa, están asociadas a la falta de definición de deberes y obligaciones a que se somete el titular del derecho de consulta previa y las consecuencias de su incumplimiento, que den límites al ejercicio del derecho. Es así como, el atributo de lo colectivo de la consulta previa se margina para dar paso al interés individual y pecuniario, y que por consiguiente alienta a estos intereses a llenar de condicionantes y de exigencias logísticas el proceso de consulta previa. Así, el proceso de consulta previa se extiende en el tiempo, tanto como las comunidades étnicas deseen, lo cual repercute en los derechos tanto del ejecutor del POA, como de la sociedad en general, la cual tiene el derecho de acceder a los bienes y servicios que tales POAs conllevan.¹²⁷

Adicionalmente, los conflictos de representación de las autoridades representativas de las comunidades étnicas, que impiden el avance de los procesos de consulta previa hasta tanto esta situación no es resuelta.

En la *quinta etapa*, se asegura que lo protocolizado en la cuarta etapa sea efectivamente realizado por las partes, según los plazos acordados con las comunidades étnicas.

La falla más relevante consiste en la falta de competencia de la DANCP para obligar el cumplimiento de los acuerdos y la correspondiente imposición de sanciones por dicho incumplimiento.

¹²⁷ Conlleva una falla la extensión del término de duración del proceso de consulta previa y el elevado número de reuniones, dado el incentivo económico que se genera en las comunidades étnicas ante el deber a cargo del ejecutor del POA de responder ante las comunidades étnicas por los aspectos logísticos y técnicos que aseguren a las comunidades étnicas un espacio efectivo y adecuado de diálogo.

4. Cifras vinculadas a la consulta previa en Colombia

Según la Defensoría del Pueblo¹²⁸, desde 1991 hasta marzo de 2020 en Colombia se han consultado 1838 proyectos, que han demandado la realización de 14.242 procesos de consulta previa con comunidades étnicas.

Al entrar en el detalle sobre cuáles de los grupos protegidos participaron en los procesos consultivos encontramos que para el caso de comunidades afrodescendientes fueron 2.102 procesos de consulta en 380 proyectos y 36 procesos vinculados a comunidades raizales para 30 proyectos; asimismo se identificó que son los pueblos indígenas quienes ocupan la mayor cantidad de procesos consultivos en el país, con 12.104 en el marco de 1.428 proyectos. Si pasamos las anteriores cifras a porcentajes nos encontraremos con que el 84,99% de los procesos se vinculan con pueblos y comunidades indígenas, el 14,76% con afrodescendientes y tan solo el 0,25% con comunidades raizales¹²⁹.

Del número total de procesos de consulta previa realizados en Colombia, es importante recalcar que 10.569 registraban como activos¹³⁰ por parte de la DANCP y 3.673 se encontraban cerrados. Cabe mencionar que, dentro de los procesos activos, 3.618 se trataban de procesos protocolizados, 1.454 estaban en etapa de seguimiento de acuerdos y 5.497 se ubicaban en ciertas etapas anteriores a la protocolización¹³¹.

Al diseminar las cifras entregadas por regiones del país, en la región caribe se han realizado la mayor cantidad de consultas previas con 6.466, lo cual la destaca frente a regiones como la Amazonía que cuenta con 1.869, la región pacífico con 2.648, la Orinoquía con 1.649 y la región andina con 1.610. La concentración de consultas previas en la región caribe se vincula a la presencia del pueblo indígena Wayúu en el Departamento de la Guajira¹³².

Acorde con lo establecido en el censo indígena 2018, Colombia cuenta con 1,9 millones de personas que son parte de diferentes etnias, la anterior cifra arroja un aumento del 36,8% al compararlo con datos obtenidos en el

¹²⁸ Defensoría del Pueblo Colombia: Informe Defensorial, Garantía y Protección del Derecho Fundamental a la Consulta Previa y el Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos y Comunidades Étnicas en Colombia. [En línea] Consultado septiembre 24 de 2020 pp 64 y sigs. Disponible en https://www.defensoria.gov.co/attachment/3374/Informe%20Defensorial%20Derecho%20a%20Consulta%20Previa_%281%29.pdf?g_show_in_browser=1.

¹²⁹ *Ibíd.*, pp. 64 y sigs.

¹³⁰ Son procesos activos aquellos que aún no han finalizado la etapa de seguimiento de acuerdos y por tanto no ha sucedido su cierre definitivo, de modo que le demandan a la DANCP gestión administrativa.

¹³¹ Defensoría del Pueblo Colombia: Informe Defensorial, Ob. cit., pp 64 y sigs.

¹³² *Ibíd.*, pp. 64 y sigs.

2005 en un ejercicio similar también llevado a cabo por parte del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Lo anterior, representa el incremento de 512.994 personas, lo cual corrobora un crecimiento de la población indígena colombiana entre el periodo comprendido entre los años 2005 al 2018 del 3,3% al 4.4% del total de la población colombiana. La mencionada población indígena se agrupa en un total de 115 pueblos¹³³.

En este mismo sentido, si llevamos el análisis a la organización departamental colombiana se destacará que en el Departamento de la Guajira es donde se ubican las comunidades Wayúu y pertenece a la región Caribe del país, en este territorio se cuenta con 4.745 consultas previas adelantadas frente a 1.317 llevadas a cabo en el Departamento del Chocó que corresponde a la zona del país donde se ubican la mayoría de las comunidades negras y 1.121 en el Departamento del Meta que posee una importante operación de extracción de hidrocarburos. Destacamos que al interior del Departamento de la Guajira más del 90% de los procesos de Consulta Previa desarrolladas corresponden al pueblo Wayúu¹³⁴.

La concentración de procesos de consulta enfocados en el territorio Wayúu guarda una directa conexión con la apuesta del gobierno nacional por el aprovechamiento de recursos renovables, especialmente el recurso eólico del cual goza la Guajira.

Dentro de los procesos de consulta previa activos, ocupan los primeros lugares el sector minero con 142 proyectos que implican 809 procesos. El sector eléctrico cuenta con 1.372 procesos sobre 166 proyectos, el sector de hidrocarburos con 1.202 procesos sobre 159 proyectos, el sector de infraestructura con 1.191 sobre 249 proyectos y el sector de telecomunicaciones con 222 procesos sobre 21 proyectos¹³⁵.

También se subraya que, dentro de las cifras provenientes de la DANCP destacan dos sectores: el sector denominado por ellos ambiental el cual cuenta con 2.157 procesos consultivos sobre 250 proyectos, ubicándolo por detrás de las consultas previas sobre medidas administrativas y legislativas que se llevan el

¹³³ MURILLO, Javier H. La otredad indígena en los procesos constituyentes en Colombia 1991, Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009. (.).1. disponible en <https://ebooks.uexternado.edu.co/> Ver también, BECERRA, Laura. Población indígena creció 36% y llegó a 1,9 millones de personas según el Dane. En: La República, 17 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://www.larepublica.co/economia/poblacion-indigena-crecio-36-y-llego-a-19-millones-de-personas-2909134>

¹³⁴ Defensoría del Pueblo Colombia: Informe Defensorial. Ob. cit., pp. 64 y sigs.

¹³⁵ *Ibíd.*, pp. 64 y sigs.

primer lugar con 3.616 procesos¹³⁶. Debemos aclarar que cuando nos referimos a medidas administrativas y legislativas se tratará de dos situaciones las cuales brevemente delimitaremos a continuación.

En el caso de las consultas previas en medidas legislativas, tanto de iniciativa parlamentaria como de iniciativa del gobierno, la Corte Constitucional Colombiana ha creado una línea jurisprudencial acerca del deber de consulta previa cuando aquellas puedan afectar directamente a los grupos étnicos¹³⁷.

Lo anteriormente descrito constituye todo un reto para la administración del territorio que no se reconoce como un territorio federal. Instrumentos legislativos determinantes en la realidad jurídica nacional y que versan sobre elementos esenciales de la administración del Estado Colombiano se encuentran avocados a ser objeto de consulta previa en la medida que sus disposiciones conlleven afectaciones directas a pueblos y comunidades étnicas. Por dar algunos ejemplos, son susceptibles de ser consultados con los pueblos y las comunidades étnicas: los tratados internacionales, la Ley general de educación, los planes nacionales de desarrollo, el código penal, las reformas al sistema de seguridad social y el código laboral¹³⁸.

Al revisar los cuerpos normativos que fueron objeto de consulta previa y que tienen relación con el sector minero, a manera de ejemplo encontramos: El Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014¹³⁹ a cargo del Departamento Nacional de Planeación, el Censo Nacional Agropecuario a cargo del DANE, el Proyecto de Ley “*por el cual se regula el Sistema Nacional Catastral Multipropósito*” a cargo del DNP, el Proyecto de Ley sobre el funcionamiento y organización del Sistema General de Regalías a Cargo del Ministerio de Minas y Energías, DNP, Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Así mismo, disposiciones jurídicas que hacen referencia a reformas rurales y temas vinculados con el proceso de paz colombiano. Entre todas las anteriores, sin lugar a dudas destaca la consulta previa del Código de Minas el cual fue estudiado por parte de la Corte Constitucional¹⁴⁰ que en su sentencia señaló plazos máximos para llevar a cabo la

¹³⁶ *Ibíd.*, pp. 64 y sigs.

¹³⁷ En lo relacionado con el desarrollo jurisprudencial sobre lo aquí indicado, véase: Sentencias: C-941 del 24 de noviembre de 2010, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio; C-615 del 2 de septiembre de 2009, MP.: Humberto Antonio Sierra Porto; C-175 del 18 de marzo de 2009, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva; C-030 del 23 de enero de 2008, MP.: Rodrigo Escobar Gil. *Ver También*, RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. De la consulta previa al consentimiento libre... *Ob. cit.*, p. 73.

¹³⁸ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. De la consulta previa al consentimiento libre... *Ob. cit.*, pp. 73 y sigs.

¹³⁹ Ley 1450 de 2011. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. (16 junio de 2011)

¹⁴⁰ Sentencia C-366 del 11 de mayo de 2011, MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Demanda de inconstitucionalidad contra demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1382 de 2010, “*Por la cual se modifica la Ley 685*

consulta previa con las comunidades interesadas, pero que infortunadamente no fue posible adelantar debido a la posición de algunas organizaciones étnicas que fueron renuentes a participar en el proceso consultivo, de modo que no pudo ser consultado¹⁴¹, dejando vigente la anterior normativa y a su vez bloqueando una posible reforma o nueva regulación hasta tanto no se negocie con estos actores¹⁴².

En cuanto a la obligación de consultar las medidas administrativas¹⁴³, éstas se tratan de actos en los que las entidades que son miembros de la rama del poder ejecutivo en ejercicio de su función administrativa emiten actos que pueden afectar de manera directa a las comunidades étnicas¹⁴⁴; dentro de éstos encontraremos las relacionadas con la autorización en la explotación de recursos naturales en territorios indígenas.

5. Algunos Desafíos de la Consulta Previa en Colombia

Como fue mencionado en la sección 3, la consulta previa enfrenta una serie de fallas que dificultan y hacen ineficiente la aplicación del procedimiento de consulta previa. Como alternativas de solución se plantean las siguientes:

5.1. Imposibilidad de identificar con precisión comunidades étnicas y su ubicación geográfica

Para la Corte Constitucional¹⁴⁵, la jurisprudencia constitucional ha explicado que el territorio es un criterio para determinar la afectación de una comunidad e identificar la procedibilidad de la consulta previa. El territorio de

de 2001 Código de Minas.” en la que se declaró inexecutable un intento de reforma al código de minas contenido en la Ley 1382 del 2010, debido a que se omitió la consulta previa con las comunidades étnicas que podrían verse afectadas.

¹⁴¹ MORENO, Luis Ferney “La regulación sobre consultas está muy atomizada en toda la estructura legal”. En: *Ámbito Jurídico*, 28 de agosto de 2019. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/invitado/minas-y-energia/la-regulacion-sobre-consultas-esta-muy-atomizada-en-toda-la>

¹⁴² Defensoría del Pueblo Colombia: Informe Defensorial. Ob. cit., pp. 68 y sigs.

¹⁴³ En relación con la obligación de consultar las medidas administrativas véase: Sentencia T-382 del 22 de mayo de 2006, MP.: Clara Inés Vargas.

¹⁴⁴ Para profundizar sobre la relación de la licencia ambiental con la Consulta previa véase: Sentencia SU-039 del 3 de noviembre de 1997, MP.: Antonio Barrera Carbonell. Ver *También*, RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. De la consulta previa al consentimiento libre... Ob. cit., pp. 98 - 100.

¹⁴⁵ Sentencia SU-123 de 2018. MP.: Alberto Rojas Ríos, Rodrigo Uprimny Yepes.

las comunidades se define con parámetros geográficos y culturales. Es así como, los argumentos sobre la ausencia de reconocimiento oficial de una comunidad son insuficientes para que el Estado o un privado se nieguen a consultar una medida con una comunidad étnica.

La propiedad colectiva se funda en la ocupación ancestral, de manera que el reconocimiento estatal no es constitutivo de la etnicidad de un colectivo. Por lo tanto, la ausencia de reconocimiento no implica la inexistencia del derecho, y la tardanza o la imposición de trámites irrazonables para la obtención de ese reconocimiento constituye, en sí misma, una violación al derecho.

La interferencia que padecen los grupos étnicos diferenciados en sus territorios comprende las zonas que se encuentran tituladas, habitadas y exploradas y todas aquellas franjas que han sido ocupadas ancestralmente y que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas, religiosas y espirituales. En esta concepción amplia de territorio adquieren importancia los lugares sagrados que no se encuentran al interior de los resguardos, pues en ellos la comunidad indígena puede desenvolverse libremente según su cultura y mantener su identidad.

De tal manera, no es posible restringir el concepto de territorio a reglas abstractas y formalistas, sin atender las particularidades de cada comunidad étnica pues el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas implica respetar su concepción sobre el territorio o establecer las razones de su reasentamiento, y por ello además deberá indagarse en la ley consuetudinaria de la colectividad o derecho mayor y con la comunidad en los términos del artículo 7.3 del Convenio 169 OIT sin que, en ningún caso pueda establecerse un criterio uniforme rígido de delimitación territorial.¹⁴⁶

Siendo la delimitación del territorio amplio de las comunidades una situación que se configura a partir de elementos tan subjetivos, la determinación de la procedencia de la consulta previa se expone a un escenario de inseguridad jurídica, que facilita a comunidades étnicas respecto de las cuales no se determinó la procedencia de la consulta previa por parte de la DANCP por cuanto no se determinó posibles afectaciones directas por la ejecución del POA, el acceso a procesos de consulta previa por la vía judicial.

¹⁴⁶ Ver sentencias T-525 25 de septiembre de 1998, MP: Jorge Gregorio Hernández Galindo, T-693 del 23 de septiembre de 2011, MP.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-698 del 20 de septiembre de 2011, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva, T-235 del 31 de marzo de 2011, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva y T-282 del 11 de abril de 2012, MP.: Juan Carlos Henao Pérez.

En estos términos, es importante tener en cuenta la opinión de las comunidades bajo una investigación histórico social y geográfica que permita configurar su territorio como aquellos límites que sean compatibles con las tradiciones de estos grupos; al mismo tiempo se debe cumplir con el objetivo de encontrar acuerdos tanto con el Estado como con los vecinos de las comunidades para el desarrollo del territorio. Se busca optar por una cartografía participativa que permita vincular el importante conocimiento local con tecnología e información geográfica.¹⁴⁷

Dicho esto, las comunidades étnicas no se ubican por coordenadas cartográficas, sino que habrá estarse a lo resuelto al análisis geográfico de las comunidades étnicas y el análisis geográfico del POA pretendido.

Colombia adolece de un problema estructural vinculado con la falta de conocimiento de su territorio, lo cual se demuestra al observar que el 28% de la superficie del país no cuenta con información catastral y el 63.9% del catastro no cuenta con información actualizada¹⁴⁸.

Es importante destacar que en el año 2016 se firmó el acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera entre el gobierno colombiano y la guerrilla de las FARC-EP; dicho acuerdo guarda en su contenido un punto relacionado con “*Formación y actualización del catastro e impuesto predial rural*” en donde se planteó la creación e implementación de un catastro multipropósito que se espera sea más actualizado y garantista frente a la propiedad individual, además de constituirse como la base para la toma de decisiones informadas vinculadas con la elaboración y el diseño de políticas públicas por parte de las autoridades¹⁴⁹.

Dentro del contexto descrito, una posible reforma que nos dirija hacia un sistema moderno de registro y catastro de los bienes inmuebles es trascendental

¹⁴⁷ BUITRAGO, Carlos. Análisis y Balance de Fuentes de Información Geográfica Digital de Territorios Étnicos en Colombia. Tesis: Ingeniería Catastral y Geodesia. Bogotá, Universidad Distrital Francisco José De Caldas - Facultad de Ingeniería, 20 febrero 2018. pp. 13 y sigs. Disponible en: <http://hdl.handle.net/11349/7881>

¹⁴⁸ BENADERO, Moisés Poyatos, et al. El Geoportal para la Administración de Tierras en Colombia. Revista Cartográfica, no 95, 2017, pp. 152 y sigs. Ver También, MATIC, Iván; MORENO, Laura. El catastro multipropósito en Colombia, una herramienta para la construcción de paz. CT: Catastro, no 90, 2017, p. 110.

¹⁴⁹ TELLO MOSQUERA, Carlos Alberto. El catastro multipropósito en Colombia. Una mirada a su implementación desde un enfoque diferencial étnico. En: María Del Pilar García Pachón (Editora/compiladora) Lecturas sobre derecho de tierras. Tomo IV, 2020. p. 252 Ver también, BUSTOS, Luis. Interacciones Entre el Sector Minero y el Conflicto Colombiano. En: Milton Fernando, Montoya. (ed.). Temas de Derecho Minero-Energético. Colección de Regulación Minera y Energética N° 14. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020. (Sin publicar)

para alcanzar los objetivos de estabilización y pacificación del territorio; de igual manera es una herramienta que brindaría un apoyo definitivo en el crecimiento sostenible y en la reducción de la pobreza, todo esto en el marco de un Estado que debe medir sus esfuerzos económicos ya que tiene recursos limitados y falta de presencia institucional en algunos territorios¹⁵⁰. Con el catastro que actualmente cuenta el país se hacen más que notorios tres problemas centrales.

El primero vinculado con el bajo uso del catastro para la adecuada gestión territorial, el segundo relacionado con el atraso e información deficiente en la continua actualización y formación catastral y finalmente un desinterés local marcado para el financiamiento del mismo catastro. En pocas palabras, la información entregada sobre los predios ubicados en el país se encuentra lejos de ofrecer características jurídicas, físicas y económicas confiables donde no se agregan capas de información relevante como la social, la ambiental y la registral¹⁵¹.

Al reflexionar sobre la relación que guarda el sector minero con las decisiones que vinculan territorios ocupados por comunidades étnicas, entre ellos los relacionados con la consulta previa, encontramos información asimétrica e incompleta.

Ahora bien, es significativo el aporte que tendría el catastro multipropósito sobre la toma de decisiones que recaen sobre las comunidades. La actualización de un catastro que en su mayoría es rural, abarcaría zonas del país de suprema relevancia para estas comunidades, en este sentido para la correcta conformación de los territorios étnicos mencionados en la normatividad se requiere de un estudio pormenorizado de gran cantidad de información geográfica que proviene de múltiples fuentes estatales y de las propias comunidades. Esto resulta complejo ya que puede terminar teniendo efectos sobre la correcta representación de las zonas estudiadas, asimismo se debe reconocer que en la actualidad son comunes las disputas por los recursos que se encuentran en los territorios por el agua, el aprovechamiento de los recursos naturales, dentro de los que se encuentran los mineros, e inclusive la presencia de cultivos lícitos e ilícitos¹⁵².

El cumplimiento de lo pactado en los acuerdos de paz incentivó la acción de repensar el tradicional catastro colombiano. La necesidad de actualización

¹⁵⁰ KALMANOVITZ, Salomón. El Catastro en la Encrucijada. Revista de Ingeniería, no 46, 2018, pp. 11-12. Ver También, BUSTOS, Luis. Interacciones Entre el Sector Minero y el Conflicto Colombiano. Ob. cit.

¹⁵¹ MONTAÑA MURILLO, Magda Cristina. Construcción de la nueva visión del catastro en el país. Revista de Ingeniería, no 46, 2018, p. 44.

¹⁵² BUITRAGO, Carlos. Análisis y Balance de Fuentes de Información... Ob. cit., pp. 13 y sigs.

resultaba imperativa ya que la actual herramienta tiene varios vacíos, está desactualizado y no integra las fuentes de información necesarias¹⁵³. Finalmente, el Gobierno colombiano ha debido asumir una posición pro activa para entregar un catastro más completo, confiable, coherente con el registro de la propiedad, con relacionamiento con otros sistemas y digital. Aún más importante, bajo un enfoque étnico diferencial que recoja la ocupación de resguardos indígenas y/o territorios colectivos y un ordenamiento que también tenga en cuenta la organización territorial de indígenas y afros¹⁵⁴.

En definitiva, la implementación de un nuevo catastro debe compaginarse con los retos de la ruralidad colombiana, de modo que trascienda como una herramienta que sustente el desarrollo territorial¹⁵⁵. El país cuenta con determinadas zonas que se encuentran unos pasos más atrás en cuanto a la organización de su territorio, dentro de estas debemos nombrar a la Amazonía colombiana en donde conviven gran variedad de grupos étnicos que son beneficiarios de la consulta, en estos territorios se entremezclan áreas protegidas ambientales, recursos naturales de gran estimación y ausencia de presencia y control territorial. De igual manera destacamos que es un territorio no municipalizado, lo que implica que decisiones sean tomadas desde la administración departamental y nacional¹⁵⁶.

