

El día Internacional de los Pueblos Indígenas del mundo y el derecho al Consentimiento , libre, previo e informado.

Ponencia de Saúl Vicente Vázquez¹, en ocasión de la celebración del día internacional de los pueblos indígenas del mundo. Teotitlán del Valle, Oaxaca, México. 09-08-2011.

Pá Diuxi, biché cá, ne bizaana cá.

Buenos días hermanas y hermanos:

El día 23 de diciembre de 1994, mediante resolución A/RES/49/214, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó establecer el día 9 de agosto como el día internacional de los pueblos indígenas del mundo haciendo un llamado a los gobiernos a celebrar este día en todos los países².

Es por esta razón que el día de hoy, con el auspicio del Gobierno del Estado de Oaxaca y de sus instituciones ligadas a la tareas con los Pueblos Indígenas, hemos decidido celebrar en esta fecha, mediante reflexiones sobre la situación de estos pueblos. Mi participación se centrará en un tema primordial para los tiempos actuales: el Consentimiento Libre, Previo e Informado (CLPI) de los Pueblos Indígenas.

Es común confundir los procesos de consultas con el principio del Consentimiento, en buena medida porque no existe en la legislación nacional el reconocimiento del derecho al CLPI de los Pueblos Indígenas.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) sólo reconoce procesos de consulta para pueblos Indígenas,³ pero en ninguna parte señala que debe, además de la consulta, obtener su consentimiento.

Lo anterior ha llevado a que, en muchas ocasiones, los procesos de consulta a pueblos indígenas se lleven a cabo sin que los resultados de las mismas sean realmente consideradas al momento de llevar a cabo la acción para la cual fueron consultados. Generándose así, procesos de imposición de decisiones, con la clásica respuesta, por parte de autoridades e instituciones, de que ya “fueron consultados”, sobre todo en la instalación de proyectos de inversión, investigación e infraestructura, como: carreteras, represas, hidroeléctricas, mineras, eóloeléctricas, bioprospección, etc., que terminan afectando gravemente las tierras,

¹ Director General del Colegio Superior para la Educación Integral Intercultural de Oaxaca (CSEIIO) y Experto Independiente Miembro del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas. (UNPFII por sus siglas en inglés)

² Resolución A/RES/49/214. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/49/list49.htm>. Consultado el 07 de agosto de 2011.

³Art. 2º...”IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen”. CPEUM, Última Reforma DOF 14-07-2011

los territorios, recursos naturales y la subsistencia misma de los Pueblos Indígenas.

Como señala la Señora Erica I. Daes “la larga y dolorosa historia de la injusta e inhumana desposesión de los pueblos indígenas de sus territorios, ha hecho que muchos pueblos indígenas no tengan tierras ni recursos o tengan tierras y recursos tan escasos que no bastan para sostener sus comunidades y sus culturas”⁴

El Relator Especial ha señalado que “los proyectos de desarrollo en gran escala afectarán inevitablemente a las condiciones de vida de los pueblos indígenas. A veces las consecuencias serán beneficiosas, muy a menudo devastadoras, pero nunca desdeñables. Agregó además: “Tradicionalmente, pocos gobiernos han tenido en cuenta los derechos e intereses de los pueblos indígenas a la hora de elaborar los grandes proyectos de desarrollo. A medida que los proyectos maduran, lo que puede llevar varios años en función de sus características, los intereses de los pueblos indígenas, a los que rara vez se consulta la cuestión, quedan en segundo plano frente a un “interés nacional” preponderante o a unos objetivos de mercado consistentes en iniciar nuevas actividades económicas y potenciar al máximo la productividad y los beneficios.”⁵

Esta preocupante situación a llevado a los Pueblos Indígenas a elevar su reclamo a las diferentes instancias de Derechos Humanos, para lograr que se reconociera su derecho a la Consulta y al Consentimiento libre, previo e informado.

Porque, como señaló Andrea Carmen (indígena Yaqui): “A diferencia de la Consulta, el CLPI para los pueblos indígenas debe incluir, por definición, el derecho a decir “no” a la explotación minera o a otras formas de desarrollo que consideren incompatibles con sus necesidades y formas de vida; que debe también incluir su derecho a determinar los términos y criterios bajo los cuales acuerden establecer negociaciones o acuerdos sobre cualquier actividad que afecte a sus territorios, medios de subsistencia, salud, culturas u otros aspectos de sus vidas”.⁶

Cómo debemos definirlo, ¿es un derecho?, ¿es una norma?, ¿es un acto de aplicación de los Estados?

⁴ Vicente Vázquez, Saúl.2006. Diversidad Cultural, Reforma Agraria y Territorios: Perspectiva de los Pueblos Indígenas. Contribución del Concejo Internacional de Tratados Indios al documento temático de la Sociedad Civil “Tierra, Territorio y Dignidad”, para la Conferencia Internacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural (CIRADR),celebrada en Porto Alegre, Brasil, del 7 al 10 de marzo de 2006. Disponible en: <http://www.acciontierra.org/display.php?article=393> Consultado el 08-08-2011.

⁵ *Situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people - Report of the Special Rapporteur*, Rodolfo Stavenhagen. Véase Doc. ONU: E/CN.4/2003/90. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?b=1&se=5&t=9, Consultado el 08 de agosto de 2011.