Debemos subrayar que el Código de Minas colombiano en sus artículos 121 y siguientes, determina que la autoridad minera tiene la potestad de delimitar, con base en estudios sociales y técnicos, zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas. Con la declaratoria, toda propuesta que provenga de los particulares para explotar o explorar minerales deberá resolverse con la participación de las comunidades; en éste mismo sentido las mismas autoridades comunitarias contarán con un derecho de prelación para la obtención del título minero. El título de la concesión no se otorgará a sus integrantes de manera individual y por el contrario es otorgado a la comunidad. Lo anterior se hace con el objetivo de conservar los valores sociales, económicos y culturales de los mencionados grupos¹⁵⁷.

¹⁵³ CONPES3958 de 2019. “Estrategia para la implementación de la política pública de catastro multipropósito”. Disponible en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/CONPES/Econ%C3%B3micos/3958.pdf>

¹⁵⁴ TELLO MOSQUERA, Carlos Alberto. El catastro multipropósito en Colombia... Ob. cit., pp. 253 y sigs.

¹⁵⁵ KALMANOVITZ, Salomón. El Catastro en la Encrucijada. Ob. cit., p. 11.

¹⁵⁶ BURGOS, Filipo, RAMIREZ, Mauricio. La Amazonía colombiana y sus amenazas. En: CORREA HENAO, Magdalena; PALACIOS TORRES, Alfonso. El estado constitucional colombiano en la periferia Tomo 2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2019, pp. 221 y sigs.

¹⁵⁷ Para mayor información al respecto, revisar: RODRÍGUEZ-PATARROYO, Mariana. Retos jurídicos

La creación de un catastro que involucre la perspectiva étnica diferencial¹⁵⁸, resultaría un aporte inmejorable para el sector minero ya que fortalecería el ejercicio de la actividad mediante una entrega de información previa y completa que es determinante en la toma de decisiones por parte de actores de la industria. También podríamos indicar que el catastro podría ser una herramienta fundamental a la hora de ocuparse de la participación asignada a los entes territoriales en las decisiones sobre el desarrollo de la actividad minera en sus territorios¹⁵⁹.

Así mismo, debe involucrar información de los territorios habilitados para la explotación minera, lo cual permitirá la toma de decisiones más asertivas en cuanto a costos del desarrollo de proyectos. Así mismo, se fortalece la seguridad jurídica ofrecida al entregar al titular minero nacional o extranjero una información más completa sobre los retos que debe asumir a la hora de poner en marcha su proyecto y la medición de los riesgos asumidos.

El catastro debe velar por una efectiva y amplia participación ciudadana que ofrezca transparencia en el proceso y no vulnere derechos adquiridos previamente por las comunidades indígenas¹⁶⁰. Contar con información catastral básica significaría una mejoría en la gestión del territorio, y así evitaría conflictos derivados de la falta de claridad en la delimitación de espacios que son ocupados por comunidades étnicas, sean estos titulados o no, permitiendo la oportuna identificación de responsabilidades y restricciones ambientales¹⁶¹, así como de retos y gestiones sociales que sobrevengan a la hora de decidir desarrollar los proyectos mineros. Dentro de estas responsabilidades estará el de la Consulta Previa.

Dentro toda esta dinámica del nuevo catastro se deberá tener como un principal actor al Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), quien actualmente es la institución encargada de la información cartográfica del país. De similar manera, no se debe desconocer que la correcta implementación de un catastro

para la consulta previa a partir del análisis de su operación en el sector minero. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 48 y sigs.

¹⁵⁸ TELLO MOSQUERA, Carlos Alberto. El catastro multipropósito en Colombia. Ob. cit., pp. 253 y sigs.

¹⁵⁹ Sobre el tema de mecanismos de participación y participación de autoridades locales en proyectos mineros en Colombia, véase MONTOYA, Milton. The new reality of participation of local authorities in mining projects in Colombia: interpretation of constitutional principles, new opportunities and participation mechanisms. *Journal of Energy & Natural Resources Law* 35, n.º 4. Taylor & Francis, 2017: 391-403.

¹⁶⁰ MATIC, Iván; MORENO, Laura. El catastro multipropósito en Colombia... Ob. cit., pp. 113 y sigs.

¹⁶¹ PÉREZ BURGOS, Javier Ignacio; RESTREPO RODRÍGUEZ, Sebastián. Catastro como instrumento para el desarrollo territorial. *Revista de ingeniería*, no 46, 2018, pp.34, 38.

multipropósito puede ser una fuente de recaudo efectiva sobre impuestos en el país enfocados en la propiedad de la tierra¹⁶², además de permitir la identificación de zonas del país donde la tierra se explota de manera inadecuada¹⁶³.

En definitiva, el contar con un catastro más moderno que ofrezca aplicaciones: fiscales, ambientales, urbanísticas, económicas y sociales, habilita a los gobiernos a entender y reconocer su patrimonio y las posibilidades que se desprenden del mismo facultándolos a realizar una adecuada planeación y haciendo fuerte a las finanzas y recaudos que se necesitan para atender las necesidades¹⁶⁴.

5.2. Obligatoriedad con la cual deben concurrir al proceso de consulta previa las entidades públicas que tienen competencia relacionada con Proyecto(s), obra(s) o actividad(es).

Aun cuando el Convenio 169 OIT señala que la consulta previa es un deber de los gobiernos, en Colombia son los ejecutores de los POAs quienes asumen la responsabilidad de consultar a las comunidades étnicas y con ellas llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, no obstante los procesos de consulta previa son liderados, dirigidos y coordinados por la DANCP, quien adicionalmente identifica y articula a las entidades públicas y sector privado cuya concurrencia se requiera en la programación, previsión, identificación, realización y gestión de los procesos de consulta previa.

Sin embargo, la responsabilidad que asumen los ejecutores de POAs de consultar a las comunidades étnicas, sumada a la falta de una disposición jurídica que obligue la concurrencia de las entidades públicas que guarden relación con el POA en los procesos de consulta previa, impide que las comunidades étnicas

¹⁶² En este punto se deberá reconocer que puede que el proyecto de implementación del catastro multipropósito tenga una resistencia por parte de quienes se verían afectados fiscalmente con su implementación lo cual no es menos en un país que se ubica en el primer lugar en el ranking de desigualdad en la distribución de la tierra. Para Mayor información sobre el ranking consultar: GUEREÑA, Arantxa; BURGOS, S. Radiografía de la Desigualdad. Lo que nos dice el último censo agropecuario sobre la distribución de la tierra en Colombia. [en línea] 2017. 29 09 2020. Disponible en: https://oi-files-d8-prod.s3.eu-west-2.amazonaws.com/s3fs-public/file_attachments/radiografia_de_la_desigualdad.pdf

¹⁶³ MORALES, Lorenzo. La paz y la protección ambiental en Colombia: Propuestas para un desarrollo rural sostenible. Washington: Diálogo Interamericano, 2017, pp.24- 26

¹⁶⁴ RAMOS RODRÍGUEZ, Liliana. La modernización del catastro colombiano. Revista de Ingeniería, no 18, 2003, p. 156.

accedan a información completa, de modo que conozcan aspectos distintos a las actividades puntuales del POA y sus impactos, como las motivaciones, finalidades y objetivos del gobierno que sustentan la intervención de territorios ocupados por comunidades étnicas, así como información técnica de que disponen tales entidades públicas.

Bajo lo anterior, es posible que también se frustré la oportunidad de las comunidades étnicas ante la imposibilidad de acceder a programas del gobierno que podrían ser complementarios a las medidas de manejo concertadas con los ejecutores de los POAs.

Es así como, una mayor presencia gubernamental en los procesos de consulta previa, podría liberar las tensiones existentes entre comunidades étnicas y ejecutores de POAs por la desconfianza existente entre éstos, de modo que aquellas accedan a información completa que asegure un mayor entendimiento sobre el POA y el efecto país que este pretende.

5.3. Falta de definición de deberes y obligaciones a que se somete el titular del derecho de consulta previa y las consecuencias de su incumplimiento.

El Convenio 169 OIT señala la consulta previa como un derecho en cabeza de los pueblos indígenas y tribales, pero no define su contenido y alcance. Aun cuando la Corte Constitucional reconoce que no es un derecho absoluto, dado que las obligaciones a que se encuentran sometidas las partes no son expresas en norma jurídica y por tanto las consecuencias de su incumplimiento, es difícil delimitar el ejercicio del derecho. El postulado de la buena fe y la no existencia del derecho de veto a los POAs, son derroteros para el ejercicio del derecho, pero resultan insuficientes ante múltiples circunstancias que requieren una certeza jurídica.

No conocer de manera específica los deberes y obligaciones a que se somete el titular del derecho de consulta previa, generan que este haga su propia interpretación y adecuación del derecho en función de sus propios intereses, más aún si sabe que no se expone a ninguna consecuencia jurídica o sanción. No contar con una regulación específica acerca de los tiempos de duración del proceso de consulta previa o el número de asistentes por parte de las comunidades étnicas asistentes en las reuniones del proceso de consulta previa son ejemplo de circunstancias que permiten la extra limitación en el ejercicio

del derecho, y por tanto la posibilidad de abusos sobre el mismo que terminan por comprometer derechos de terceros.

Es así como, tener certeza acerca del contenido del derecho, su procedimiento de realización y los respectivos deberes y obligaciones a que se someten las partes, pero especialmente el titular del derecho de consulta previa, otorgan seguridad jurídica y transparencia en su ejercicio.

En la misma línea se debería revisar los múltiples conflictos en la representación de las denominadas autoridades representativas para las comunidades étnicas que entrelazan intereses divergentes y pugnas propias de estos grupos y una notoria falta de competencia de la DANCP para obligar el cumplimiento de los acuerdos y la correspondiente imposición de sanciones por dicho incumplimiento¹⁶⁵.

Conclusiones

PRIMERA: La ausencia de una ley estatutaria que regule el ejercicio del derecho de consulta previa puede crear condiciones adecuadas para abusar del derecho y que desconfiguran su alcance y finalidad. Esto debilita y atenta contra los mismos titulares de la consulta previa, quienes pueden terminar asumiendo los efectos negativos de políticas regresivas que pretendan limitar el mismo derecho.

SEGUNDA: Una mayor presencia estatal en los procesos de consulta previa se traduce para las comunidades étnicas en un mayor estándar de participación y por consiguiente un mayor grado de garantía frente al resto de disposiciones tratadas en el Convenio 169. Adicionalmente, incrementa el acceso a información diferente a la restringida a las actividades propias del POA. Así, las comunidades étnicas dispondrán de información más amplia de la que están en capacidad de aportar el ejecutor del POA, y por tanto obtienen mayor garantía de otros derechos.

TERCERA: Dentro del fortalecimiento de la dogmática jurídica y de la misma arquitectura constitucional referida en el texto, es importante tener en cuenta por parte de los actores que hacen parte de los procesos de consulta previa en Colombia que la misma no opera de pleno derecho y por lo tanto su

¹⁶⁵ Estos dos puntos merecen su propio análisis en una investigación separada que no es posible abarcar en su totalidad en el presente documento.

realización dependerá del análisis realizado por parte de la autoridad competente vinculado con la susceptibilidad de afectación directa de la medida o POA a las comunidades étnicas.

CUARTA: Refiriéndonos al sector minero colombiano consideramos que un país que no cuente con suficiente conocimiento e información sobre sus activos superficiales y subterráneos no le resulta posible crear de manera eficiente una planeación y gestión de políticas públicas que resulten coherentes con su propio territorio y que al mismo tiempo respondan adecuadamente a las necesidades de la población.

Bibliografía

Libros y Artículos:

BENADERO, Moisés Poyatos, et al. **El Geoportal para la Administración de Tierras en Colombia.** Revista Cartográfica, no 95, 2017.

BUITRAGO, Carlos. *Análisis y Balance de Fuentes de Información Geográfica Digital de Territorios Étnicos en Colombia.* Tesis: Ingeniería Catastral y Geodesia. Bogotá, Universidad Distrital Francisco José De Caldas - Facultad de Ingeniería, 20 febrero 2018. pp. 13 y sigs. Disponible en: <http://hdl.handle.net/11349/7881>

BURGOS, Filipo, RAMIREZ, Mauricio. **La Amazonía colombiana y sus amenazas.** En: Magdalena, Correa Henao; Alfonso, Palacios Torres. *El estado constitucional colombiano en la periferia.* Tomo 2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2019.

BUSTOS, Luis. **Interacciones Entre el Sector Minero y el Conflicto Colombiano.** En: Milton Fernando, Montoya. (ed.). *Temas de Derecho Minero-Energético.* Colección de Regulación Minera y Energética N° 14. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020. (Sin publicar)

HERNÁNDEZ PULIDO, José Ricardo. **La OIT y los pueblos indígenas y tribales.** Boletín mexicano de derecho comparado, 1995.

HERNÁNDEZ VELASCO, Héctor Elías; PARDO MARTÍNEZ, Orlando. **La aplicación de la teoría del abuso del derecho en la jurisprudencia colombiana.** Opinión Jurídica, Vol. 13, no 26, 2014.

KALMANOVITZ, Salomón. *El Catastro en la Encrucijada.* *Revista de Ingeniería,* no 46, 2018,

MATIC, Iván; MORENO, Laura. **El catastro multipropósito en Colombia, una herramienta para la construcción de paz.** CT: Catastro, no 90, 2017.

MARMOLEJO-CERVANTES, Miguel. *La Concepción Integracionista de un Derecho Indígena Energético*. [En línea] En: *Revista Praxis*, Núm. 26, 2019. Revisado, octubre 20 de 2020. Disponible en: <http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/rev26.html>

MELGARITO ROCHA, Alma Guadalupe. **Pluralismo jurídico: la realidad oculta. Análisis crítico-semiológico de la relación estado-pueblos indígenas**. México: Ceiiich-unam, 2012.

MONTAÑA MURILLO, Magda Cristina. **Construcción de la nueva visión del catastro en el país**. *Revista de Ingeniería*, no 46, 2018.

MONTOYA, Milton. **The new reality of participation of local authorities in mining projects in Colombia: interpretation of constitutional principles, new opportunities and participation mechanisms**. *Journal of Energy & Natural Resources Law* 35, n.º 4. Taylor & Francis, 2017: 391-403.

MORALES, Lorenzo. **La paz y la protección ambiental en Colombia: Propuestas para un desarrollo rural sostenible**. Washington: Diálogo Interamericano, 2017.

MURILLO, Javier H. *La otredad indígena en los procesos constituyentes en Colombia 1991, Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009*. (,).1. Disponible en <https://ebooks.uexternado.edu.co/>

ORDUZ SALINAS, Natalia. **La consulta previa en Colombia**. Documento de Trabajo ICSO, no 3, 2014.

PÉREZ BURGOS, Javier Ignacio; RESTREPO RODRÍGUEZ, Sebastián. *Catastro como instrumento para el desarrollo territorial*. *Revista de ingeniería*, no 46, 2018.

RAMOS RODRÍGUEZ, Liliana. **La modernización del catastro colombiano**. *Revista de Ingeniería*, no 18, 2003.

RIVERA, Diana Carolina. **La Consulta Previa: Daño inmaterial y reparación. Análisis desde la Antropología Jurídica en la Comunidad Indígena Iku**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2020.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César, et al. *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Colombia: Universidad de los Andes, 2010.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. **De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas**. Bogotá: GIZ, Cooperación Alemana y Universidad del Rosario, 2014.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. **Los derechos de los pueblos indígenas: Luchas, contenido y relaciones**. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2015.

RODRÍGUEZ-PATARROYO, Mariana. **Retos jurídicos para la consulta previa a partir del análisis de su operación en el sector minero**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

SALAZAR-CARDONA, C. A., et al. **Minería: Impactos sociales en la Amazonia**. Colombia. Instituto Amazónico de Investigaciones científicas-Sinchi, 2019.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Compendio de Derecho Administrativo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 300.

TELLO MOSQUERA, Carlos Alberto. **El catastro multipropósito en Colombia. Una mirada a su implementación desde un enfoque diferencial étnico**. En: María Del Pilar García Pachón (Editora/compiladora) *Lecturas sobre derecho de tierras*. Tomo IV, 2020.

Jurisprudencia:

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencias:

C-371 del 11 de junio de 2014, MP.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

C-068 del 13 de febrero de 2013, MP.: Luis Guillermo Guerrero Pérez

C-366 del 11 de mayo de 2011, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

C-941 del 24 de noviembre de 2010, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio

C-615 del 2 de septiembre de 2009, MP.: Humberto Antonio Sierra Porto

C-175 del 18 de marzo de 2009, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva

C-030 del 23 de enero de 2008, MP.: Rodrigo Escobar Gil.

SU-123 del 15 de noviembre del 2018, MP.: Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

SU-039 del 3 de noviembre de 1997, MP.: Antonio Barrera Carbonell.

T-063 del 15 de febrero de 2019, MP.: Antonio José Lizarazo Ocampo

T-197 del 26 de abril de 2016, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio

T-766 del 16 de diciembre de 2015, MP.: Gabriel Eduardo Mendoza

T-764 del 16 de diciembre de 2015, MP.: Gabriel Eduardo Mendoza

T-661 del 23 de octubre de 2015, MP.: María Victoria Calle Correa

T-550 del 26 de agosto de 2015, MP.: Myriam Ávila Roldán

T-256 del 5 de mayo de 2015, MP.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

T-969 del 16 de diciembre de 2014, MP.: Gloria Stella Ortiz

T-376 del 18 de mayo de 2012, MP.: María Victoria Calle Correa

T-282 del 11 de abril de 2012, MP.: Juan Carlos Henao Pérez.

T-693 del 23 de septiembre de 2011, MP.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

T-698 del 20 de septiembre de 2011, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva

T-235 del 31 de marzo de 2011, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva

T-129 del 3 de marzo de 2011, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio

T-769 del 29 de octubre de 2009, MP.: Nilson Pinilla Pinilla

T-382 del 22 de mayo de 2006, MP.: Clara Inés Vargas.

T-652/1998 del 10 de noviembre de 1998, MP.: Carlos Gaviria Díaz.

T-525 del 25 de septiembre de 1998, MP: Jorge Gregorio Hernández Galindo

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012

Normativa y Documentos de Política Pública:

Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento CONPES 3762 del 20 de agosto de 2013.

Convenio 169 de 1989. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales.

CONPES 3958 de 2019. *“Estrategia para la implementación de la política pública de catastro multipropósito”*. Disponible en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/CONPES/Econ%C3%B3micos/3958.pdf>

Decreto 1320 de 1998. Diario Oficial. 15 de julio de 1998.

Decreto 2353 de 2019. Diario Oficial. 26 de diciembre de 2019.

Decreto 2613 de 2013. Diario Oficial. 20 de noviembre de 2013.

Directiva presidencial 01 de 2010. Por el cual se establece el marco general para el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT y se establecen las medidas susceptibles de realización o no de Consulta Previa. 26 de marzo de 2010.

Directiva presidencial 08 de 2020. Guía para la realización de Consulta Previa. 9 de septiembre de 2020.

Directiva presidencial 10 de 2013. Guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas. 7 de noviembre de 2013.

Ley 1450 de 2011. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. 16 junio de 2011.

Ley 21 de 1991. Diario Oficial. 6 de marzo de 1991.

Otras Fuentes:

Defensoría del Pueblo Colombia. *Informe Defensorial, Garantía y Protección del Derecho Fundamental a la Consulta Previa y el Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos y Comunidades Étnicas en Colombia*. [En línea] Consultado septiembre 24 de 2020. Disponible en: https://www.defensoria.gov.co/attachment/3374/Informe%20Defensorial%20Derecho%20%20Consulta%20Previa_%281%29.pdf?g_show_in_browser=1

BECERRA, Laura. *Población indígena creció 36% y llegó a 1,9 millones de personas según el Dane*. En: La República, 17 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://www.larepublica.co/economia/poblacion-indigena-crecio-36-y-llego-a-19-millones-de-personas-2909134>

GUEREÑA, Arantxa; BURGOS, S. *Radiografía de la Desigualdad. Lo que nos dice el último censo agropecuario sobre la distribución de la tierra en Colombia*. [en línea] 2017. Consultado el 29 de septiembre de 2020. Disponible en https://oi-files-d8-prod.s3.eu-west-2.amazonaws.com/s3fs-public/file_attachments/radiografia_de_la_desigualdad.pdf

MACEDO RIZO, Marcelo. *La participación ciudadana en la Constitución del 91*. [en línea] 2010. Disponible en <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36714/39502>

MORENO, Luis Ferney “**La regulación sobre consultas está muy atomizada en toda la estructura legal**”. En: *Ámbito Jurídico*, 28 de agosto de 2019. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/invitado/minas-y-energia/la-regulacion-sobre-consultas-esta-muy-atomizada-en-toda-la>

Organización Internacional del Trabajo (OIT). *Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión. Reporte Regional: Colombia, Costa Rica, Guatemala, Chile*. [en línea] 4 de agosto de 2016. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_507556.pdf

ACTIVIDAD MINERA EN TERRITORIOS INDÍGENAS: DERECHO A LA CONSULTA Y A LA PARTICIPACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS

Marcos Augusto Conca*

1. Introducción

La actividad minera ha sido y es de gran importancia para el desarrollo social y económico de cualquier país debido a la gran cantidad de impactos positivos que trae asociada. Sin embargo, y al mismo tiempo, se trata de una actividad de alto impacto en lo ambiental, lo social y/o lo económico si ellos no son adecuadamente gestionados. Los impactos negativos se amplifican cuando la actividad minera tiene lugar o repercute en territorios de comunidades indígenas, circunstancia que hace que se deban tomar mayores y mejores recaudos a su respecto, y es aquí donde el derecho a la participación y a la consulta revela su mayor potencial e importancia.

Hoy no se concibe una actividad minera que no sea sustentable o que no sea funcional al desarrollo sustentable, no solo del país en la que se ejecuta sino también de las comunidades más cercanas a las faenas mineras, muy especialmente cuando se trata de comunidades indígenas. En este sentido, el enfoque de derechos humanos es de vital importancia a tal fin.

El objeto del presente es analizar el derecho de los pueblos o comunidades indígenas a la participación y a la consulta vinculado con la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, tal como ha sido desarrollada en el sistema de Naciones Unidas.

Siguiendo la línea de pensamiento propuesta, en el capítulo 2 se analizará la relación entre desarrollo sustentable y las actividades extractivas, en particular la minera, con la finalidad de responder al interrogante de si dicha relación es posible o por el contrario se trata de conceptos antagónicos y por lo tanto irreconciliables. En el capítulo 3 se profundizará sobre los pueblos o comunidades indígenas en el derecho internacional y los derechos que les son reconocidos, haciendo hincapié en el derecho a la consulta y a la participación, tomando especialmente en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CorteIDH). En el capítulo 4 se analizarán los antecedentes, en el marco de las Naciones Unidas, de la cuestión de las empresas y los derechos humanos. Sobre la base de los documentos titulados ‘Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. marco de protección, respeto y reparación’¹⁶⁶ (en adelante, el Marco de Referencia) y ‘Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”’¹⁶⁷ (en adelante, los Principios Rectores) se indagará sobre la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, sin perjuicio de tomar en consideración y referenciar estándares y buenas prácticas desarrollados por las instituciones que nuclean a las empresas y organizaciones internacionales. Finalmente, en el capítulo 5, se esbozarán algunas conclusiones con relación al tema propuesto y a las consideraciones realizadas.

¹⁶⁶ * Abogado. Magister en Derecho Administrativo de la Economía por la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Diplomado en el Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario 2016 (American University, Washington DC). Maestrando en el LLM International Mineral Law and Policy (Universidad de Dundee, Escocia, Reino Unido). Docente de la Universidad Nacional de San Juan (Argentina) y de la Universidad Católica de Cuyo. Coordinador de la Maestría en Gestión del Negocio Minero (Universidad Católica de Cuyo).
A/HRC/8/5 [2008] Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos.

¹⁶⁷ A/HRC/17/31 [2011] Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’.

2. El desarrollo sustentable (o sostenible) y las actividades extractivas

La comunidad internacional, desde los primeros intentos universales de organización, ha estado preocupada por el desarrollo. El Pacto de la Sociedad de las Naciones¹⁶⁸, si bien con referencia a las colonias y territorios que habían dejado de estar bajo la soberanía de los Estados vencidos en la Gran Guerra, dijo que a su respecto debía aplicárseles el ‘principio de que el bienestar y el desarrollo de esos pueblos constituyen una misión sagrada de civilización’.¹⁶⁹ La Carta de las Naciones Unidas¹⁷⁰ en su preámbulo expresa la determinación de sus miembros de promover el progreso social y elevar el nivel de vida y con tal finalidad, y por medio de la cooperación internacional, ‘promover el progreso económico y social de todos los pueblos’.¹⁷¹

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) aprobó en 1986 la Declaración sobre el derecho al desarrollo¹⁷² en la que expresó:

El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él.¹⁷³

A partir de la década de 1970 y con la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano¹⁷⁴ comenzó a tomar forma el concepto de desarrollo sostenible.¹⁷⁵ Luego de ello en el “Informe Brundtland”¹⁷⁶ se expresó

¹⁶⁸ Firmado en Versalles el 28 de junio de 1919. Entró en vigor el 10 de enero de 1920.

¹⁶⁹ Artículo 22. A través de este artículo se instituyó el sistema de mandatos de la Sociedad de las Naciones.

¹⁷⁰ Firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945. Entró en vigor el 24 de octubre de 1945.

¹⁷¹ Ver también artículos 1.3, 55 y 56. Inclusive, y con relación al régimen de administración fiduciaria, que reemplazó al sistema de mandatos, la Carta de la ONU preveía como uno de sus objetivos ‘promover el adelanto político, económico, social y educativo de los habitantes de los territorios fideicomitidos, y su desarrollo progresivo hacia el gobierno propio o la independencia ...’ (art. 76.b).

¹⁷² A/RES/41/128 [1986] Declaración sobre el derecho al desarrollo.

¹⁷³ Artículo 1.1.

¹⁷⁴ Celebrada en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972.

¹⁷⁵ Marcos Nelio Mollar, ‘Introducción a la Protección Internacional del Medio Ambiente’ en Silvina S. González Napolitano y otros, *Lecciones de Derecho Internacional Público* (Errepar 2015). El autor citado menciona los principios 1, 8, 9, 10 y 11.

¹⁷⁶ A/42/427 Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo “Nuestro futuro común” [1987] acogido con beneplácito por la Asamblea General de la ONU (A/RES/42/187 [1987]).

‘Está en manos de la humanidad hacer que el desarrollo sea sostenible, duradero, o sea asegurar que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias’.

En esta línea se mantuvo la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹⁷⁷ de 1992 (en adelante, Declaración de Río). En el Plan para la ulterior ejecución del Programa 21¹⁷⁸ se integraron las tres dimensiones del desarrollo sostenible: ambiental, social y económico¹⁷⁹ lo que fue confirmado por la Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sustentable.¹⁸⁰ En el mismo sentido se pronunció el documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible titulado “El futuro que queremos”¹⁸¹ y el documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015 titulado “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”.¹⁸²

El desarrollo será sustentable cuando se garantice e integren la equidad intra-generacional (protección del medio ambiente) con la equidad inter-generacional (dimensiones sociales y económicas del desarrollo).¹⁸³ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, ComisiónIDH) ha reforzado esta idea al señalar que el valor del derecho al desarrollo proviene cuando el término ‘desarrollo’ está adjetivado por ‘sostenible’ lo que supone tomar en consideración el bienestar y los derechos de las personas y las comunidades antes que datos estadísticos.^{184 185}

¹⁷⁷ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en Rio de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992. Ver especialmente los principios 3, 4 y 5.

¹⁷⁸ Aprobado por A/RES/S-19/2 [1987].

¹⁷⁹ El párrafo 23 del Plan dice: ‘El desarrollo económico y social y la protección del medio ambiente son componentes del desarrollo sostenible interdependientes y se refuerzan mutuamente’

¹⁸⁰ Declaración de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible celebrada en Johannesburgo del 2 al 4 de septiembre de 2002. Ver párrafo 5.

¹⁸¹ A/RES/66/288 [2012] El futuro que queremos.

¹⁸² A/RES/70/1 [2015] Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible

¹⁸³ Virginie Barral, ‘Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm’ (2012) 23 European Journal Of International Law 377.

¹⁸⁴ CIDH/REDESCA/INF.1/19 [2019] Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos.

¹⁸⁵ Es importante traer a colación que Eduardo Gudynas propone nociones alternativas a las concepciones clásicas o convencionales de desarrollo. El autor citado parte de una noción ‘biocéntrica’ en la que la Naturaleza tiene valor en sí misma y que por tal motivo es independiente de cualquier beneficio o utilidad que pueda tener para las personas, sobre dicha base el desarrollo debe ‘asegurar la satisfacción de las necesidades humanas, superando la pobreza, bajo un régimen que seguramente será más equitativo aunque también más austero’ (Eduardo Gudynas, ‘La dimensión ecológica del buen vivir: entre el fantasma de la modernidad y el desafío biocéntrico’ [2009] OBETS Revista de Ciencias Sociales N° 4, 52). La CorteIDH en su Opinión Consultiva OC-23/20 contiene un párrafo en esta línea de pensamiento

En suma, en la actualidad resulta imperativo entender que el desarrollo sostenible o sustentable abarca y supone tres dimensiones o pilares interdependientes e igualmente importantes: la protección del medio ambiente, el crecimiento económico y el desarrollo social.¹⁸⁶

Generalmente se consideran actividades extractivas aquellas que tienen como objetivo la explotación de recursos no renovables (petróleo, gas y minerales). En la misma línea se expresa la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) al decir que ‘considera que pertenecen al sector extractivo las empresas dedicadas a la exploración, el desarrollo, la extracción, el procesamiento, el transporte y/o el almacenamiento de petróleo, gas y minerales’.¹⁸⁷ Eduardo Gudynas habla de ‘extractivismos’ que implican la extracción intensiva o de grandes volúmenes de recursos naturales (renovables o no) con una finalidad, esencialmente, exportadora.¹⁸⁸ Para los fines del presente, las referencias a las industrias extractivas se harán tomando en consideración actividades industriales que explotan recursos no renovables.

Las industrias extractivas comparten algunas características tales como: el proceso de exploración y desarrollo es largo, riesgoso y costoso; gestión sofisticada y tecnología especializada; acceso asimétrico a la información; volatilidad de precios; rentas sustanciales; impactos ambientales y sociales

al decir: ‘el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos’ (CorteIDH, *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)* Opinión Consultiva OC-23/17 [2017] Serie A No. 23, 62).

¹⁸⁶ A/RES/66/288 (n 16).

¹⁸⁷ OCDE, *Guía de la OCDE de diligencia debida para la participación significativa de las partes interesadas del sector extractivo* (París, 2018) 15-16.

¹⁸⁸ Eduardo Gudynas, ‘Sustentación, aceptación y legitimación de los extractivismos: múltiples expresiones pero un mismo basamento’ (2014) 14 *Revista Opera*. El autor citado considera que los extractivismos incluyen los emprendimientos megamineros, petroleros, monocultivos de exportación y ciertas actividades pesqueras y forestales. En la misma línea, el extractivismo es definido por Maristella Svampa como ‘un patrón de acumulación basado en la sobreexplotación de los recursos naturales, en su mayoría no renovables (...) y la expansión de fronteras hacia territorios anteriormente considerados no productivos’ (Maristella Svampa, ‘Extractivismo neo desarrollista y movimientos sociales: ¿Un giro eco-territorial hacia nuevas alternativas?’ (2011) 2, citada por Nick Middeldorp, ‘Industrias extractivas y pueblos indígenas: ¿sacrificando los derechos humanos en el altar del desarrollo?’ en IIDH, *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina* (2017).

adversos; agotamiento de recursos; perfil político destacado; falta de movilidad de ubicación; e innovación.¹⁸⁹

La actividad minera, en general, tiene un mayor impacto medioambiental que las actividades vinculadas con el petróleo y el gas¹⁹⁰, lo que no quiere decir que estas últimas no puedan impactar severamente o con gran intensidad en el medio ambiente como lo demuestran los casos del Exxon Valdez y el Deepwater Horizon en los Estados Unidos de América y Texaco en Ecuador. Eduardo Gudynas, para graficar el profundo impacto de la actividad minera habla de ‘amputaciones ecológicas’ y de ‘extirpaciones’:

[E]n el caso de los tajos a cielo abierto configuran lo que podría calificarse como ‘amputaciones ecológicas’ por la destrucción de ecosistemas y la remoción de grandes volúmenes de materia. Esto no tiene soluciones posibles, y en realidad la discusión gira alrededor de los efectos secundarios que genera esa extirpación (como puede ser el manejo de la contaminación de suelos y aguas).¹⁹¹

Los siguientes se destacan como típicos impactos relevantes en el medio ambiente por la actividad minera: deformaciones de la superficie del suelo, impacto en la calidad del agua, emisión de gas, polvo y ruido.¹⁹²

Los impactos negativos no se limitan a las cuestiones ambientales sino que también se asocia la actividad minera con la violencia respecto de las defensoras y los defensores de derechos humanos¹⁹³ y la corrupción.¹⁹⁴ La actividad minera plantea situaciones de riesgos que pueden agravar la situación de los derechos humanos.¹⁹⁵

¹⁸⁹ Peter D Cameron y Michael S. Stanley, *Oil, Gas, and Mining : a Sourcebook for Understanding the Extractive Industries* (World Bank Group 2017).

¹⁹⁰ *Ibidem*. Ver también World Bank, *Environmental Resources Management, Sustainable Decommissioning of Oil Fields and Mines* (Washington, DC 2009).

¹⁹¹ Gudynas (n 23) 141.

¹⁹² Józef Dubiński, ‘Sustainable Development of Mining Mineral Resources’ (2013) 12 *Journal of Sustainable Mining*.

¹⁹³ ‘La industria a la que se asocian más asesinatos es la minería. De los 122 registrados en América Latina en el 2015, 45 de las víctimas eran indígenas: un número desproporcionadamente alto considerando que solamente un 8.3% de la población total del continente se identifica como tal’ (Middeldorp (n 23) 372).

¹⁹⁴ ‘Twenty percent of the 242 enforcement actions under the US Foreign Corruption Practices Act (FCPA) came from the extractive sector – by far the highest for any industry. Of the 427 foreign bribery actions examined in a recent OECD report, one fifth came from the extractive sector as well’ (Alexandra Gillies, ‘The EITI’s role in addressing corruption – a discussion paper’. Disponible en https://eiti.org/files/documents/eitis_role_in_addressing_corruption_en.pdf. Último acceso 12/10/2020).

¹⁹⁵ E/CN.4/2006/92 [2005] Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la consulta por sector en torno a “Los derechos humanos y la industria de la extracción”, celebrada los días 10 y 11 de noviembre de 2005. En este informe se destacan como situaciones de riesgo

Por otro lado también se reconoce que la actividad minera tiene efectos y consecuencias positivas tanto para los países en general y comunidades en particular en las que opera. Es ampliamente reconocido que la industria o actividad minera tiene profundos beneficios económicos e impacto social positivo al crear fuentes de empleo directas e indirectas (lo que impacta en la reducción de la pobreza y de las desigualdades), desarrollar infraestructura vital y necesaria para las comunidades cercanas al proyecto o a las faenas mineras, incrementar la recaudación de impuestos (lo que le permite al Estado cumplir con su obligación de promover el bienestar general) entre otros.¹⁹⁶ En definitiva, la actividad minera permite la satisfacción de varios derechos humanos lo que es un aspecto esencial para el desarrollo sustentable.¹⁹⁷

A lo dicho se suma la especial relevancia que tiene en nuestros días la actividad minera para alcanzar una economía baja en carbón, lo que a su turno conlleva claros beneficios medioambientales.¹⁹⁸ La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante, CEPAL) ha expresado que:

Dado que los sistemas de transporte y las fuentes de energía con bajas emisiones conllevan un uso intensivo de minerales (especialmente, de cobre y litio), la actividad minera puede desempeñar un papel importante en la recuperación y la transición hacia un nuevo estilo de desarrollo basado en la descarbonización y en la reversión y mitigación del cambio climático.¹⁹⁹

las siguientes: de conflicto, en que el gobierno es débil, de autoritarismo, en las que la comunidad local tiene una especial sensibilidad cultural o de otra índole y en las que comunidad local cuenta con los recursos de la tierra y el agua para su sustento.

¹⁹⁶ Este punto ha sido reconocido por la ComisiónIDH (Ver ComisiónIDH, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo [2015]). Ver también A/RES/66/288, (n 16).

¹⁹⁷ 'It also needs to be recognised that companies in the normal course of their business help uphold a variety of human rights. Their contribution to economic growth, for example, provides the support necessary for fulfilments of various economic, social and cultural rights. Responsible mitigation of environmental impacts, close consultation with local communities, and employment procedures – for example, preventing discrimination – also help uphold different sorts of rights' (International Council on Mining and Metals (en adelante, ICMM), Human Rights in the Mining & Metals Industry Overview, Management Approach and Issues [2009] 3). Ver también E/CN.4/2006/92 (n 30).

¹⁹⁸ Se ha dicho: 'Mineral resourcing and climate change are inextricably linked, not only because mining requires a large amount of energy, but also because the world cannot tackle climate change without an adequate supply of raw materials to manufacture clean technologies' (Saleem H Ali y otros, 'Mineral Supply for Sustainable Development Requires Resource Governance' [2017] 543 Nature 367, 367).

¹⁹⁹ CEPAL, 'Recomendaciones para la incorporación del enfoque de derechos humanos en la evaluación de impacto ambiental de proyectos mineros' [2020] 11. Esto genera, quizás, una paradoja por cuanto una actividad cuestionada en gran medida, o principalmente, por sus impactos al medio ambiente resulta indispensable para mitigar o resolver uno de los problemas ambientales más acuciantes de los últimos tiempos, a saber: el cambio climático.

Algunos instrumentos internacionales destacan este aporte positivo de la actividad minera. En la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972 si bien no se hizo una referencia expresa ni a las actividades extractivas en general ni a la minera en particular, si se mencionó el empleo de los recursos no renovables.²⁰⁰ En el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de Johannesburgo de 2002 se destacó la importancia de la minería, los minerales y los metales para el desarrollo económico y social de los países.²⁰¹ Finalmente, es importante destacar, que en el documento “El futuro que queremos” se hizo también una expresa referencia a la importancia de las industrias mineras, los minerales y los metales y su contribución para la reducción de la pobreza.²⁰²

Corresponde ahora analizar el interrogante que motiva el presente acápite: ¿es posible una relación entre el desarrollo sostenible y la actividad minera? En otras palabras ¿es viable una actividad minera sustentable? Se impone la respuesta afirmativa. Una actividad minera que se califique como ‘sustentable’ es posible si no se pierden de vista los tres aspectos que hacen al desarrollo sustentable: ambiental, social y económico. El análisis de la actividad minera a través de las tres dimensiones que componen el desarrollo sustentable y bajo un estricto enfoque de respeto de los derechos humanos llevará a juzgar si tal actividad es o no sustentable. No se puede sostener *a priori* que la relación no es posible sino que dependerá de cada caso en concreto.

El desarrollo sustentable está presente (o debería estarlo) cada día en cada decisión gubernamental o empresarial y, por su puesto, las actividades mineras no son la excepción.²⁰³

3. Los pueblos indígenas en el derecho internacional y el derecho a la participación y consulta

Los pueblos indígenas han recibido la atención del derecho internacional desde hace tiempo. El Pacto de la Sociedad de las Naciones, al establecer el

²⁰⁰ El Principio 5 dice: ‘Los recursos no renovables de la Tierra deben emplearse de forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que toda la humanidad comparta los beneficios de tal empleo’

²⁰¹ A/CONF.199/20 [2002] 46.

²⁰² A/RES/66/288 (n 16) 227 y 228.

²⁰³ Se ha dicho que ‘business as usual is no longer acceptable and [...] sustainability matters are critical for survival of the mining industry’ (S K Lodhia, *Mining and Sustainable Development: Current Issues* (1st. ed, 2018) 3).

sistema de mandatos para ocuparse de las colonias y territorios que habían dejado de estar bajo la soberanía de un Estado que los gobernaba anteriormente, se refirió al interés de la ‘población indígena’ que habitaba territorios del Sudoeste africano y ciertas islas del Pacífico austral en cuyo interés los Estados mandatarios debían administrar sus territorios.²⁰⁴

En 1957, y bajo el marco de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) se adoptó el ‘Convenio relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras poblaciones tribales y semi-tribales en los países independientes’²⁰⁵ (en adelante, Convenio OIT N° 107). Este convenio constituyó el primer tratado internacional que creó obligaciones para los Estados con relación a los pueblos indígenas.²⁰⁶

El Convenio OIT N° 107 fue, de alguna manera, reemplazado por el ‘Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes’ de 1989²⁰⁷ (en adelante, Convenio OIT N° 169). Este tratado internacional define al pueblo indígena tomando en consideración -como criterio fundamental- la ‘conciencia de su identidad indígena’. A ello se agrega la descendencia de las poblaciones que habitaban el país en la época de la conquista o la colonización, y la conservación de todas o parte de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.²⁰⁸

En el sistema de las Naciones Unidas no existe un tratado internacional que se ocupe de los pueblos indígenas. El único texto de carácter universal lo constituye la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante, DNUDPI) adoptada por la Asamblea General de la ONU en 2007.²⁰⁹ Este instrumento no es un tratado internacional de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de

²⁰⁴ Pacto de la Sociedad de las Naciones (n 3) artículo 22.

²⁰⁵ Adoptado en Ginebra, 40ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (26 junio 1957). Entró en vigor el 2 de junio de 1959. De acuerdo con su artículo 36 y debido a la entrada en vigor del Convenio OIT 169 cesó de estar abierto a la ratificación de los Estados miembros de la OIT.

²⁰⁶ Tara Ward, ‘The Right to Free, Prior, and Informed Consent: Indigenous Peoples’ Participation Rights within International Law’ [2011] *Northwestern Journal of International Human Rights* Volume 10 Issue 2. La autora en cuestión destaca que el tratado es controversial porque el objetivo final es la asimilación de los pueblos indígenas. Actualmente la idea de asimilación no es aceptada en la comunidad internacional, muy por el contrario los Estados están obligados a abstenerse de ello siendo inclusive rechazada expresamente cualquier intento de asimilación. Ver AG/RES. 2888 (XLVI-O/16) Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, DADPI) Artículo X.

²⁰⁷ Adoptado en Ginebra, 76ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (27 junio 1989). Entró en vigor el 5 de septiembre de 1989.

²⁰⁸ Artículo 1.1(b) y 1.2. En el mismo sentido: DADPI (n 41) Artículo I.2.

²⁰⁹ A/RES/61/295 [2007].

1969²¹⁰ lo que significa que no impone obligaciones internacionales a los Estados. Sin embargo, la DNUDPI ha influenciado algunos desarrollos y mejoras en la legislación interna de los Estados.²¹¹

La falta en el sistema de Naciones Unidas de un tratado multilateral internacional sobre pueblos indígenas es notoria si se considera que otras categorías, también consideradas vulnerables, tienen sus propios tratados específicos, es el caso de los refugiados,²¹² apátridas,²¹³ mujeres,²¹⁴ niños,²¹⁵ migrantes,²¹⁶ y personas con discapacidad.²¹⁷

La misma ocurre en el sistema interamericano de derechos humanos. Como se ha dicho con anterioridad, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA) adoptó la DADPI.²¹⁸ Sí hay tratados sobre mujeres²¹⁹ y personas mayores.²²⁰ Ni la Convención Americana de Derechos Humanos²²¹ (en adelante, CADH) ni la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre²²² contienen referencia alguna a los derechos de los pueblos indígenas.

Sin embargo, la CorteIDH considera que la CADH, al igual que el resto de los tratados internacionales sobre derechos humanos, es un instrumento vivo ‘cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales’.²²³ De tal suerte y para determinar el sentido y alcance de las disposiciones de la CADH con relación a violaciones a los derechos humanos de pueblos indígenas, la CorteIDH recurre y toma en consideración el

²¹⁰ Adoptada en Viena el 22 de mayo de 1969. Entró en vigor el 27 de enero de 1980.

²¹¹ Robert McCorquodale, “Group Rights” in Daniel Moeckli, Sangeeta Shah and Sandesh Sivakumaran (eds) *International Human Rights Law* (Oxford University Press 2018).

²¹² Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

²¹³ Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954.

²¹⁴ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979.

²¹⁵ Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

²¹⁶ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990.

²¹⁷ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006.

²¹⁸ DAPDI (n 41)

²¹⁹ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará).

²²⁰ Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

²²¹ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de julio de 1978.

²²² Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

²²³ Opinión Consultiva OC-23/17 (n 20) 43. Ver también: Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas* [2001] Serie C No. 79 (en adelante, caso Mayagna).

Convenio OIT N° 169,²²⁴ la DNUDPI,²²⁵ y los reportes e informes de los órganos de supervisión de otros tratados de derechos humanos.²²⁶

Es importante recordar que todo el cuerpo de jurisprudencia referido a pueblos indígenas se aplica a los pueblos tribales y viceversa por su similitud y por el hecho de que ambos pueblos merecen igual protección bajo el sistema de la CADH.²²⁷

Debe destacarse que el artículo 1.1 de la CADH impone a los Estados la obligación general de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos sin discriminación. Los pueblos indígenas, por su histórica situación de marginalidad, son considerados grupos vulnerables lo que exige a los Estados obligaciones especiales que implican la adopción de medidas positivas tomando en consideración su situación general de vulnerabilidad y exclusión.²²⁸ El hecho de tomar medidas positivas a favor de los pueblos indígenas por la situación de marginalidad no implica bajo ningún punto de vista infringir el derecho de igualdad o no discriminación con relación al resto de las personas o grupos que integran la sociedad o comunidad del Estado de que se trata. Existe una clara diferenciación entre ‘distinción’ y ‘discriminación’. La primera es admisible si es objetiva, proporcional y razonable²²⁹ de allí que las medidas especiales que tome el Estado con relación a los pueblos indígenas están destinadas a romper asimetrías antes que exacerbar diferencias.

²²⁴ Por ejemplo: CorteIDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas* [2005] Serie C No. 125 (en adelante, caso Yakye Axa).

²²⁵ Por ejemplos: ibidem; CorteIDH, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas* [2015] Serie C No. 309 y CorteIDH, *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* [2018] Serie C No. 346.

²²⁶ Por ejemplo: Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* [2007] Serie C No. 172 (en adelante, caso Saramaka) En este caso las CorteIDH tomó en consideración informes del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Comité de los Derechos Humanos. Ambos son los órganos de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente.

²²⁷ CorteIDH, *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* [2005] Serie C No. 124 y caso Saramaka (n 61) En este caso dijo: ‘este Tribunal declara que se debe considerar a los miembros del pueblo Saramaka como una comunidad tribal y que la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo’ (Ibidem, 86).

²²⁸ Caso Yakye Axa (n 59), 51 y 63; CorteIDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas* [2006] Serie C No. 146, 154 y Opinión Consultiva OC-23/17 (n 20) 48 (en adelante, caso Sawhoyamaya).

²²⁹ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* [2003] Opinión Consultiva OC-18/03 Serie A No. 18, 84.

Además del criterio fundamental de autoidentificación que surge del Convenio OIT N° 69 y de la DADPI, la noción de territorio está inextricablemente unida a la propia conceptualización de ‘pueblo indígena’.²³⁰ El Convenio OIT N° 169, la DNUDPI y la DADPI reconocen el derecho colectivo de los pueblos indígenas a las tierras, territorios y los recursos naturales que en ellos se encuentran.²³¹

La CADH reconoce el derecho a la propiedad privada en el artículo 21 sin referencia a la propiedad colectiva o comunal. Sin embargo, la CorteIDH tomando en consideración que la CADH es un ‘instrumento vivo’²³² considera que dicho artículo protege la propiedad comunal o colectiva que pertenece también a los pueblos indígenas. El caso Mayagna fue el primer caso contencioso en el cual la CorteIDH declaró que el artículo 21 protege no solo el derecho de propiedad privada sino también la versión comunal de ese derecho²³³ y aunque el derecho a la propiedad y posesión comunal no está estrictamente alineado con el ‘clásico concepto de propiedad’ está igualmente protegido por la CADH; de lo contrario -afirma la CorteIDH- millones de personas no tendrían reconocido su derecho a la propiedad.²³⁴ El derecho a la tierra y al territorio incluye el derecho a los recursos naturales dentro de dicho territorio.²³⁵

Según la CorteIDH, el artículo 21 reconoce y protege los ‘vínculos estrechos’ o la ‘estrecha relación’ de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios.²³⁶

²³⁰ ComisiónIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (2010).

²³¹ Convenio OIT N° 169 (n 40) artículo 14, DNUDPI (n 44) artículo 26 y DADPI (n 41) VI.

²³² Ver nota 58 *supra*.

²³³ Caso Mayagna (n 58).

²³⁴ Caso Sawhoyamaxa (n 63), 120; CorteIDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas* [2010] Serie C No. 214, 87 (en adelante, caso Xákmok Kásek); CorteIDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones* [2012] Serie C No. 245, 145 (en adelante, caso Sarayaku); CorteIDH, *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* [2014] Serie C No. 284, 111 (en adelante, caso Kuna y Emberá), CorteIDH, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* [2015] Serie C No. 304, 165 (en adelante, caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra), CorteIDH, *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas* [2015] Serie C No. 305, 100 (en adelante, caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz).

²³⁵ La DNUDPI y la DADPI son claros sobre este punto (ver artículos 26.1 y XXV.2, respectivamente). De acuerdo con el Convenio OIT N° 169 el término ‘tierras’ deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera’ (art. 13.2). La CorteIDH no dijo nada al respecto en su primer caso. Sin embargo, en los siguientes casos sí. Ver caso Yakyé Axa (n 59); caso Sawhoyamaxa (n 63); caso Saramaka (n 61) y caso Sarayaku (n 69).

²³⁶ Caso Mayagna (n 58); caso Yakyé Axa (59) entre otros. La DNUDPI habla también de la ‘relación espiritual’ con la tierra (art. 25) y la DADPI refiere a la ‘relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos’ (art. XXV.1).

El derecho a la tierra está estrechamente relacionado con la cultura y la vida espiritual de los pueblos indígenas.²³⁷ Al igual que en el caso del derecho a la vida, la CorteIDH sostiene que el derecho a la tierra constituye un requisito previo para el disfrute de otros derechos. La supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas depende del acceso a su tierra. Económicamente dependen de ello porque allí cazan, pescan y recolectan por lo que está en juego su derecho a una vida digna si no tienen acceso a tales tierras. Incluso obtienen sus medicinas de sus tierras y territorios por lo que el vínculo con el derecho a la salud es claro también.²³⁸ Los pueblos indígenas tienen un ‘vínculo estrecho’ con la tierra desde el punto de vista cultural; toda su cultura, cosmovisión, expresiones religiosas están en conexión directa con la tierra que habitan.²³⁹

El derecho a la tierra o a la propiedad comunal, como en el caso de la propiedad privada, no es un derecho absoluto. Sin embargo, los Estados deben cumplir ciertas condiciones para que las restricciones o limitaciones del derecho estén en conformidad con la CADH: deben ser establecidas por ley,²⁴⁰ deben ser necesarias y proporcionadas, y con el fin de lograr un fin legítimo en un sociedad plural y democrática.²⁴¹

Además de estas condiciones generales, y con respecto a los pueblos indígenas, la CorteIDH exige que tales limitaciones o restricciones no pongan en juego la supervivencia misma de los pueblos en cuestión.²⁴² Debe resaltarse que esta cuarta condición de alguna manera no es novedosa porque está incluida en la condición de ‘proporcionalidad’ antes mencionada. Es obvio que si una restricción o limitación al derecho de propiedad comunal pone en juego la supervivencia de los pueblos indígenas, tal restricción o limitación sería claramente desproporcionada.

²³⁷ caso Xákmok Kásek (n 69), 30 y Caso Sarayaku (n 69).

²³⁸ Caso Sarayaku (n 69).

²³⁹ Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra (n 69).

²⁴⁰ El artículo 30 de la CADH dispone ‘Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas’. La CorteIDH ha interpretado que ‘las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención’ (CorteIDH, *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* [1986] Opinión Consultiva OC-6/86, 35)

²⁴¹ Caso Yakye Axa (n 59) 144; Caso Saramaka (n 61) 128 and 129.

²⁴² Caso Saramaka (n 61)

En todo caso, para lograr la condición mencionada en el párrafo anterior (es decir, no comprometer la supervivencia de los pueblos indígenas) hay unas garantías que se deben cumplir, a saber: asegurar la participación efectiva de las personas; garantizar que los miembros del pueblo indígena en cuestión reciban algunos beneficios del plan o proyecto; y realizar una evaluación de impacto ambiental y social.²⁴³

Es en relación con el territorio donde surge el principal punto de confrontación o desencuentro entre la actividad minera y los pueblos indígenas no solo porque aquella actividad necesita del territorio y lo usa intensivamente, sino porque existe una constante expansión de la frontera minera en busca de nuevos yacimientos lo que indefectiblemente lleva la actividad a territorios antes inexplorados o vírgenes muchos de ellos habitados, ocupados u utilizados por pueblos indígenas.²⁴⁴

Sin embargo, a través de la participación y la consulta²⁴⁵ se puede generar un punto de encuentro y diálogo para conciliar los aparentes o reales puntos de vista contradictorios entre ambos actores con relación al uso y aprovechamiento del territorio y de sus recursos.

El derecho a la participación y a la consulta es considerado como un derecho de procedimiento.²⁴⁶ El derecho a la participación y consulta en temas ambientales cobra aún mayor relevancia. La Declaración de Río dice:

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse

²⁴³ *Ibidem*; Caso Sarayaku (n 69); caso Kuna y Emberá (n 69).

²⁴⁴ Nick Middeldorp (n 23)

²⁴⁵ El derecho a la participación y la consulta cobra especial relevancia con relación a los pueblos indígenas (tribales también) pero no les es privativo o exclusivo. Este derecho está estrechamente vinculado con la idea de democracia. Una democracia saludable y fuerte exige la participación activa de la comunidad que excede por mucho el derecho -de ejercicio periódico- político de elegir a sus representantes o ser elegido como tal (Daniel Sabsay, Participación y medio ambiente [2017] Revista Jurídica La Ley Derecho Ambiental). El autor en cuestión dice: 'La participación transforma al sistema democrático, le da otro dinamismo. Le concede un canal de relación permanente entre los gobernantes y los gobernados'.

²⁴⁶ Opinión Consultiva OC-23/17 (n 20).

acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.²⁴⁷

El derecho a la participación y consulta es un tema crucial en relación con el derecho a la tierra. La CorteIDH, al tratar casos que surgen de temas de planes de inversión u operaciones extractivas dentro de los límites de la tierra o territorio de los pueblos indígenas, ha vinculado ambos derechos, considerando el derecho a la consulta como una garantía de la supervivencia de los pueblos afectados.

Como se dijo anteriormente, el derecho de propiedad no es un derecho absoluto por lo que son posibles limitaciones y restricciones a su respecto cumpliendo ciertas condiciones y garantías. Una de ellas -establecida por la CorteIDH- es la 'participación efectiva' de los pueblos indígenas de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, respecto de cualquier plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción dentro de su territorio.²⁴⁸

El caso Saramaka fue el primero en el que la CorteIDH abordó el tema del derecho de los pueblos indígenas a la consulta o participación efectiva²⁴⁹. La obligación de consultar, que constituye un principio general del derecho internacional,²⁵⁰ es responsabilidad del Estado en cuestión. Hay algunos aspectos cruciales del derecho a la participación y consulta, tales como: la buena fe con el objetivo de llegar a un acuerdo, no solo una formalidad sino un compromiso significativo, debe tener lugar desde el inicio del plan o proyecto, informado (el Estado debe recibir y difundir información) y todo el proceso de consulta debe realizarse respetando los métodos de toma de decisiones de los pueblos indígenas.²⁵¹

La consulta debe realizarse de buena fe evitando cualquier tipo de mecanismos o métodos fraudulentos para lograr el acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas.²⁵² Las opiniones, deseos y expectativas de los pueblos interesados deben ser escuchados y tomados en consideración para lograr una consulta significativa.

²⁴⁷ Declaración de Río (n 12) Principio 10.

²⁴⁸ Caso Saramaka (n 61).

²⁴⁹ El caso Saramaka se refiere a pueblos tribales pero sus conclusiones aplican a los pueblos indígenas. Ver supra nota 62

²⁵⁰ Caso Sarayaku (n 69), 164. Ser un principio general de principio internacional significa que todo Estado está obligado a respetar y garantizar el derecho a la consulta aunque ese derecho no esté reconocido internamente. Ver también caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra (n 69) y caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz (n 69).

²⁵¹ Caso Saramaka (n 61).

²⁵² Caso Sarayaku (n 69).

En cuanto al tema del respeto a los métodos de toma de decisiones, la CorteIDH desde el caso Saramaka ha enfatizado la necesidad de respetar las tradiciones indígenas en sus propios procesos de toma de decisiones. En el caso Sarayaku, la Corte IDH expresó claramente:

Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados.²⁵³

Se puede plantear una cuestión preocupante tomando en consideración el razonamiento de la CorteIDH: ¿qué sucede si el proceso de toma de decisiones indígena discrimina a algún miembro por su raza, color, género, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, nacionalidad u origen social, propiedad, nacimiento u otra condición²⁵⁴ y por ello no puede participar activamente en el proceso de consulta por lo que no se puede escuchar su voz o se le excluye de los beneficios del plan u operación en cuestión?

La Corte IDH no ha abordado especialmente esta hipótesis compleja, que se daría cuando el respeto a las tradiciones indígenas conlleva la vulneración de los derechos humanos de alguno o parte de sus miembros. En una decisión que interpretó la sentencia del caso Saramaka, la CorteIDH señaló que correspondía al pueblo Saramaka determinar exclusivamente quiénes miembros del pueblo participarían en la consulta sin intervención del Estado al respecto.²⁵⁵

La situación descrita no es imposible, sino que por el contrario tiene cierta recurrencia, especialmente en lo que refiere a las mujeres indígenas. Se ha dicho:

El machismo, la discriminación y las estructuras patriarcales, son barreras cotidianas que perjudican su lucha como lideresas comunitarias. Son escasas sus experiencias en las consultas, en las que si participan lo hacen solamente como observadoras, son los hombres los que dicen lo que hay que hacer. Al interior de

²⁵³ *Ibidem*, 165. Ver también caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz (n 69).

²⁵⁴ El derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado está reconocido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la CADH y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

²⁵⁵ CorteIDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* [2008] Serie C No. 185.

sus comunidades han sido marginadas por las autoridades tradicionales, que les restringen el acceso a la información acerca de los programas o proyectos que les conciernen, con lo cual se las discrimina aún más y se debilitan sus esfuerzos.²⁵⁶

El ICMM propugna una participación inclusiva que tenga en cuenta a todos los miembros de la comunidad, no debiendo asumirse automáticamente que los ancianos o los que formalmente ocupan lugares de liderazgo representan todos los intereses de la comunidad, especialmente de las mujeres y de los jóvenes.²⁵⁷

Una última cuestión dentro de la jurisprudencia interamericana se refiere a la naturaleza del derecho a la consulta. El Estado debe comprometerse con los pueblos indígenas y debe considerar sus deseos, expectativas e intereses, sin embargo la cuestión es determinar si para el Estado es necesario el consentimiento de los pueblos interesados y sin él no puede tomar ninguna decisión.

El Convenio OIT N° 169 se refiere al derecho a la consulta cuando se trata de la exploración o explotación de recursos naturales ubicados en tierras indígenas y el Estado es propietario de dichos recursos,²⁵⁸ la enajenación o transmisión de las tierras o los derechos sobre ellas fuera de su comunidad,²⁵⁹ organización y funcionamiento de programas de formación²⁶⁰ y temas de educación.²⁶¹ Se requiere consentimiento libre e informado en caso de traslado y reubicación.²⁶²

La DNUDPI amplió los casos en los que se requiere el consentimiento de los pueblos indígenas: traslado,²⁶³ decisiones sobre sus bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales,²⁶⁴ adopción y aplicación de medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas,²⁶⁵ decisiones sobre sus tierras, territorios y recursos,²⁶⁶ almacenamiento y

²⁵⁶ IIDH, *El Derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas* (2016) 67.

²⁵⁷ ICMM, *Good Practice Guide Indigenous Peoples and Mining* (2nd edition, Londres, 2015). El ICMM en otro documento ha sostenido esta posición: 'Ensure that community members participating in the social transition planning process are not limited to elected leaders, but include informal and traditional representatives of women, youth, community associations, vulnerable groups and under-represented minorities. Public forums and other broad engagement opportunities can be facilitated so that consultation is robust, and input does not reflect only the majority view' (ICMM, *Integrated Mine Closure: Good Practice Guide* (2nd Edition London 2019) 26) .

²⁵⁸ Art. 15.2.

²⁵⁹ Art. 17.2.

²⁶⁰ Art. 22.3.

²⁶¹ Arts. 27.3 y 28.1.

²⁶² Art. 16.2.

²⁶³ Art. 10.

²⁶⁴ Art. 11.2.

²⁶⁵ Art. 19.

²⁶⁶ Art. 28.1.

eliminación de materiales peligrosos en sus tierras o territorios,²⁶⁷ aprobación de cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.²⁶⁸ Ese consentimiento tiene que ser libre, previo e informado. Queda pendiente la consulta sobre medidas para eliminar la discriminación,²⁶⁹ medidas para proteger a los niños indígenas,²⁷⁰ el uso de sus tierras o territorios para actividades militares,²⁷¹ medidas para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación del derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con sus propios miembros, así como con otros pueblos, a través de las fronteras.²⁷²

La CorteIDH tiene un enfoque diferente sobre este tema. En el caso Saramaka señaló que se requiere el consentimiento libre, previo e informado si el proyecto, por su tamaño o naturaleza, pone en juego la supervivencia misma de los pueblos indígenas.²⁷³ La DNUDPI requiere el consentimiento en ‘cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo’.²⁷⁴

En el caso de Sarayaku, la CorteIDH utiliza los adjetivos ‘previo’, ‘libre’ e ‘informado’ con el sustantivo ‘consulta’, no con ‘consentimiento’ como en la DNUDPI. Esto puede indicar una especie de consulta calificada que debe realizarse antes de que el plan o las operaciones comiencen, con una evaluación de impacto ambiental y social para que los pueblos indígenas estén conscientes de los riesgos reales que el plan u operación les representa y sin ningún tipo de coacción, pero al final e independientemente del resultado del proceso de consulta, el Estado podría tomar cualquier decisión que considere conveniente.

El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú)²⁷⁵ reconoce el derecho participación pública en los

²⁶⁷ Art. 29.2.

²⁶⁸ Art. 32.2.

²⁶⁹ Art. 15.2.

²⁷⁰ Art. 17.2.

²⁷¹ Art. 30.2.

²⁷² Art. 36.2.

²⁷³ Caso Saramaka (n 61) 137.

²⁷⁴ Art. 32.2.

²⁷⁵ Adoptado en Escazú (Costa Rica) el 4 de marzo de 2018. Aún no entra en vigor. Según su artículo 22.1 ello ocurrirá el nonagésimo día contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el undécimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Al 15 de octubre de 2020 tiene nueve

procesos de toma de decisiones ambientales aunque '[n]o es claro el texto en cuanto a definir el carácter vinculante que puede tener la opinión mayoritaria de los que participan como ciudadanos -suponemos que lo deja a criterio del Estado signante-, pero la extensa y minuciosa numeración del art. 7° condiciona prácticamente la resolución final'.²⁷⁶

La CorteIDH destaca la importancia de la participación en temas ambientales como forma de 'control democrático de las gestiones estatales'²⁷⁷ La Carta Democrática Interamericana destaca la relación entre democracia y medio ambiente en el sentido de que '[e]l ejercicio de la democracia facilita la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente'.²⁷⁸

En definitiva, el efectivo ejercicio del derecho de participación y consulta por parte de los pueblos indígenas puede ser catalizador de una actividad minera sustentable y de esa manera evitar o minimizar sus impactos negativos, por un lado y por el otro maximizar los positivos. Nick Middeldorp es consciente de la importancia relativa de un verdadero proceso de consulta al expresar: 'Estos son impactos [negativos del extractivismo] que el debido cumplimiento de su derecho a la consulta –aplicado de manera correcta– puede evitar o disminuir'.²⁷⁹

Lo mismo ha sido resaltado por el ICMM que destaca que los proyectos mineros tienen mayores chances de ser exitosos si existe una participación de las comunidades afectadas y se obtiene su apoyo.²⁸⁰

4. Responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos

Que las empresas extractivas, al igual que el resto de las personas humanas y jurídicas, están sujetas al ordenamiento jurídico del Estado en cuyo territorio desarrollan sus actividades es una verdad de Perogrullo. El debate que surge

ratificaciones: Antigua y Barbuda, Bolivia, Ecuador, Guyana, Nicaragua, Panamá, San Vicente y las Granadinas, Saint Kitts y Nevis y Uruguay (ver <https://observatoriop10.cepal.org/es/tratados/acuerdo-regional-acceso-la-informacion-la-participacion-publica-acceso-la-justicia-asuntos> último acceso 17/10/2020).

²⁷⁶ Antonio G. Gómez, Derecho Ambiental y el Acuerdo de Escazú [2018] Revista Jurídica La Ley, 1.

²⁷⁷ Opinión Consultiva OC-23/17 (n 20) 226.

²⁷⁸ Adoptada Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001. Art. 15. Ver también Opinión Consultiva OC-23/17 (n 20) 53.

²⁷⁹ Nick Middeldorp (n 23) 375.

²⁸⁰ Ver ICMM (n 92) e ICMM (32) Según la ICMM 'successful mining and metals projects require the support of a range of interested and affected parties. This includes both the formal legal and regulatory approvals granted by governments and the broad support of a company's host communities (ICMM (n 92) 28).

entonces es si las empresas tienen algún papel que jugar en el ámbito internacional y si existe algún punto de contacto entre ellas y el derecho internacional de los derechos humanos. Si bien no se puede sostener de manera enfática que las empresas son sujetos del derecho internacional no puede desconocerse que en la actualidad, especialmente en el ámbito del derecho internacional de la inversión, podría argumentarse que tienen vestigios de subjetividad internacional al poder acudir a mecanismos de solución de controversias que se resuelven aplicando derecho internacional.²⁸¹

La cuestión relacionada a empresas y derechos humanos no es nueva en la agenda internacional, pero los principales desarrollos han tenido lugar en años relativamente recientes. Los progresos más significativos han tenido lugar a nivel universal gracias al trabajo de la ONU, aunque debe destacarse que a nivel regional la temática no ha pasado desapercibida.

La comunidad internacional tomó nota de la cuestión vinculada a empresas y derechos humanos cuando aquellas adquirieron el carácter de internacionales o transnacionales y se convirtieron en poderosos e influyentes actores en las relaciones económicas internacionales. Contribuyó a ello la liberalización de la economía mundial que les permitió moverse con relativa libertad -o al menos sin usuales restricciones- de un Estado a otro con la finalidad de llevar adelante sus negocios.^{282 283}

El mercado se volvió casi universal y las empresas se volvieron transnacionales. En aquel momento, existía una fuerte confianza en que la libre circulación de empresas transnacionales (en adelante, ETN), del capital y de las inversiones eran los factores claves para lograr el crecimiento y el desarrollo económicos.

En este proceso de globalización, las ETN ocasionalmente llevaban adelante sus negocios en Estados que no querían o no podían garantizar el cumplimiento de su legislación, especialmente la relacionada con los derechos humanos. Esta brecha de gobernabilidad generó (y de alguna manera, continúa generando) una situación favorable para que las empresas vulneraran los derechos humanos

²⁸¹ Ver el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado en Washington (Estados Unidos de América) el 18 de marzo de 1965.

²⁸² La situación es acertadamente descripta en el documento de antecedentes preparado en 1994 por el Secretario General de las Naciones Unidas titulado "La relación entre el ejercicio de los derechos humanos, en particular los derechos sindicales y laborales internacionales, y los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales" (E/CN.4/Sub.2/1995/11 [1995] 4-11).

²⁸³ Jan Wouters y Leen Chanet, 'Corporate Human Rights Responsibility: A European Perspective' [2008] 6 Nw U J Int'l Hum Rts 262.

de las personas dentro de los territorios en los que operaban sin consecuencias legales e incluso -a veces- con el apoyo del Estado anfitrión. A su vez, esta brecha de gobernanza y el creciente número de abusos de derechos humanos relacionados con las empresas llevaron a la comunidad internacional a prestar atención a un tema que tradicionalmente se consideraba parte del derecho interno y, como tal, de jurisdicción exclusiva de los Estados. En resumen, la brecha de gobernanza creada por la globalización es ampliamente reconocida como la principal causa del problema de los abusos de los derechos humanos relacionados con las empresas.²⁸⁴

Es justo decir -con un propósito meramente académico- que se podría dividir la evolución del tema de las empresas y los derechos humanos en el marco de Naciones Unidas tomando en consideración la labor del profesor Ruggie desde su nombramiento como Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas (en adelante, SGNU) sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en 2005.²⁸⁵ ²⁸⁶Su influyente investigación es ampliamente considerada como un punto de referencia que marcó una nueva tendencia en este tema que continúa hasta nuestros días.

²⁸⁴ 'Las lagunas de gobernanza son una parte central de la cuestión de los derechos humanos y las empresas. Esto es así para todos los Estados y regiones, y para las empresas de todos los tamaños, sectores y contextos operacionales' (A/HRC/20/29, Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas [2012] 20).

²⁸⁵ Lo que tuvo lugar el 28 de julio de 2005.

²⁸⁶ El sistema de la OEA no ha sido ajeno a la cuestión de las empresas y derechos humanos. En 2000, la Asamblea General de la OEA instruyó al Consejo Permanente a realizar un estudio sobre el tema de Responsabilidad Social Empresarial con el objetivo principal de 'precisar su alcance y contenido en el contexto interamericano' (AG/RES. 1723 (XXX-O/00) Fortalecimiento de la probidad en el Hemisferio y seguimiento del programa interamericano de cooperación para combatir la corrupción [2000]). Después de eso, la Asamblea General adoptó varias resoluciones: AG/RES. 1786 (XXXI-O/01), AG/RES. 1871 (XXXII-O/02), AG/RES. 1953 (XXXIII-O/03), AG/RES. 2013 (XXXIV-O/04), AG/RES. 2123 (XXXV-O/05), AG/RES. 2194 (XXXVI-O/06), AG/RES. 2336 (XXXVII-O/07), AG/RES. 2483 (XXXIX-O/09), AG/RES. 2554 (XL-O/10), AG/RES. 2687 (XLI-O/11), AG/RES. 2753 (XLII-O/12), AG/RES. 2840 (XLIV-O/14), AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), AG/RES. 2908 (XLVII-O/17), AG/RES. 2928 (XLVIII-O/18).

El Comité Jurídico Interamericano de la OEA ha elaborado informes sobre este tema en 2013 (CJI/doc.436/13), 2014 (CJI/doc.449/14 rev. 1) y 2017 (CJI/doc.522/17 rev.2). Cabe mencionar que el Informe de 2014 incluye la Guía de Principios sobre Responsabilidad Social de las Empresas en el Campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas.

Además, se han realizado varias conferencias sobre RSE en diferentes ciudades del hemisferio. Por ejemplo y entre otras: Miami 2002, Panamá 2003, México 2004, Santiago, 2005, Salvador (Brasil) 2006, Cartagena de Indias (2008).

Como se puede observar, el tema de la Responsabilidad Social Empresarial en el marco de la OEA, nació en el marco de la lucha contra la corrupción, lo que no es de extrañar teniendo en cuenta los malos antecedentes de la región en este tema y su evidente impacto en el disfrute de los derechos humanos.

Las Naciones Unidas comenzaron a prestar atención al tema de las empresas y los derechos humanos a través del análisis de los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo. En 1972, a propuesta de Chile, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (en adelante, ECOSOC) adoptó la Resolución 1721 (LIII) solicitando al SGNU la designación de un grupo de estudio para estudiar el papel de las corporaciones multinacionales y su impacto en el proceso de desarrollo.²⁸⁷

Durante los años setenta, el ECOSOC adoptó las resoluciones 1908 (LVII)²⁸⁸ y 1913 (LVII).²⁸⁹ La primera, entre otras cosas, estableció un centro de información e investigación sobre las ETN y el segundo estableció una Comisión de ETN (en adelante, CETN). La CETN, desde su primera reunión, trabajó en la redacción de un Código de Conducta aplicable a las ETN.²⁹⁰ En 1976, la CETN decidió establecer un Grupo de Trabajo Intergubernamental sobre un Código de Conducta para redactar dicho código.²⁹¹

En 1982, el Grupo Intergubernamental sobre un Código de Conducta finalizó su trabajo sin llegar a un acuerdo sobre todas las disposiciones.²⁹² En 1992 fue evidente que no era posible un consenso sobre el proyecto de código de conducta.²⁹³ En 1993, la CETN se convirtió en una comisión de la Junta de Comercio y Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo y pasó a denominarse Comisión de Inversiones Internacionales y ETN.²⁹⁴

En 1994 la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías²⁹⁵ (en adelante, la Subcomisión) aprobó la resolución 1994/37

²⁸⁷ ECOSOC 1721 (LIII) [1972] 1. El representante de Chile, cuando introdujo la propuesta, mencionó el creciente poder de las corporaciones multinacionales que podría conducir a socavar la soberanía del Estado anfitrión (ver *Yearbook of the United Nations* [1972] 242-243). Los párrafos del preámbulo de la resolución 1721 (LIII) reconocieron que a veces el tamaño y el poder económico de las corporaciones multinacionales sobrepasa la economía del Estado donde operan.

²⁸⁸ ECOSOC 1908 (LVII) [1974]. En esta resolución se utilizó el término “empresas transnacionales” en lugar de “empresas multinacionales” que se utilizó en la resolución 1721 (LIII) (ver *Yearbook of the United Nations* [1974] 481).

²⁸⁹ ECOSOC 1913 (LVII) [1974]

²⁹⁰ *Yearbook of the United Nations* [1975] 484.

²⁹¹ *Yearbook of the United Nations* [1976] 459.

²⁹² *Yearbook of the United Nations* [1982] 785.

²⁹³ *Yearbook of the United Nations* [1992] 644.

²⁹⁴ *Yearbook of the United Nations* [1994] 904-905.

²⁹⁵ En 1999 la Subcomisión fue denominada Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y finalmente reemplazada por el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos (Olivier De Shutter, *International Human Rights Law*, (2nd edition, Cambridge University Press, 2014. Ver también A/HRC/RES/5/1 [2007] Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos.

mediante la cual, entre otros párrafos resolutivos, solicitó al SGNU que elaborara un informe en el que ‘se examine la relación entre el ejercicio de los derechos humanos, en particular los derechos sindicales y laborales internacionales, y los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales’.^{296 297}

El SGNU presentó su informe en 1995.²⁹⁸ Cabe destacar el reconocimiento de que las actividades de las ETN impactan en el goce efectivo de una serie de derechos humanos.²⁹⁹ En este documento de antecedentes se puede encontrar una definición de ETN según la cual:

Las empresas transnacionales han sido descritas como sociedades que poseen o controlan medios de producción o servicios fuera del país en el que están basadas. Sus productos se fabrican simultáneamente en distintos países, y se venden mediante sistemas de distribución integrada que van más allá de las fronteras nacionales.³⁰⁰

En 1998, la Subcomisión estableció un grupo de trabajo del período de sesiones con el fin de, entre otras cosas, ‘Determinar y examinar los efectos de los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales sobre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y del derecho al desarrollo, así como de los derechos civiles y políticos’.³⁰¹

En 1999, la Subcomisión decidió establecer el grupo de trabajo del período de sesiones antes mencionado.³⁰² El grupo de trabajo del período de sesiones, al decidir su programa, tenía la intención de ‘considerar la posibilidad de preparar un código de conducta para las empresas transnacionales basado en las normas sobre derechos humanos’.³⁰³

²⁹⁶ E/CN.4/SUB.2/RES/1994/37, Medidas para la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales [1994] 8 (g). Vale la pena mencionar que en 1992 el Relator Especial sobre la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, Sr. Danilo Türk, presentó su informe final en el cual recomendó, entre otros puntos, que el Banco Mundial debería incorporar criterios de derechos humanos en sus labores tomando en consideración el impacto en los derechos económicos, sociales y culturales de sus programas y políticas (E/CN.4/Sub.2/1992/16, Realización de los derechos económicos, sociales y culturales Informe Definitivo presentado por el Sr. Danilo Türk, Relator Especial [1992]).

²⁹⁷ Karl P Sauvart, ‘Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned’ [2015] 16 J World Investment & Trade 11.

²⁹⁸ La Subcomisión hizo suyo el informe a través de la resolución 1995/31 (E/CN.4/Sub.2/RES/1995/31 [1995]).

²⁹⁹ E/CN.4/Sub.2/1995/11 (n 117) 89.

³⁰⁰ *Ibidem* 4.

³⁰¹ E/CN.4/SUB.2/RES/1998/8 [1998] 4.a). Como se puede apreciar la Subcomisión, en esta resolución, es plenamente consciente de que las ETN pueden impactar en cualquier derecho humano, no solo los económicos, sociales y culturales sino también los civiles y políticos.

³⁰² E/CN.4/SUB.2/DEC/1999/101 [1999].

³⁰³ E/CN.4/Sub.2/1999/9 [1999] 32.

En 2002, el grupo de trabajo del período de sesiones aprobó el proyecto de normas sobre las responsabilidades de las ETN y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos³⁰⁴ (en adelante, el proyecto de Normas). Al año siguiente, la Subcomisión aprobó el proyecto de Normas.³⁰⁵

Aunque la Subcomisión hizo hincapié en la idea de que el proyecto de Normas reflejaba ‘la mayoría de las tendencias actuales en el ámbito del derecho internacional [...] con respecto a las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales’³⁰⁶ el tema no fue ampliamente aceptado. De hecho, la Comisión de Derechos Humanos decidió recomendar que el ECOSOC afirmara que el proyecto de Normas no había sido solicitado por la Comisión de Derechos Humanos, que no tenía autoridad legal y que la Subcomisión no debería realizar ninguna función de seguimiento a este respecto.³⁰⁷ El ECOSOC decidió en consecuencia.³⁰⁸

En 2005, la Comisión de Derechos Humanos solicitó al SGNU que nombrara un representante especial sobre la cuestión de los derechos humanos y las ETN y otras empresas comerciales.³⁰⁹ Como se dijo antes, el SGNU nombró al profesor Ruggie.

Si bien el profesor Ruggie presentó algunos informes, hay dos de ellos que sobresalen por su importancia, a saber: el Marco de Referencia³¹⁰ y los Principios Rectores).³¹¹

El Consejo de Derechos Humanos refrendó los Principios Rectores y estableció un Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las ETN y otras empresas comerciales por un período de tres años cuyo mandato fue, entre otros, promover la difusión e implementación efectiva y completa de los Principios Rectores.³¹²

En 2014, el Consejo de Derechos Humanos decidió establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las ETN y otras empresas con respecto a los derechos humanos con el mandato explícito de

³⁰⁴ E/CN.4/Sub.2/2002/13 [2002]] Informe del Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales acerca de su cuarto período de sesiones.

³⁰⁵ E/CN.4/Sub.2/RES/2003/16 [2003].

³⁰⁶ *Ibidem*.

³⁰⁷ E/CN.4/DEC/2004/116 [2004].

³⁰⁸ E/DEC/2004/279 [2004].

³⁰⁹ E/CN.4/RES/2005/69 [2005] 1.

³¹⁰ Marco de Referencia (n 1).

³¹¹ Principios Rectores (n 2).

³¹² A/HRC/RES/17/4 [2011]. El mandato de este Grupo de Trabajo ha sido extendido por la resolución 26/22 (A/HRC/RES/26/22 [2014]) y la resolución 35/7 (A/HRC/RES/35/7 [2017]).

elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular, en el derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de ETN y otras empresas comerciales.³¹³

Como puede observarse después de que el trabajo del profesor Ruggie comenzó un período de implementación y difusión de los Principios Rectores. De alguna manera, el Marco de Referencia y los Principios Rectores sirven como los cimientos del subsecuente trabajo de las Naciones Unidas en este tema.

Como se afirmó en el Informe final de 2011, los Principios Rectores marcan ‘el fin del comienzo: la creación de una plataforma conjunta de acción a nivel mundial, como base para seguir avanzando paso a paso, sin excluir ninguna otra posibilidad prometedora a largo plazo’.³¹⁴

Las principales tendencias en el tema están englobadas en el Marco de Referencia y los Principios Rectores. El Marco de Referencia resultó ser un ‘punto focal dotado de autoridad’³¹⁵ y los Principios Rectores, un conjunto autorizado de estándares sobre el tema.³¹⁶ Los Principios Rectores se basan en el Marco de Referencia que, a su vez, descansa sobre tres pilares: el deber del Estado de proteger, la responsabilidad de las empresas de respetar y el acceso a la reparación. En los Principios Rectores, el análisis de cada pilar se divide en principios fundamentales y operativos.

Los Principios Rectores han concitado la atención de otros actores tales como la OCDE,³¹⁷ la Corporación Financiera Internacional³¹⁸ y el ICMM.³¹⁹

Los Principios Rectores, es importante resaltar, no son vinculantes ni son un tratado a pesar de que representan ‘la primera adopción de un texto autorizado sobre empresas y derechos humanos dentro de las Naciones Unidas’,³²⁰ pero el sistema de las Naciones Unidas todavía está trabajando en un instrumento vinculante. El Grupo de Trabajo con el mandato de trabajar en esa dirección aún no ha llegado a un resultado final.³²¹

³¹³ A/HRC/RES/26/9 [2014].

³¹⁴ Principios Rectores (n 2) 13.

³¹⁵ *Ibidem* 5.

³¹⁶ John Gerard Ruggie, ‘Global Governance and New Governance Theory: Lessons from Business and Human Rights’ [2014] 20 *Global Governance* 5.

³¹⁷ OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises* (2011).

³¹⁸ IFC, *Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social* (2012) e IFC, *Notas de orientación de la Corporación Financiera Internacional: Normas de desempeño sobre sostenibilidad ambiental y social* (2012).

³¹⁹ ICCM (n 32) e ICMM, *Human rights in the mining and metals industry Integrating human rights due diligence into corporate risk management processes* (London, 2012).

³²⁰ Olivier De Shutter (n 130) 461.

³²¹ El Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos adoptó su último informe el 9 de enero de 2020 (A/HRC/43/55 [2020]).

La circunstancia apuntada no significa desconocer su mérito ni que pueden servir de punta pie inicial para la creación de normas internacionales obligatorias consuetudinarias o convencionales. Humberto Cantú Rivera les atribuye el carácter ‘reglas embrionarias’ que pueden generar una *opinio juris* como base para una futura costumbre internacional.³²²

En el proyecto de Normas, los Estados y las ETN estaban casi a la par en relación con las responsabilidades en materia de derechos humanos. Quizás este punto de partida hizo que el proyecto de Normas fuera tan difícil de aceptar por las ETN y otras empresas comerciales así como por algunos Estados. Según el proyecto de Normas, tanto los Estados como las ETN tenían la obligación de respetar, garantizar el respeto, prevenir abusos y promover los derechos humanos reconocidos en la legislación o derecho nacional e internacional.³²³ La pequeña diferencia era que los Estados tenían una ‘responsabilidad principal’ y las ETN una ‘responsabilidad dentro de sus respectivas esferas de actividad e influencia’.

El profesor Ruggie adopta un enfoque diferente. En primer lugar, reconoce que los Estados y las ETN tienen diferencias de naturaleza y por eso tienen responsabilidades distintivas, aunque estas responsabilidades son complementarias.³²⁴ Los Estados tienen ‘obligaciones’ en tanto que las empresas ‘responsabilidades’ distinción que se utiliza con la intención de señalar que el derecho internacional de los derechos humanos no impone obligaciones a la empresas sino solo a los Estados.³²⁵ En segundo lugar, reconoce que las ETN pueden afectar o infringir casi todos los derechos humanos reconocidos en los principales instrumentos o tratados de derechos humanos.³²⁶

De los tres pilares mencionados por el profesor Ruggie solo se analizará el correspondiente a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos

³²² Humberto Cantú Rivera, *Debida diligencia en derechos humanos: Breves reflexiones en IIDH, Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina* (2017) 437. En igual sentido se pronuncia Robert J Blitt: ‘the story of the UDHR is the story of how aspirational non-binding principles, or “soft law,” can evolve continually over time into more durable and enforceable “hard law” -either in the form of a written treaty or in the consolidation of customary international practice’ (Robert C Blitt, ‘Beyond Ruggie’s Guiding Principles on Business and Human Rights: Charting an Embrasive Approach to Corporate Human Rights Compliance’ (2012) 48 *Tex Int’l L J* 33, 41).

³²³ E/CN.4/Sub.2/2002/13 (n 139).

³²⁴ En su informe provisional de 2006 se destaca que ‘las empresas no son instituciones democráticas de interés público’ (E/CN.4/2006/97 [2006] 68). Ver también Marco de Referencia (n 1) 9.

³²⁵ Robert C Blitt (n 157). Esta idea quizás confirma la falta de personalidad internacional de las empresas lo que implica que el derecho internacional, especialmente el derecho internacional de los derechos humanos, no les impone obligaciones directas, y tampoco pueden ser llevadas ante ninguna corte o tribunal internacional en caso de incumplimiento.

³²⁶ Marco de Referencia (n 1).

humanos.³²⁷ Vale la pena mencionar que a pesar de que Marco de Referencia aún hablaba de las ETN, los Principios Rectores se refieren a las ‘empresas’ y aclara que ‘Estos Principios Rectores se aplican a todos los Estados y a todas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura’.³²⁸ Las palabras anteriores muestran que toda empresa tiene la responsabilidad de respetar los derechos humanos incluso si solo opera localmente, es decir, en un solo país.

La responsabilidad de respetar está basada en expectativas sociales³²⁹ y se trata también de una ‘responsabilidad de base, es decir sobre ella pueden construirse o agregarse otros niveles de responsabilidad’.³³⁰ Humberto Cantú Rivera expresa que ‘Al identificar el deber mínimo de las empresas como una responsabilidad general de respetar los derechos humanos basada en expectativas sociales [...] Ruggie creó un estándar básico globalmente aceptable’.³³¹

La responsabilidad de respetar no supone una actitud negativa sino que también exige conductas positivas de parte de las empresas. Tiene efecto directo en la relación de las empresas con los pueblos indígenas.³³²

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos comprende (i) evitar causar daño a otros directamente o a través de sus relaciones comerciales y (ii) abordar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos³³³ las se producen ‘cuando por razón de un acto se elimina o se reduce la capacidad de una persona para disfrutar de sus derechos humanos’.³³⁴

Las empresas deben respetar, al menos, los derechos humanos reconocidos

³²⁷ ‘Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación’ (Principios Rectores (n 2) principio 11).

³²⁸ *Ibidem*.

³²⁹ Informe Marco (n 1) 54.

³³⁰ Carlos López, El camino hacia un instrumento jurídicamente vinculante en el área de empresas y derechos humanos: ¿de la responsabilidad social de la empresa a la responsabilidad legal de la empresa por vulneraciones a los derechos humanos? en IIDH, *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina* (2017)129/130. Según el ICMM ‘The responsibility to respect is the baseline expectation for all companies’ (ICMM (n 32))

³³¹ Humberto Cantú Rivera (n 157) 428/429.

³³² *Mutatis mutandi* se puede aplicar lo que dijo la CorteIDH en la Opinión Consultiva OC-18/03: ‘En las relaciones laborales los empleadores deben proteger y respetar los derechos de los trabajadores, ya sea que esas relaciones se desarrollen en los sectores público o privado de las sociedades. La obligación de respeto de los derechos humanos de los trabajadores migrantes tiene un efecto directo en cualquier tipo de relación laboral, tanto cuando el Estado es el empleador como cuando lo es un tercero, y ya se trate de una persona física o jurídica’ (Opinión Consultiva OC-18/03 (n 64) 151).

³³³ Principios Rectores (n 2) Principios 11 y 13.

³³⁴ ONU, *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación* (Ginebra, 2012) 5.

en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo.³³⁵ Es importante destacar que las Declaraciones antes mencionadas no son instrumentos jurídicamente vinculantes *per se* aunque forman parte del derecho internacional consuetudinario internacional; por otro lado, los Pactos sí son tratados según la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 e imponen obligaciones, responsabilidades y deberes únicamente a los Estados que los han ratificado; podría surgir una situación interesante porque las empresas responsables de respetar los derechos reconocidos en los Pactos en el territorio de un Estado que no los haya ratificado.

La enumeración no es taxativa (por ello constituye una ‘responsabilidad de base’) por cuanto nada quita que las empresas tengan que respetar derechos humanos contenidos en otros instrumentos internacionales sobre todo cuando existen personas o grupos en situación de vulnerabilidad, como es el caso de los pueblos indígenas.³³⁶

La responsabilidad de respeto supone actuar con debida diligencia para no vulnerar los derechos humanos de terceras personas.³³⁷ Según el Marco de Referencia la debida diligencia ‘describe los pasos que una empresa debe tomar para tomar conciencia, prevenir y abordar los impactos adversos sobre los derechos humanos’.³³⁸

El Principio 17 dispone en lo que aquí interesa:

Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas³³⁹

³³⁵ Principios Rectores (n 2) Principio 12.

³³⁶ *Ibidem*, comentario al Principio 11.

³³⁷ Marco de Referencia (n 1).

³³⁸ *Ibidem*, 56.

³³⁹ Principios Rectores (n 2).

La diligencia debida es definida de la siguiente manera:

La diligencia debida en materia de derechos humanos constituye un proceso continuo de gestión que una empresa prudente y razonable debe llevar a cabo, a la luz de sus circunstancias (como el sector en el que opera, el contexto en que realiza su actividad, su tamaño y otros factores) para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos.³⁴⁰

La diligencia debida supone la participación de las partes interesadas.³⁴¹ En los términos de la OCDE los pueblos indígenas revisten el carácter de participantes prioritarios porque tienen ‘un mayor riesgo de sufrir impactos adversos o cuyo riesgo potencial es más grave o puede resultar irremediable’³⁴² y, como se ha dicho más arriba, es especialmente verdad cuando se analizan los impactos en los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Es aquí donde confluyen los derechos de los pueblos indígenas con la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. La participación y la consulta es, entonces, un derecho de procedimiento fundamental de los pueblos indígenas y un aspecto central en la debida diligencia que las empresas deben cumplir para respetar los derechos humanos. La participación, como se dijo *supra*, es donde se genera el ámbito para la actividad minera pueda ser calificada de sustentable cuando tiene lugar o impacta en tierras, territorios y recursos de pueblos indígenas.

La Corte IDH ha tenido oportunidad de decir que la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos reviste el carácter de *erga omnes*.³⁴³ La obligación de respetar los derechos humanos no solo está en cabeza de los órganos del Estado sino que también los particulares tienen la obligación de respecto de los derechos humanos en sus relaciones con otros particulares.³⁴⁴

5. Conclusión

Sobre la base de los desarrollos anteriores se pueden extraer las siguientes conclusiones:

³⁴⁰ ONU (n 169) 7.

³⁴¹ Principios Rectores (n 2) Principio 18.b.

³⁴² OCDE (n 22) 20

³⁴³ Opinión Consultiva OC-18/03 (n 64) 109.

³⁴⁴ *Ibidem*, 140 y 146. Ver también Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, especialmente párrafos 76 y 77.

(i) El desarrollo sostenible o sustentable abarca y supone tres dimensiones o pilares interdependientes e igualmente importantes, a saber: la protección del medio ambiente, el desarrollo social y el crecimiento económico.

(ii) Respecto de la actividad o industria minera, como especie de actividad extractiva, se han destacado los impactos positivos y negativos. En este último sentido, su impacto medioambiental es más profundo en comparación con la industria del petróleo y del gas.

(iii) La actividad minera tiene que atravesar el tamiz de las tres dimensiones que componen el desarrollo sustentable, bajo un estricto enfoque de respeto de los derechos humanos. Si sobre pasa tal prueba entonces la actividad será sustentable y como tal deseable. Pero en todo caso no es un juicio que se pueda hacer *a priori* sino que dependerá de cada caso en concreto.

(iv) Los pueblos indígenas son objeto de atención por parte del derecho internacional. El Convenio OIT N° 169, la DNUDPI y la DADPI son una prueba de ello, aunque sí es importante destacar que no existe un tratado internacional ni en el sistema de las Naciones Unidas ni en el de la OEA específico a su respecto.

(v) Los pueblos indígenas constituyen un grupo en situación de vulnerabilidad que demandan al Estado no solo una actividad pasiva de respetar sus derechos sino deberes especiales que suponen adoptar medidas especiales.

(vi) Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a la propiedad de sus tierras, territorios y los recursos que en ellos se encuentren. Este derecho constituye un prerrequisito para el goce de otros derechos y es de vital importancia para los pueblos indígenas.

(v) Cualquier restricción o limitación que se pretenda imponer al ejercicio del derecho mencionado anteriormente exige la participación y consulta de los pueblos indígenas.

(vi) El derecho a la participación y consulta es un derecho de procedimiento de primera importancia y reviste además el carácter de principio de derecho internacional. Constituye una garantía para los pueblos indígenas.

(vii) El proceso de consulta debe ser de buena fe y debe respetar las tradiciones, costumbres y, especialmente, los métodos de toma de decisiones de los pueblos indígenas. El proceso debe ser inclusivo de forma participen todos los miembros del pueblo.

(viii) La jurisprudencia de la CorteIDH solo prevé el consentimiento previo, libre e informado en el caso de que esté en juego la propia supervivencia del pueblo indígena como tal.

(ix) Un correcto y adecuado proceso de consulta y participación de conformidad con los estándares que surgen de la jurisprudencia de la CorteIDH puede permitir una actividad minera sustentable en tierras y territorios de pueblos indígenas.

(x) La brecha de gobernanza generada por la globalización hizo que la comunidad internacional prestara atención y se interesara por el tema de las empresas y los derechos humanos.

(xi) La labor del profesor Ruggie es el punto de partida para analizar la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos.

(xii) Los Principios Rectores no son vinculantes pues no son un tratado internacional pero nada impide que puedan ser la base para la creación de futuras normas internacionales de naturaleza consuetudinaria o convencional.

(xiii) La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos está basada en expectativas sociales y se trata de una responsabilidad de base. Supone la diligencia debida para no vulnerar los derechos humanos de terceras personas.

(xiv) La debida diligencia es un proceso que tiene por fin identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas generadas por las actividades de las empresas.

(xv) La debida diligencia supone la participación de las partes interesadas. Los pueblos indígenas, en el marco de actividades mineras, son considerados participantes prioritarios.

(xvi) La debida diligencia con la significativa y relevante participación de las comunidades indígenas es un aspecto crucial para determinar la viabilidad medioambiental, social y económica de un proyecto minero y funciona como un límite de contención y como forma de prevención.

Referências Bibliográficas

CAMERON, Peter D.; STANLEY, Michael S. **Oil, Gas, and Mining: a Sourcebook for Understanding the Extractive Industries**. World Bank Group, 2017.

DUBINSKI, Józef. **Sustainable Development of Mining Mineral Resources**. Journal of Sustainable Mining, vol. 12, 2013.

GÓMEZ, Antonio G. *Derecho Ambiental y el Acuerdo de Escazú*. Revista Jurídica La Ley, 1, 2018.

GUDYNAS, Eduardo. *Sustentación, aceptación y legitimación de los extractivismos: múltiples expresiones pero un mismo basamento*. Revista Opera, vol. 14, 2014.

ICMM. *Human rights in the mining and metals industry Integrating human rights due diligence into corporate risk management processes*. Londres, 2012.

IFC. *Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social*. 2012.

IFC. *Notas de orientación de la Corporación Financiera Internacional: Normas de desempeño sobre sostenibilidad ambiental y social*. 2012.

IIDH. *El Derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas*. 67, 2016.

LÓPEZ, Carlos. **El camino hacia un instrumento jurídicamente vinculante en el área de empresas y derechos humanos: ¿de la responsabilidad social de la empresa a la responsabilidad legal de la empresa por vulneraciones a los derechos humanos?**. In: IIDH, *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina*. 129/130, 2017.

MCCORQUODALE, Robert. **Group Rights**. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh (eds). *International Human Rights Law*. Oxford University Press, 2018.

MOLLAR, Marcos Nelio. **Introducción a la Protección Internacional del Medio Ambiente**. In: NAPOLITANO, Silvina S. González et al. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Errepar, 2015.

OCDE. *Guía de la OCDE de diligencia debida para la participación significativa de las partes interesadas del sector extractivo*. Paris, 2018, p.15-16.

OECD. *Guidelines for Multinational Enterprises*. 2011.

ONU. *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación*. Ginebra, 2012.

RIVERA, Humberto Cantú. *Debida diligencia en derechos humanos: Breves reflexiones*. In: IIDH, **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. 437, 2017.

RUGGIE, John Gerard. **Global Governance and New Governance Theory: Lessons from Business and Human Rights**. *Global Governance* vol. 20, n. 5, 2014.

SAUVANT, Karl P. **Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned**. *J World Investment & Trade* vol 16, n 11, 2015.

WARD, Tara Ward. **The Right to Free, Prior, and Informed Consent: Indigenous Peoples' Participation Rights within International Law**. *Northwestern Journal of International Human Rights*, Volume 10, Issue 2, 2011.

WOUTERS, Jan Wouters; CHANET, Leen. **Corporate Human Rights Responsibility: A European Perspective**. *6 Nw U J Int'l Hum Rts* 262, 2008.

LA REGULACIÓN DE LA MINERÍA EN TIERRAS INDÍGENAS EN BRASIL: CONTRIBUCIONES JURÍDICAS Y REGULATORIAS A LAS PROPUESTAS DE EFECTIVIZACIÓN DEL MANDATO CONSTITUCIONAL – DEL PROYECTO DE LEY N° 1.700/1989 AL PROYECTO DE LEY N° 191/2020

Tiago de Mattos Silva ³⁴⁵

1. Introducción: relevancia y sensibilidad temporal del tema

La minería en tierras indígenas, a pesar del desasosiego contemporáneo, no es un asunto nuevo en el debate nacional o internacional. Por el contrario: el tema ya fue tratado en innumerables jurisdicciones, en épocas distintas, y se remonta a controversias seculares.

Si trajéramos parte de esa discusión, en escala global, hacia estas últimas décadas, veremos que, solamente en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la *Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas*³⁴⁶ adoptada

³⁴⁵ Abogado formado por la Universidad Federal de Minas Gerais – UFMG, Magíster por la Universidad Federal de Ouro Preto – UFOP, LLM por el *Centre for Energy, Petroleum, Mineral Law and Policy* – CEPMLP, de la Universidad de Dundee, Escocia, y presidente del *Instituto Brasileiro de Direito Minerário* – IBDM.

³⁴⁶ UN GENERAL ASSEMBLY. *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: resolution adopted by the General Assembly*, 2 de octubre de 2007, A/RES/61/295. Disponible en: <<https://www.refworld.org/docid/471355a82.html>>. Accedido el: 21/09/2020.

en 2007 – en la que se usa la palabra *mineral* en dos pasajes – demandó cerca de 25 años de estudios, divergencias y convergencias, para convertirse en el documento formal que hoy establece las bases de la búsqueda del *ideal común que debe ser perseguido en un espíritu de solidaridad y de respeto mutuo* entre Estados y pueblos indígenas.

En Brasil, el historial de dicha controversia no es diferente.

Para quedarnos solamente dentro del orden constitucional vigente, los riquísimos documentos oficiales sobre la articulación social y política del período previo a la Constitución de 1988, demostraron lo acalorado del debate. Las actas de las reuniones realizadas por la *Subcomissão dos Negros Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias*, en español: “Subcomisión de los Negros, Poblaciones Indígenas, Personas Deficientes y Minorías”, registran la palabra *minería* 22 veces³⁴⁷.

No obstante, algunos factores vuelven a este debate especialmente relevante y sensible en la actualidad, a escala global y local³⁴⁸. Entre ellos, podemos citar, de un lado, el agotamiento de reservas minerales localizadas en provincias ya conocidas, instaurando la discusión sobre la necesidad de ampliación de las fronteras mineras³⁴⁹; y, del otro, la necesidad de materialización de los derechos indígenas conquistados en el último siglo, permitiéndoles a estos grupos hacer resonar una voz activa sobre sus intereses frente a las actividades que los impactan – y que impactan las tierras que ocupan³⁵⁰.

Varios países enfrentan debates complejos sobre los problemas prácticos relacionados a la efectiva minería en tierras ocupadas por poblaciones tradicionales. Es el caso de Suecia y su historial minero, muchas veces conflictivo, en áreas ocupadas por la población *Sami*³⁵¹³⁵²; de Australia, involucrando la

³⁴⁷ Este material puede ser encontrado en la recopilación organizada por el Senado Federal, disponible en: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/7c_Subcomissao_Dos_Negros,_Populacoes_Indigenas.pdf>.

³⁴⁸ NEALE, Timothy; VINCENT, Eve. *Mining, indigeneity, alterity: or, mining Indigenous alterity?* Cultural Studies, v. 31, n. 2-3, p. 417-439, 2017.

³⁴⁹ WILLAERT, Klaas. *Public participation in the context of deep sea mining: Luxury or legal obligation?* Ocean & Coastal Management, v. 198, p. 105368, 2020.

³⁵⁰ DUVE, Thomas. *Indigenous rights in Latin America: a legal historical perspective*. 2017.

³⁵¹ HOROWITZ, Leah S. et al. *Indigenous peoples' relationships to large-scale mining in post/colonial contexts: Toward multidisciplinary comparative perspectives*. The Extractive Industries and Society, v. 5, n. 3, p. 404-414, 2018.

³⁵² LAWRENCE, Rebecca; LARSEN, Rasmus Kløcker. *The politics of planning: assessing the impacts of mining on Sami lands*. Third World Quarterly, v. 38, n. 5, p. 1164-1180, 2017.

relación entre los mineros y los *Aborígenes*³⁵³; y también de Nueva Zelanda, en la relación entre la actividad mineral y la población *Maori*³⁵⁴.

Brasil también es protagonista en ese debate. Sin embargo, en aspectos jurídicos, el objeto de la controversia aquí es diferente al enfrentado al de los ejemplos anteriores: la minería en tierras indígenas, a pesar de lo previsto en la Constitución y pasados más de 30 años de su promulgación, no fue reglamentada. En ese contexto, el debate público no es pautado por los conflictos entre la minería (regular) y sus impactos directos en las poblaciones indígenas, sino que se trata, más bien, de si la minería podrá desarrollarse en las tierras ocupadas por ellas y en qué condiciones.

Para tener una dimensión numérica del debate, datos públicos del *Cadastro Mineiro* (en español: “Registro Minero”) sistema de control de áreas de la *Agencia Nacional de Mineração* (ANM) – “Agencia Nacional de Minería” – indican que, en Brasil, hay aproximadamente dos mil requerimientos o títulos mineros que involucran, directa o indirectamente, tierras indígenas. Todos ellos están parados, con el lanzamiento procesal *Bloqueo Administrativo - Tierra Indígena* marcado en su registro, justamente debido a la ausencia de reglas sobre el tema.

La situación se torna todavía más sensible en el actual contexto político brasileño, especialmente por el hecho de que el Gobierno Federal ya ha señalado expresamente, y en diversas oportunidades, su intención de reglamentar la materia y viabilizar tales actividades.

Además de declaraciones informales de la *entourage* de la Presidencia de la República, hubo dos medidas objetivas que confirmaron esa intención: (a) la presentación, el 06/02/2020, del Proyecto de Ley nº 191/2020, de autoría del Poder Ejecutivo, al Congreso Nacional³⁵⁵ y que, entre otros asuntos, afronta el tema; y (b) la publicación del *Programa Mineração e Desenvolvimento: Plano de Metas e Ações 2020/2023*³⁵⁶, en español “Programa Minería y Desarrollo: planes de Metas y Acciones”, por el Ministerio de Minas y Energía, el 14/07/2020, que trata, en su

³⁵³ BOND, Carol; KELLY, Lisa. *Returning land to country: Indigenous engagement in mined land closure and rehabilitation*. Australian Journal of Management, p. 0312896220919136, 2020.

³⁵⁴ RUCKSTHUL, Katharina; THOMPSON-FAWCETT, Michelle; RAE, Hauauru. *Māori and mining: Indigenous perspectives on reconceptualising and contextualising the social licence to operate*. Impact Assessment and Project Appraisal, 32:4, 304-314, DOI: 10.1080/14615517.2014.929782, 2014.

³⁵⁵ Al contenido completo del Proyecto de Ley puede accederse desde el sitio web de la Cámara de Diputados, desde el siguiente link: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1855498&filename=PL+191/2020

³⁵⁶ El documento completo puede consultarse en el sitio web del Ministerio de Minas y Energía, mediante el link: http://www.mme.gov.br/documents/78404/0/PAM_V4.pdf/1ac2c603-2f11-9efd-ee2a-3de8067b2e65

ítem 3.4.B (*Avanço da Mineração em Novas Áreas*, en español, “Avance de la Minería en Nuevas Áreas) sobre la meta de reglamentar la minería en tierras indígenas.

Ante la vuelta del asunto al centro del debate público por los motivos ya mencionados, y habiéndose intensificado por la polarización del enfrentamiento político en sus diversos frentes sociales, es necesario profundizar el estudio de la materia en todas las disciplinas que le son significativas.

El tema, por su sensibilidad y multidisciplinariedad inherentes, despierta pasiones de las más diversas. No obstante, y a fin de respetar el rigor metodológico, el presente trabajo se restringe al análisis – ya suficientemente complejo y controvertido – regulatorio y jurídico.

Buscará también despojarse de defensas o críticas sociológicas, ambientales, antropológicas, históricas, mercadológicas, y otras tantas vertientes que acarrearán el asunto, para, examinándolo desde la óptica del ordenamiento jurídico brasileño: (a) posicionar el tema en el régimen constitucional; (b) presentar y analizar, críticamente, las propuestas vigentes en el Congreso Nacional para la reglamentación de la materia; y (c) indicar elementos constitucionales y regulatorios de la minería brasileña que deben ser observados para legitimar la eventual deliberación política sobre el tema, contribuyendo, en última instancia, a la maduración del debate, desde las propuestas legislativas más antiguas hasta el Proyecto de Ley nº 191/2020.

2. Minería en tierras indígenas: bases constitucionales

La Constitución de la República reservó el tratamiento a los pueblos indígenas en dos frentes: (a) uno específico, previsto en el Capítulo VIII *Dos índios* (en español: “De los indios”) del Título VIII *Da Ordem Social* (“Del Orden Social”), con normas de cuño cultural, de organización y uso del espacio y de aspectos de su uso económico, entre otros; y (b) otro difuso, esparcido en grupos normativos, como aquellos asociados a los bienes de la Unión (art. 20, XI), protección de las manifestaciones culturales (art. 215, §1º), asuntos de objeto de defensa por el Ministerio Público (art. 129, V) y minería en sus tierras, asunto que demandó no solamente uno, sino dos dispositivos propios en Títulos distintos: el referido Título VIII, art. 231, §3º, y también en el Título VII *Da Ordem Econômica e Financeira* (“Del Orden Económico y Financiero”), Capítulo I, *Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica* (“De los Principios Generales de la Actividad Económica) art. 176, §1º.

La lectura de los dispositivos constitucionales que tratan sobre la minería en tierras indígenas desmitifica la idea de que la actividad sería prohibida, *a priori*, en tales localidades. La interpretación del art. 176, §1º, juntamente con el art. 231, §3º, traza, en realidad, no un comando de *autorización* o *prohibición*, sino más bien una orientación sobre las *condiciones* en las que la actividad podrá desarrollarse.

El art. 176, núcleo de las bases constitucionales definidoras del régimen jurídico de la minería en Brasil, establece que, para ser desarrollada en tierras indígenas, la actividad debe ser precedida de ley propia, que disponga de las condiciones necesarias para ello. Hasta aquí, no hay ninguna limitación específica, ya que la Constitución no establece reglas autoejecutables para la viabilidad directa de la actividad minera, donde quiera que ella se dé, siendo su regulación ejercida por ley.

Ya el art. 231, § 3º, amplía las exigencias, estableciendo tres premisas adicionales, a saber:

- (a) autorización del Congreso Nacional – reforzada por el inciso VXI del art. 49, que trata de las competencias exclusivas del Congreso Nacional;
- (b) consulta a las comunidades afectadas; y
- (c) garantía de recibimiento, para las comunidades indígenas afectadas en sus tierras, de una *participación en los resultados de la labra*.

Además, el §7º del art. 231 establece que no se aplicarán a las tierras indígenas el incentivo al cooperativismo mineral centrado en el ejercicio del *garimpagem*³⁵⁷ (art. 174, §3º), ni el dispositivo protector de las actividades *garimpeiras*, relacionado a la *prioridad* en la obtención de los títulos de labra en las áreas en operación a la hora de la promulgarse la Constitución (art. 174, §4º). Tales dispositivos colocan, en oposición, el *garimpo* y las tierras indígenas.

En conjunto, los dispositivos constitucionales nos llevan a la conclusión de que la minería, a ser desarrollada en tierras indígenas, fue forjada como un sistema de aprovechamiento mineral individualizado, con reglas y presupuestos sociales, económicos y políticos únicos, demandando condiciones adicionales, diferentes de la actividad minera común.

³⁵⁷ Nota de la traductora: “garimpagem” derivado de *garimpo* (brasileirismo), entiéndase en el lenguaje de la minería, el trabajo rudimental de exploración y extracción de piedras preciosas en el cauce de los ríos o en los márgenes de cursos naturales de aguas y sus terrazas, así como en los depósitos secundarios de mesetas, vertientes y en lo alto de los morros

Sociales, porque estableció la necesaria consulta de las comunidades indígenas en el desarrollo de tales actividades cuando sean desarrolladas en sus tierras, condición distinta a la minería en tierras de posesión o de propiedad de particulares (y del propio Poder Público). En éstas, no hay necesidad de consulta a los propietarios o poseedores durante el proceso de avance de proyectos, con posibilidad, inclusive, de ingreso coactivo del minero en tales áreas en el supuesto caso de resistencia de tales ocupantes, mediante un procedimiento procesal específico³⁵⁸, siendo garantizada a los ocupantes una contraprestación exclusivamente financiera definida por el *Código de Mineração* (en español: “Código de Minería”).

Económicos, porque estableció los preparativos organizacionales de las actividades mineras de forma restrictiva, excluyendo la modalidad del *garimpo* por cooperativas de los formatos posibles de ser utilizados en tales áreas; dicha restricción no existente en propiedades/tierras comunes.

Políticos, porque sometió la actividad al criterio no sólo del Poder Ejecutivo, por medio de los consentimientos mineros³⁵⁹ previstos en el §1º del art. 176, sino también del Congreso Nacional, ampliando el rol de *poderes políticos* necesariamente implicados en la aprobación de la actividad, lo que no es necesario en otra modalidad/disposición institucional de la minería en localidades comunes.

Concluimos que la minería en tierras indígenas, en su aspecto constitucional, constituye una modalidad económica posible, pero limitada y condicional, debiendo ser regulada y observados los puntos de referencia constitucionales, por legislación infraconstitucional.

³⁵⁸ Para más detalles sobre los procedimientos de acceso a las áreas superficiales en la minería, se sugiere la lectura de la obra *Direito Minerário: acesso a imóvel de terceiro para pesquisa e labra*, del doctrinador William Freire, publicada por la D’Plácido en 2020.

³⁵⁹ Siguiendo la mejor doctrina, nacional (*William Freire*) y extranjera (*Juan Luis Ossa Bulnes*, en Chile), se utiliza la expresión *consentimientos mineros* como género de los variados actos administrativos que otorgan derechos mineros en Brasil, y que, por su peculiaridad, no se confunden con las autorizaciones, concesiones, permisos y licencias.

3. Las propuestas de regulación del tema en el Congreso Nacional: un análisis crítico de los modelos regulatorios sugeridos, del PL n° 1.700/1989 en vísperas del PL n° 191/2020

Establecida la regla de *posibilidad limitada y condicional* de la minería en tierras indígenas en la Constitución de 1988, fueron presentadas, poco después de la promulgación del texto constitucional, propuestas para la regulación del asunto en el Congreso Nacional.

El primer proyecto del que se tiene conocimiento es el Proyecto de Ley n° 1.700/89, de la entonces Diputada Sra. Rita Camata. La propuesta – limitada a tres breves artículos, siendo que solamente el primero poseía contenido material – a pesar de su simplicidad textual, proponía la reglamentación de tres ítems importantísimos sobre el asunto: (a) la necesidad de consulta de la *Fundação Nacional do Índio* (FUNAI), en español: Fundación Nacional del Indio, (b) la *acquiescencia* de la comunidad indígena al proyecto y (c) el pago del *décimo* de las ganancias netas obtenidas con la actividad por parte del minero a la comunidad indígena.

El proyecto no prosperó individualmente, siendo anexado al Proyecto de Ley n° 2.057/1991. No obstante, tocó dos temas sensibles que serían nuevamente abordados en los proyectos posteriores, a saber:

- (a) la propuesta de reglamentación del dispositivo constitucional “*consultadas las comunidades indígenas*”, establecido en el §3º del art. 231, como necesario para la *anuencia o concordancia* de las actividades; y
- (b) la fijación de los precios que la contraprestación financiera debía darle a la comunidad indígena afectada, tanto en su *alícuota* (10%) como en su *base* (ingresos netos); propuesta que huía de los parámetros establecidos por el Código de Minería en relación a la propiedad común, que en esa época también era de 10%³⁶⁰, pero no sobre los ingresos netos de la actividad sino sobre el *impuesto sobre los minerales*³⁶¹.

En el Senado, el primer proyecto sometido a debate fue el PL n° 110/1989 (modificado en la Cámara al PL n° 4.916/1990) del Senador Severo Gomes.

³⁶⁰ En 1994, por medio de la Ley n° 8.901, pasó a ser 50% del valor pago a título de Compensación Financiera por la Exploración de Recursos Minerales – CFEM.

³⁶¹ *Imposto Único sobre os Minerais* – IUM, instituido por el Decreto-ley n° 1.038/1969.

De estructura más sólida y con diez artículos, el proyecto presentaba una dinámica regulatoria *sui generis*, esencialmente diferente del régimen jurídico vigente en las áreas no afectadas por las comunidades indígenas.

De comienzo, trataba las áreas mineras en tierras indígenas como *reservas nacionales* – probablemente inspirado en la regulación extraordinaria prevista en el art. 54 del Código de Minería³⁶² –, atribuyendo a la Unión el deber de identificar la potencialidad mineral preliminar del área, permitiendo la actividad minera solamente en el caso de ser comprobada la esencialidad de la sustancia y la escasez de ésta en el territorio nacional, demostrando su insuficiencia para las demandas del país. En caso de comprobación de tal potencial, el área sería objeto de estudio antropológico y de impacto ambiental, y sería licitada para potenciales interesados. Una vez escogida la mejor propuesta, ésta sería sometida a la autorización del Congreso Nacional, consultada la comunidad indígena – sin cualquier poder de veto. En caso de negativa parlamentaria para el avance a labra, la Unión debería resarcir los costos de la exploración mineral al vencedor; en caso positivo, Unión y minera firmarían determinado contrato, que debería prever remuneración a la comunidad indígena en cuantía no inferior al 10% del *valor bruto del mineral extraído*.

El destino del PL n° 110/89 fue el mismo del PL n° 1.700/89, y de varios otros³⁶³ de menor relevancia política, que fueron sometidos al Congreso Nacional en los años siguientes: en la anexión al Proyecto de Ley n° 2.057/1991, de autoría de los diputados Aloízio Mercadante, Fábio Feldmann, José Carlos Sabóia, Nelson Jobim y Sidney de Miguel.

El PL n° 2.057/1991, diferente a los dos primeros, tenía un objeto mucho más amplio, incluyendo la propuesta de creación de un *Estatuto das Sociedades Indígenas* (“Estatuto de las Sociedades Indígenas”). Entre los varios tópicos sugeridos, había un capítulo específico sobre la minería, que contaba con ocho artículos exclusivos sobre el asunto.

La estructura regulatoria de la propuesta es casi idéntica a la del PL n° 110/89, salvo algunas excepciones relevantes: (a) imponía la veda a la actividad mineral en áreas no delimitadas, ocupadas por indios aislados, invadidas o en

³⁶² Art. 54. En zona que tenga sido declarada Reserva Nacional de determinada sustancia mineral, el Gobierno podrá autorizar la exploración o labra de otra sustancia mineral, siempre que los trabajos relativos a la autorización solicitada sean compatibles e independientes de los referentes a la sustancia de la Reserva y mediante condiciones especiales, en conformidad con los intereses de la Unión y de la economía nacional.

³⁶³ A modo de ejemplo, el PL n° 4.563.89 y PL n° 738/91.

situación de conflicto; (b) establecía el mismo porcentual a título de participación financiera de las comunidades indígenas (5%), pero con alteración de la base de cálculo, siendo esta la *facturación neta* obtenida, fuese en el caso de venta o de consumo del producto mineral, en clara aproximación a la Ley n° 7.990/89 y el Decreto n° 01/91, ya vigentes en esa época, que establecían las reglas para cálculo de la CFEM; y (c) el derecho exclusivo de los indígenas al aprovechamiento mineral de sus tierras por medio de los regímenes de *garimpagem*, *faiscação* y *cata*³⁶⁴, todas ellas formas de minería artesanal e independiente³⁶⁵.

El proyecto se tramitó en el Congreso Nacional en los cinco años siguientes, con relativa expresividad, aglutinando otras propuestas posteriores a éste, no obstante, sin obtener la convergencia de intereses necesaria para su avance. Solo para ilustrar las divergencias de la época, solamente el sustitutivo del PL n° 2.057/1991 recibió 177 enmiendas, 16 sugerencias del Ministerio Público Federal – MPF, una sugerencia de los líderes del PFL y tres sugerencias del diputado Elio Dalla Vecchia. Su protagonismo fue superado por el Proyecto de Ley n° 121/1995 (alterado después en la Cámara Diputados al número 1.610/96), de autoría del Senador Romero Jucá.

Nuevamente centrado exclusivamente en la minería en tierras indígenas, el proyecto sugirió premisas regulatorias más próximas al régimen general basado en el Código de Minería, con algunas reservas.

*En relación a la actuación minera de las silvícolas, dispuso que el *garimpagem* en las tierras indígenas solo podría ser desarrollada por ellos.*

Sobre la remuneración de las comunidades en las actividades desarrolladas por terceros, sugirió la figura de la *renta*, en adición a la *participación en el resultado de la labra*, en formato semejante – aunque de naturaleza jurídica diferente – a la *Taxa Anual por Hectare*, “Taza Anual por Hectárea”, (art. 20, inciso II, del Código de Minería), ya que estipulaba en base anual y por hectárea ocupada por las actividades mineras. En relación a la *participación*, estableció el piso del 2% sobre la *facturación bruta*, admitiendo la posibilidad de negociación entre minero e indígenas.

³⁶⁴ La *faiscação* y la *cata* fueron extintas del ordenamiento jurídico brasileño con la revocación del régimen de matrícula (anteriormente previsto en el inciso III, del art. 2º, y art. 73 del Código de Minería) dispuesta en el art. 22 de la Ley n° 7.805/89 (*Lei das Permissões de Lavra Garimpeira* – PLGs).

³⁶⁵ *Nota de la traductora:* la “*faiscação*” corresponde al “trabajo individual de quien utilice instrumentos rudimentarios, aparatos manuales o máquinas simples y portátiles, en la extracción de metales nobles nativos en depósitos de eluvión y aluvión, fluviales o marinos, depósitos genericamente denominados Faisqueiras. La “*cata*” es considerada un “trabajo individual de quien haga minería, por procesos equiparables a los de *garimpagem* y *faiscação*, en la parte decompuesta de los afloramientos de los filones útiles sin el empleo de explosivos, y las apure por procesos rudimentarios”.

Además, estipuló condiciones económicas mínimas y comprobación de la experiencia previa de la minera en el desarrollo de proyectos, y estableció que, para hacer la transición de la fase de exploración a la fase operacional, el minero debería presentar, junto con el requerimiento de labra, el contrato firmado con la comunidad indígena afectada.

Por último, en relación al criterio de asignación de los títulos de minería, propuso que las áreas que fueran ofertadas por medio de procesos de *disponibilidad* – también en consonancia con lo dispuesto en el art. 26 del Código de Minería³⁶⁶ –, apartando la regla general del *derecho de prioridad*. En ese punto, sin embargo, estableció que los requerimientos prioritarios, hechos en áreas libres antes de la promulgación de la Constitución de 1988, tendrán el pleito concedido y el consecuente otorgamiento de los títulos, desde que la empresa que lo hubiese formulado cumpliera con las condiciones subjetivas y las demás obligaciones impuestas por el proyecto.

El PL n° 1.610/96, así como el PL n° 2.057/1991 en su momento, fue la propuesta de mayor protagonismo en el Congreso Nacional durante las dos décadas siguientes. Perseveró en los cambios de legislatura, lo que no ocurrió con otros proyectos periféricos³⁶⁷, que terminaron siendo archivados a lo largo del tiempo. De la misma forma, recibió sustitutivo objeto de 136 enmiendas en la Comisión Especial dedicada a analizarlo, estando todavía pendiente el avance en el parlamento.

La examinación de los proyectos de ley citados, en una perspectiva regulatoria, permite conclusiones interesantes acerca de la tentativa de reglamentación de la materia, con el destaque de cuatro ítems: (a) la búsqueda de un modelo regulatorio individualizado y distante de las reglas vigentes para la minería en otras localidades; (b) los disensos frente a la definición valorativa de la contraprestación debida a los silvícolas; (c) las incertezas sobre la atribución al indígena del derecho de hacer minería, y en qué condiciones; y (d) la inconsistencia de la definición de lo que sería la necesaria *consulta* a las comunidades.

La primera es una convergencia nítida: todos los proyectos tienden a crear regímenes jurídicos/regulatorios propios, alejados de la regulación aplicada a la minería en áreas no indígenas. En todos los casos, las propuestas amplían las

³⁶⁶ Art. 26. El área liberada por publicación de orden en el Diario Oficial de la Unión quedará disponible por el plazo de sesenta días, para fines de explotación o labra, conforme disponga el decreto del Ministerio de Estado de Minas y Energía.

³⁶⁷ A modo de ejemplo, el PL n° 415/91 y PL n° 216/95.

restricciones y las limitaciones impuestas por la Constitución, creando modelos de aprovechamiento con (a) reglas propias para la obtención de títulos mineros (por ejemplo, licitadores y *reservas nacionales*); (b) división específica de riesgos entre Unión y minero (por ejemplo, estudios previos de viabilidad a ser costeados por el Poder Público); (c) normas individualizadas de *security of tenure* – transición de la exploración a la labra (por ejemplo, reembolso de los costos de la exploración mineral en el hipotético caso de no aprobarse el avance a la fase operacional); y (d) premisas subjetivas del minero (por ejemplo, comprobación de experiencia previa); consistiendo, tales ítems, en un *sistema dentro del sistema*.

La segunda es la divergencia clara en la modelización de la contraprestación financiera debida a las comunidades, en atención a lo dispuesto en el art. 231, §3º, de la Constitución. Las propuestas oscilan desde porcentajes mínimos, próximos a lo ya estipulado por el Código de Minería, pasando por bases de cálculos diferentes, llegando incluso a la propuesta de remuneración en rúbricas adicionales, además de la garantía constitucional de la *participación en el resultado de la labra*– como el caso de la remuneración anual por hectárea, propuesta en el PL patrocinado por el Senador Jucá.

La tercera es la ausencia de consenso sobre el papel de los indios en el ejercicio directo de la actividad minera, habiendo propuestas que van desde el protagonismo indígena pleno, pasando por una exclusividad parcial de su actuación – con foco en el modelo de *garimpagem* –, hasta el silencio absoluto sobre el asunto.

La cuarta es la dificultad de que los proyectos se encarguen, de forma clara y segura, de la regulación de la participación indígena en la decisión sobre los proyectos, con el fin de reglamentar el texto “*consultadas las comunidades afectadas*”, escrito en el §3º del art. 231 de la norma constitucional. La mayoría de los proyectos no profundiza en el tema, evitándose detallar los procedimientos necesarios – y ampliamente debatidos en el escenario internacional por medio de la Convención nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo³⁶⁸ – para dar cumplimiento material a la referida consulta.

La incapacidad de formación de consensos sobre estos desafíos regulatorios, junto a las más variadas fuerzas e intereses, muchas veces antagónicos³⁶⁹, actuantes en el Congreso Nacional, impidieron el avance sustancial de las

³⁶⁸ Sobre el tema, se sugiere la lectura de AYLWIN, Jose; POLICZER, Pablo. *No Going Back. The Impact of ILO Convention 169 on Latin America in Comparative Perspective*. In: *The Impact of ILO Convention*. 2020.

³⁶⁹ SIQUEIRA-GAY, Juliana et al. *Proposed Legislation to Mine Brazil’s Indigenous Lands Will Threaten Amazon Forests and Their Valuable Ecosystem Services*. *One Earth*, v. 3, n. 3, p. 356-362, 2020.

propuestas, abriendo espacio en el 2020, a un nuevo capítulo en la reglamentación de la materia: la presentación, por parte del Poder Ejecutivo, del Proyecto de Ley nº 191/2020.

4. El Proyecto de Ley nº 191/2020: análisis regulatorio y debate sobre su armonización con el régimen jurídico de la minería brasileña

El Proyecto de Ley nº 191/2020 nace ya con una diferencia relevante frente a los otros: no proviene de una propuesta parlamentaria, sino de la iniciativa del Poder Ejecutivo.

Es sometido al Congreso Nacional en un contexto político relevante, ya que el incentivo al desarrollo económico en tierras indígenas, por particulares y por los propios indios, permeó la plataforma de campaña del Presidente de la República, electo menos de dos años antes de la presentación del proyecto.

En ese sentido, la propuesta presenta un alcance más amplio, ya que trata no sólo de la minería en tierras indígenas, sino también del aprovechamiento del petróleo y de la energía eléctrica en esas localidades, proponiendo microsistemas de remuneración al indígena en base a cada tipo de actividad desarrollada.

La Exposición de Motivos indica la tónica del proyecto, y se concentra en tres ítems: (a) la necesidad temporal de regulación de la materia, teniendo en cuenta que ya han pasado más de 30 años de la previsión constitucional sin un avance en normas infraconstitucionales; (b) la búsqueda de la seguridad jurídica, asociada a la generación de inversiones e ingresos para el país, así como la posibilidad de conocimiento del efectivo potencial económico de tales áreas; y (c) en la ausencia de creación de costos o disminución de ingresos para los entes públicos.

El proyecto aprovecha parte de estructuras regulatorias sugeridas en las propuestas parlamentarias que lo precedieron, pero avanza en ítems hasta entonces no enfrentados en detalle, como la indemnización por la limitación al *usufructo* de las tierras y la necesidad de inclusión de la infraestructura asociada a los proyectos en la autorización parlamentaria.

Especialmente, en relación a la actividad minera, puede ser dividido en seis grandes temas regulatorios, que merecen un examen individualizado.

Condiciones precedentes a las actividades

Además de ratificar las tres condiciones constitucionales (consulta, autorización del Congreso Nacional y participación en el resultado de la labra), el proyecto presenta otras dos: el estudio previo y una remuneración adicional, relacionada a la restricción del *usufructo* de las tierras por las comunidades indígenas durante la fase de exploración mineral.

Sobre el estudio previo, la propuesta se asemeja, en parte, a la concepción de los proyectos de ley anteriores, en la línea de que tales estudios le servirán al Poder Ejecutivo para decidir cuáles áreas tienen, de hecho, potencial mineral. El art. 4º busca acoplar el estudio previo al planeamiento sectorial, de forma que las áreas escogidas para el aprovechamiento estén en consonancia con la política mineral establecida. A pesar de no contener un dispositivo expreso en ese sentido, el texto indica que cabrá al Poder Público, y no al particular, el desarrollo de tales estudios.

Diferente a lo que propuso el PL n° 110/1989, por ejemplo, el Proyecto de Ley n° 191/2020 no considera necesario que el estudio previo indique la incapacidad de otros proyectos mineros de satisfacer la demanda por determinado mineral para que la minería pueda desarrollarse en áreas indígenas. El criterio utilizado no es la *insuficiencia*, sino más bien la *viabilidad económica*.

Especialmente para la actividad minera, se sugiere que el estudio previo abarque el levantamiento geológico con la integración de datos geológicos y geofísicos disponibles.

Formato de la consulta

El PL n° 191/2020 es pionero en la búsqueda de la presentación de más elementos relacionados a la dinámica de la consulta indígena, inclusive que se haga en bases esencialmente genéricas³⁷⁰.

Diferente a los proyectos anteriores, e influenciada por la experiencia de la Convención OIT n° 169, ratificada en Brasil en el 2002³⁷¹, su propuesta avanza en el formato de materialización normativa del tema, estableciendo que la consulta debe:

³⁷⁰ Es el caso de México donde, por motivo de la ausencia de normas claras sobre el proceso de consulta de poblaciones indígenas, disputas recientes que involucran a la comunidad *Ejido* llevaron a la cancelación de dos concesiones mineras debido a la ausencia de mecanismos consistentes de consulta en aquella comunidad. Sobre el tema, se sugiere la lectura del artículo de Madeleine Penman, de 2016, *Ambivalent company attitudes and how they shape conflict: Mining conflicts in Mexico's ejidos* publicado en *The Extractive Industries*.

³⁷¹ Posteriormente materializada en el Decreto n° 5.051/2004 y consolidada en el Decreto n° 10.088/2019.

- (a) Respetar la diversidad cultural, los usos, las costumbres y las tradiciones de las comunidades indígenas;
- (b) Ser transparente, siendo desarrollada en un lenguaje comprensible, garantizando el derecho a la información;
- (c) Ser realizada en la propia tierra indígena o en lugar acordado con las comunidades indígenas afectadas, mediante el establecimiento de canales facilitadores de diálogo.

La propuesta no atribuye el derecho de veto a las comunidades indígenas, resguardando la posibilidad de que el Presidente de la República solicite la aprobación del Congreso Nacional incluso con manifestación contraria, siempre que el pedido sea motivado.

Flujo regulatorio

La propuesta, también en ese aspecto, difiere de la dinámica presentada por los proyectos anteriores. Establece un flujo diferente de la participación de los interesados en el proceso de aprobación y de la orden de consentimientos necesarios para la viabilidad de la actividad, manteniendo, sin embargo, el uso de la *licitación* como mecanismo de elección de la minera, para desarrollar la actividad.

La interpretación conjunta de los Capítulos V *Autorização do Congresso Nacional* (“Autorización del Congreso Nacional”) y del Capítulo VII *Mineração em Terras Indígenas* (“Minería en Tierras Indígenas”) del Proyecto atribuye al parlamento la prerrogativa de examen del asunto *antes* del otorgamiento de títulos mineros a los interesados. Una vez realizado el estudio previo y habiendo sido consultada la comunidad indígena afectada, el proceso es sometido al Congreso Nacional para su aprobación – tanto de la exploración como de la labra, en un acto único –sin la definición de quiénes serán los mineros responsables de las posibles actividades. Solamente después de la aprobación parlamentaria es que el Poder Ejecutivo, por medio de los consentimientos asociados a los regímenes de aprovechamiento mineral previstos en la ley, podrá dar inicio al proceso de elección de la minera adecuada³⁷².

En ese sentido, la propuesta establece que cabrá a la *Agência Nacional de Mineração* – ANM, en español, “Agencia Nacional de Minería”, realizar la

³⁷² Diferente del modelo australiano que, con base en el *Native Title Act 1993*, permite a los mineros requerir sus títulos libremente, y tal requerimiento acciona el gatillo del *derecho a la negociación*, juntamente con la comunidad nativa y el órgano regulador, para la obtención, al final del proceso, del consentimiento para la actividad minera.

licitud de las áreas aprobadas, utilizando criterios técnicos y objetivos con base en directrices del Ministerio de Minas y Energía (MME). Sigue la misma tendencia utilizada por el reciente *Reglamento do Código de Mineração* (RCM)³⁷³, “Reglamento del Código de Minería”, especialmente en su art. 45, en el uso de certámenes objetivos para los procesos de *disponibilidad de áreas*. No obstante, al añadir la palabra *técnico* y la conjunción *y* en el art. 32, el Proyecto parece apartarse del modelo de subasta por mejor precio, utilizado por el RCM en su art. 46 y por la Resolución ANM n° 24/2020, por lo menos como criterio único de elección.

Por último, propone la posibilidad de la minera de iniciar la exploración o labra, en carácter provisorio, antes de la autorización del parlamento, en relación a las áreas otorgadas antes de la homologación de la demarcación de la tierra indígena.

Sugiere, sin embargo, en el art. 37, §6º, la aprobación tácita parlamentaria en el curso de un plazo de cuatro años.

Remuneración en dos rúbricas

En relación a la remuneración de las comunidades indígenas, el Proyecto presenta una solución distinta de las propuestas anteriores, en dos vertientes: (a) establece la *participación en el resultado de la labra* en los mismos marcos y valores ya previstos en el Código de Minería para la actividad mineral en áreas comunes y (b) crea una nueva rúbrica de pago, asociada a la inviabilidad, por los indígenas, del *usufructo* asociado a las tierras de éstos, como lo previsto en el art. 231, §2º, de la Constitución.

Sobre el primer ítem, el PL n° 191/2020 se aleja de los Proyectos de Ley anteriores pues, al adoptar el régimen vigente en el art. 11, apartado b y párrafo 1º, del Código de Minería, sugiere valores menores, ya que la base de cálculo es el valor pagado a título de “Compensación Financiera para Explotación de Recursos Minerales”, el original en portugués: *Compensação Financeira para Exploração de Recursos Minerais* (CFEM), que varía entre el 1% y el 3,5%, a depender de la sustancia mineral, y alícuota del 50%, que, aplicada a los porcentajes de la CFEM, llegaría, como máximo, al porcentaje del 1,75% de la ganancia/aprovechamiento económico.

Sobre el segundo ítem, el PL n° 191/2020 busca compensar la imposibilidad de la comunidad indígena de *beneficiarse* del suelo (como lo previsto en el

³⁷³ Decreto n° 9.406/2018.

dispositivo constitucional) durante la fase de exploración mineral. Obsérvese que esa rúbrica no tiene nada que ver con la división de la renta minera (*resource rent*) producida en la localidad, pues es realizada a modo de indemnización por la pérdida, aunque sea parcialmente, de la utilización de los recursos naturales (no minerales) de la localidad, recordando que la participación en el resultado cubriría la remuneración de las comunidades sólo en la fase de labra. También en ese aspecto éste se diferencia de Proyectos antiguos, porque estos no consideraban el valor adicional de remuneración, además de la *participación en los resultados de la labra*, con excepción del PL n° 121/1995, que sugirió la figura de una *renta* específica, sin embargo, sin asociarla a la restricción del usufructo³⁷⁴.

En comparación con el régimen de remuneración del superficiario (propietario o poseedor) en la minería en tierras comunes, el PL n° 191/2020 parece sugerir una contraprestación reducida. Eso porque, en los términos del art. 27, 59 al 62 del Código de Minería, el superficiario tiene derecho a recibir una *renta* por la ocupación del área y una *indemnización* por los daños causados a ella, lo que no se confunde con la participación en el resultado de la labra (que es pagado, adicionalmente, al *propietario*, pero no al *poseedor*). En los términos del art. 28, §3º, del PL n° 191/2020, la indemnización por la restricción al *usufructo* cesaría durante el inicio de la labra, momento en que sólo la participación en el resultado sería debida, abriendo el debate sobre la incidencia o no de las otras dos rúbricas de pago previstas en el Código de Minería.

Actividad minera por los indígenas y el garimpo

Uno de los puntos más sensibles y jurídicamente controversiales del PL n° 191/2020 es la previsión de conducción directa de la actividad minera por parte de las comunidades indígenas, con foco en el *garimpo*³⁷⁵.

Su art. 33 propone la posibilidad de otorgar permisos de labra *garimpeira* en tierras indígenas, con dos condiciones: (a) desde que el área haya sido reconocida como *zona de garimpagem* por la ANM; y (b) desde que haya consentimiento previo de las comunidades indígenas. Además, les asigna a los indígenas el derecho de preferencia en el ejercicio de tales actividades, de forma directa o en asociación

³⁷⁴ A modo de ejemplo, el pago debido a las *Comunidades Culturais Indígenas e Povos Indígenas*, en Filipinas, debe ser en valor mínimo de 1% de los resultados brutos obtenidos con la actividad minera.

³⁷⁵ Disputas en Surinam, incluyendo el subarrendamiento de títulos mineros de *labra artesanal*, con supuesta actuación de *garimpeiros* brasileños, para labra de oro en los alrededores del *Rio Lava*, área ocupada tradicionalmente por la población *Maroon*, muestran la complejidad del tema en el escenario internacional. Sobre el tema: *Conflicts in marginal locations: Small-scale gold-mining in the Amazon*, de Marjo de Theije y Ton Salman, publicado en 2018.

con no indígenas. En caso de que no haya interés, pero la comunidad concuerde con el desarrollo de las actividades por terceros, cabría a la ANM licitar las áreas *garimpeiras*, observado el estudio y la aprobación previos del Congreso Nacional.

En relación a la actuación indígena, sigue parcialmente la línea de los Proyectos n° 2.057/91 (Mercadante) y n° 121/1996 (Jucá), que ya proponían la minería directa por los indios. Sin embargo, ambos proyectos establecían que el derecho al *garimpagem* era *exclusivo* de los indígenas, no dando lugar a la actuación de terceros a ese régimen de aprovechamiento, en consonancia con lo dispuesto en el art. 44 del *Estatuto do Índio*, en español, Estatuto del Indio (Ley n° 6.001/73).

En ese aspecto, el PL n° 191/2020 sugiere una regulación controversial en lo que respecta a la armonía con los preceptos constitucionales. Eso porque el §7° del art. 231 afirma que no se aplican a las tierras indígenas los dos dispositivos previstos en el art. 174 (párrafos 3° y 4°) que tratan de las *cooperativas garimpeiras*³⁷⁶.

En relación a la primera parte del §4°, el debate es menos relevante, pues la previsión constitucional buscaba legalizar el garimpo en operación en el momento de la promulgación de la Constitución, no habiendo, en el PL n° 191/2020, ninguna disposición en el sentido de garantizar preferencia o regularizar las actividades garimpeiras ilegales realizadas en áreas indígenas.

Sobre la segunda parte, la exclusión es relevante. Al afirmar que no se aplicarán a las tierras indígenas las disposiciones del inciso XXV del art. 21, la norma constitucional retira de la Unión la competencia de *establecer las áreas y las condiciones para el ejercicio de la actividad de “garimpagem”, en forma asociativa*, en tierras indígenas.

Ese punto, en la misma línea del §3°, demuestra la profundidad del debate y las modalidades de interpretación posibles (estricta o amplia) acerca de la restricción constitucional prevista en el art. 231, §7°.

La primera, limitada, impediría solamente el incentivo del Estado a la creación de cooperativas *garimpeiras* y la delimitación de áreas *garimpeiras* para el aprovechamiento mineral vía cooperativas, sugiriendo que ese arreglo (cooperativismo para desarrollo de la actividad de labra *garimpeira*) no se encuadraría en el modelo propuesto para las tierras indígenas.

³⁷⁶ § 3° El Estado favorecerá la organización de la actividad *garimpeira* en cooperativas, teniendo en cuenta la protección del medio ambiente y la promoción económico-social de los *garimpeiros*.

⁴ § 4° Las cooperativas a las que se refiere el párrafo anterior tendrán prioridad en la autorización o concesión para la exploración y labra de los recursos y yacimientos de los minerales “*garimpables*”, en las áreas donde estén actuando, y en aquellas fijadas de acuerdo con el art. 21, XXV, en la forma de la ley.

Ya la segunda, más abierta y ampliatoria, con fuertes trazos teleológicos, lleva a la conclusión que la regla de excepción prevista en el §7º del art. 231 buscaría el alejamiento no sólo de *cooperativas*, sino también del *garimpo*, por terceros que no sean los indios, en tierras indígenas, ya que, al excluir los dos párrafos del art. 174 y el inciso XXV del art. 21, estaría excluyendo todos los preceptos constitucionales relativos a la *labra garimpeira*, apartando ese modo de producción de tales áreas³⁷⁷, interpretación ratificada en el art. 23, (a), de la propia ley que trata de los permisos de labra *garimpeira* (PLGs), la Ley nº 7.805/89.

El PL nº 191/2020 parece seguir la línea interpretativa restricta, pues, para sustentar la propuesta de permitir el *garimpo* por terceros en áreas indígenas, sugiere, en su art. 25, la revocación del art. 44 del Estatuto del Indio y del inciso (a) del art. 23 de la ley de las PLGs, sugiriendo que las revocaciones infraconstitucionales serían suficientes para regular la materia – recordando que el proyecto no fue acompañado de ninguna propuesta de enmienda a la Constitución que pudiese dar nueva redacción al §7º del art. 231.

Destino de los derechos mineros anteriores a la promulgación de la ley

En las disposiciones finales y transitorias, el proyecto enfrenta un problema crítico: la solución a ser dada a los títulos y requerimientos mineros anteriores a la ley (caso sea aprobada), así como la respuesta a las áreas tributadas anteriormente a la demarcación.

La propuesta se divide en dos escenarios, teniendo la *homologación* de la demarcación de las tierras indígenas como referencia temporal:

- (a) **Marco 1.** Títulos mineros otorgados antes de la homologación de la demarcación de las tierras indígenas. **Solución:** Manutención de su validez, debiendo el Congreso Nacional autorizar los proyectos a los referentes en hasta cuatro años.
- (b) **Marco 2.** Títulos o requerimientos mineros posteriores a la homologación y antes de la vigencia de la ley. **Solución:** Declaración de nulidad y denegación.

³⁷⁷ Esa línea interpretativa es defendida por Melissa Curi en el estudio *Aspectos legais da mineração em terras indígenas*, publicado en las *Revistas de Estudos e Pesquisas da FUNAI*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 221-252, dez. 2007. Disponible en el link: http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/Revista-Estudios-e-Pesquisas/revista_estudos_pesquisas_v4_n2/Artigo_6_Melissa_Volpato_Aspectos_legais_da_mineracao.pdf

A pesar de no haber mención de un lógico *tercer marco* – requerimientos de títulos mineros en áreas con demarcación homologada después de la vigencia de la ley –, el modelo regulatorio de licitación de áreas escogido por el proyecto indica que tales pleitos deberán ser desestimados, ya que el arreglo propuesto descarta el sistema de *prioridad* de requerimientos en esas áreas, indicando que serían áreas *disponibles*, pero no *libres*.

5. Conclusión: La necesidad de profundización del debate jurídico para la construcción de un modelo seguro

El análisis de los aspectos regulatorios envueltos en los Proyectos de Ley relacionados a la minería en tierras indígenas, en una perspectiva histórica, justifica – a la luz exclusivamente jurídica – el hecho de que el asunto, a pesar de constar en la Constitución de 1988, no ha sido resuelto, inclusive habiendo pasado 32 años de su previsión.

Salvo, por obvias razones, las dificultades políticas y sociales que el tema atrae, especialmente en lo que concierne a la pregunta: *¿Queremos, como sociedad, la minería en tierras indígenas?* (indagación que no cabe resolverla al Derecho, a pesar de la Constitución ya haberle dejado ese *cheque* al legislador infraconstitucional para firmar) se percibe la falta de convergencia en relación a un modelo regulatorio mínimo que pueda, en caso de que la respuesta a la pregunta formulada arriba sea *sí*, ofrecer soluciones para el *cómo*.

Mientras que algunos Proyectos sugieren la aproximación del modelo con el marco regulatorio vigente para la minería en áreas comunes, otros proponen la creación de un sistema esencialmente diferente. Mientras algunos proponen remuneración superior a la ordinaria a los indígenas, otros sugieren contraprestaciones inferiores. Mientras unos vetan el *garimpo* por parte de terceros, otros la estimulan.

Tal divergencia es, sin dudas, síntoma de la ausencia de una política minera consistente e institucionalizada, y, por lo tanto, un impasse que demanda, necesariamente, la intervención política para su solución.

No obstante, en aspectos jurídicos, las propuestas sugeridas, en especial el Proyecto de Ley nº 191/2020 – el más reciente y a la orden del día –, merecen contribuciones para que, en caso de que vayan a avanzar, puedan crear un modelo que se integre, con alto grado de adherencia, a la orden constitucional y a los aciertos de la regulación minera común.

De nada servirá la aprobación de un modelo que no ofrezca seguridad – por lo menos jurídica, ya que en aspectos ambientales, sociales y de imagen la empresa ya es suficientemente desafiante – a aquel que será llamado para invertir y comprobar la validez del sistema: la empresa minera.

En ese sentido, los tres puntos debajo, tratados en los tópicos anteriores, merecen especial atención del legislador para evitar las disputas jurídicas que vengan a derribar cualquier posibilidad de éxito de la iniciativa:

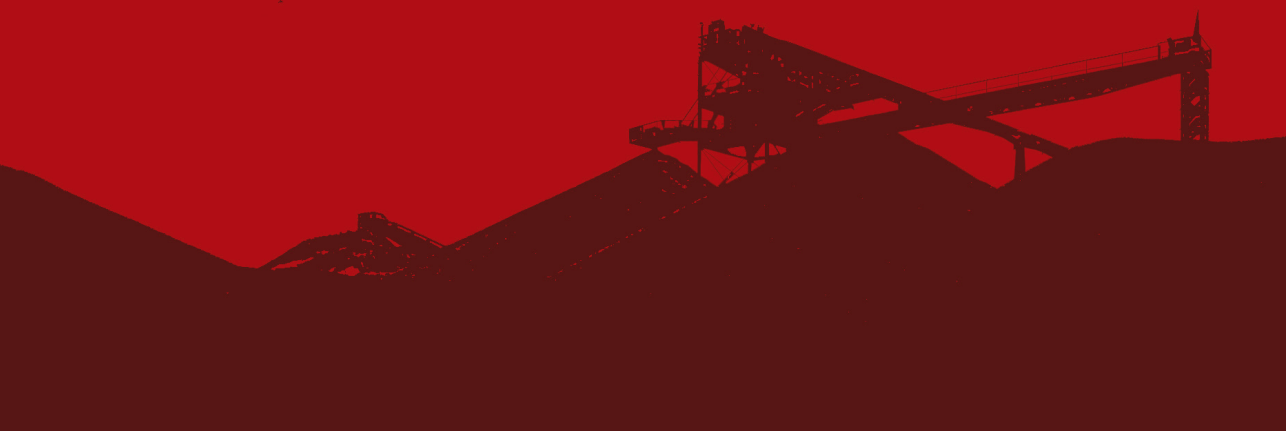
- (a) **Remuneración.** Independientemente del valor de la contraprestación a ser definida, es importante que se reflexione sobre las reglas que puedan violar la esencia del Código de Minería, eliminando o reduciendo rúbricas de pago aseguradas a los superficiarios (propietarios y poseedores) comunes, recordando que el sistema minero brasileño garantiza tres formas de pago al primero (*indemnización* por los daños, *renta* por la ocupación y *participación en el resultado de la labra*) y dos al segundo (*indemnización* por los daños y *renta* por la ocupación).
- (b) **Garimpo.** Se recomienda una lectura criteriosa del §7º, art. 231, en todas sus posibles reglas hermenéuticas, para la proposición de reglas relacionadas al *garimpo* en tierras indígenas. La restricción constitucional es justificada por la existencia de varios factores sociales que, si son desconsiderados, pueden llevar a un embate judicial interminable sobre la esencia del texto constitucional, inviabilizando la actividad y agudizando los conflictos.
- (c) **Consulta.** La experiencia de otros países muestra que *poder* hacer minería en tierras indígenas es sólo el inicio de la jornada. Los conflictos, cuestionamientos y disputas se asocian, esencialmente, a los desafíos sobre cómo la articulación entre minera e indígenas, y sus intereses, es realizada en la práctica. En ese sentido, cualquier propuesta que busque la reducción de los potenciales conflictos debe ser consistente en el formato de la consulta a las comunidades indígenas, creando reglas sólidas, equilibradas y factibles sobre los términos *libre*, *previa* e *informada* consulta, evitando que la regulación esencial del tema quede exclusivamente a cargo de instrumentos infralegales, lo que potencializa las chances de controversia.

Referencias bibliográficas

- BOND, Carol; KELLY, Lisa. *Returning land to country: Indigenous engagement in mined land closure and rehabilitation*. Australian Journal of Management, p. 0312896220919136, 2020.
- CURI, Melissa. *Aspectos legais da mineração em terras indígenas*. Revistas de Estudos e Pesquisas, FUNAI, Brasília, v. 4, n. 2, p. 221-252, dez. 2007. Disponível no link: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/Revista-Estudos-e-Pesquisas/revista_estudos_pesquisas_v4_n2/Artigo_6_Melissa_Volpato_Aspectos_legais_da_mineracao.pdf>. Acesso em: 21 de setembro de 2020.
- DE THEIJE, Marjo; SALMAN, Ton. *Conflicts in marginal locations: Small-scale gold-mining in the Amazon*. THE PICK, p. 261, 2018.
- DUVE, Thomas. *Indigenous rights in Latin America: a legal historical perspective*. 2017.
- HOROWITZ, Leah S. et al. *Indigenous peoples' relationships to large-scale mining in post/colonial contexts: Toward multidisciplinary comparative perspectives*. The Extractive Industries and Society, v. 5, n. 3, p. 404-414, 2018.
- LAWRENCE, Rebecca; LARSEN, Rasmus Kløcker. *The politics of planning: assessing the impacts of mining on Sami lands*. Third World Quarterly, v. 38, n. 5, p. 1164-1180, 2017.
- NEALE, Timothy; VINCENT, Eve. *Mining, indigeneity, alterity: or, mining Indigenous alterity?*. Cultural Studies, v. 31, n. 2-3, p. 417-439, 2017.
- PENMAN, Madeleine. *Ambivalent company attitudes and how they shape conflict: Mining conflicts in Mexico's ejidos*. The Extractive Industries and Society, v. 3, n. 3, p. 754-761, 2016.
- RUCKSTHUL, Katharina; THOMPSON-FAWCETT, Michelle; RAE, Hauauru. *Māori and mining: Indigenous perspectives on reconceptualising and contextualising the social licence to operate*. Impact Assessment and Project Appraisal, 32:4, 304-314, DOI: 10.1080/14615517.2014.929782, 2014.
- SENADO FEDERAL. *Assembléia Nacional Constituinte. Atas das reuniões da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias*, 1987. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7c_Subcomissao_Dos_Negros_Populacoes_Indigenas.pdf>. Acesso em: 21 de setembro de 2020.
- SIQUEIRA-GAY, Juliana et al. *Proposed Legislation to Mine Brazil's Indigenous Lands Will Threaten Amazon Forests and Their Valuable Ecosystem Services*. One Earth, v. 3, n. 3, p. 356-362, 2020.
- UN GENERAL ASSEMBLY. *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: resolution / adopted by the General Assembly, A/RES/61/295*, 2 October 2007. Disponível em: <<https://www.refworld.org/docid/471355a82.html>>. Acesso em: 21 September 2020.
- WILLAERT, Klaas. *Public participation in the context of deep sea mining: Luxury or legal obligation?* Ocean & Coastal Management, v. 198, p. 105368, 2020.

Este trabajo nace de la necesidad imperiosa de discutir a fondo la minería en las tierras indígenas de Latinoamérica, teniendo en cuenta, al mismo tiempo, la garantía de los derechos indígenas y el tan deseado desarrollo sostenible.

Se trata de un debate delicado y pertinente no sólo a nivel regional, sino también a escala mundial. La minería es una actividad de gran importancia para el desarrollo social y económico de cualquier país. En Latinoamérica, debido a la existencia de prósperas reservas minerales y proyectos que serán esenciales en el suministro de materias primas a las más diversas industrias mundiales, el debate se vuelve aún más estratégico.



ISBN: 978-65-00-15950-9



9 786500 159509