⁶ Carmen, Andrea;” Indigenous Peoples, International Standards and the Right to Free, Prior and Informed Consent”; Mining and Indigenous Peoples Issues Roundtable, Sydney Australia 30 – 31 January 2008, Organized by the World Conservation Union (IUCN) and the International Council on Mining and Metals (ICMM).(Traducción mía)

*..., los pueblos indígenas señalamos que es [una forma de ejercer] un derecho de los Pueblos indígenas y una obligación de observancia general para los gobiernos, antes de realizar cualquier acto, o tomar cualquier decisión que afecte de alguna u otra manera a los pueblos indígenas, particularmente en sus tierras, territorios, recursos naturales y en su desarrollo”.*⁷

La Consulta y el Consentimiento libre, previo e informado, forman parte del conjunto de los Derechos Humanos colectivos de los pueblos indígenas. El Consentimiento debe ser el objetivo de la Consulta, para que ésta realmente tenga sentido, tomando en cuenta la circunstancia y el nivel de impacto y afectación de la acción a desarrollar.

Como señala el Relator Especial “Necesariamente, la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas.”⁸

En su décima sesión el Foro Permanente de las Naciones Unidas sobre las Cuestiones Indígenas (UNPFII por sus siglas en inglés), al abordar el análisis del informe sobre Consentimiento libre, previo e informado concluyó que “La interpretación corriente del principio del consentimiento libre, previo e informado es que el consentimiento debe darse libremente sin coerción, intimidación ni manipulación (libre); debe solicitarse en medida suficiente en todas las etapas, desde el comienzo hasta la autorización final y la ejecución de las actividades (previo); debe basarse en la comprensión de toda la gama de cuestiones y consecuencias que acompañan a la actividad o la decisión de que se trate (informado) y debe ser dado por los representantes legítimos de los pueblos indígenas interesados”.⁹

Más adelante concluyó, “Como dimensión fundamental del derecho de libre determinación, el derecho de los pueblos indígenas a dar su consentimiento libre, previo e informado también guarda relación con una amplia gama de circunstancias además de las mencionadas en la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Ese consentimiento es indispensable para hacer plenamente realidad los derechos de los pueblos indígenas y debe interpretarse y entenderse de conformidad con las normas internacionales contemporáneas sobre derechos humanos y reconocerse como una norma jurídicamente vinculante derivada de un

⁷ Vicente Vásquez, Saúl; “Consentimiento Libre, Informado, Previo”: Conferencia Guatemala, 27 junio 2006.

⁸ James Anaya, *Report of the SR on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, Doc. ONU A/HRC/12/34. Disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/12session/reports.h> Consultado el 08-agosto-2011.

⁹ Informe sobre el décimo período de sesiones, Doc. E/C.19/2011/14. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Consejo Económico y Social. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/index.html> Consultado el 08-agosto-2011.

tratado en los casos en que los Estados han celebrado tratados, acuerdos y otros convenios constructivos con los pueblos indígenas”.¹⁰

Cómo entendemos el CLPI?

Consentimiento: Entraña la consulta sobre todos los aspectos de la evaluación, planificación, ejecución, supervisión y conclusión de un proyecto y una participación válida en esos aspectos. De hecho, la consulta y la participación válida son componentes fundamentales del proceso de consentimiento. [Debe llevarse a cabo] en armonía con los criterios y las estructuras de toma de decisión de los Pueblos Indígenas en la elaboración de las preguntas, incluyendo procedimientos tradicionales del consenso.

Libre: Constituye uno de los principios generales del derecho que el consentimiento no es válido si se obtiene mediante coerción o manipulación.

Previo: Para tener validez, el consentimiento fundamentado debe obtenerse suficientemente antes de que el Estado o terceros autoricen el inicio de las actividades de una empresa que afecten a los pueblos indígenas y a sus tierras, territorios y recursos.

[Esto implica] un proceso que ocurre con suficiente plazo de ejecución, permite la compilación de información e incluye traducciones a idiomas indígenas y difusión oral, según se requiera.

Informado: incluye la divulgación plena y exacta, desde el punto de vista jurídico, de información sobre la actividad propuesta, en una forma que sea a la vez accesible y comprensible para los pueblos o comunidades indígenas afectados.

Esto significa también la presencia de los ancianos tradicionales, líderes espirituales, médicos tradicionales y portadores del conocimiento tradicional, con tiempo y recursos necesarios para buscar y considerar información que sea imparcial y equilibrada en cuanto a riesgos y ventajas potenciales, basado en el “principio precautorio” con respecto a amenazas potenciales para la salud, el medio ambiente o los medios de subsistencia tradicionales.¹¹

El cuerpo de instrumentos jurídicos que reconocen este Derecho, parten necesariamente del derecho de libre determinación de los pueblos establecido en el artículo 1 común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y al Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, se reconoce también en el artículo 3 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Que a la letra dice:

1.-“Todos los Pueblos tienen el derecho de Libre determinación. En virtud de este derecho, establecen libremente su condición política y proveen a sí mismo su desarrollo económico, social y cultural.”

¹⁰ *Supra*, nota 9.

¹¹ La redacción propuesta las tomé considerando la propuesta de Antoanella-Iulia y de Andrea Carmen, de los documentos citados anteriormente. La traducción del documento de Andrea C., es propia.

2.- "Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia."¹²

Además, como señaló Fergus Mackay:

*El derecho a la libre determinación no sólo se relaciona con los derechos a poseer y disponer de las tierras, territorios y recursos, sino que también se vincula al control de esos territorios y recursos. Ello podría definirse mejor como jurisdicción territorial e incluye el derecho a determinar autónomamente y controlar la naturaleza y alcance de las actividades de desarrollo en los mismos, incluido el derecho a otorgar o negar el consentimiento.*¹³

Por supuesto el Convenio 169 de la OIT, por todos ustedes conocidos. Específicamente en sus artículos 6,7, 15 y 16.

El Artículo 8(j) (diapositiva) del Convenio sobre la Diversidad Biológica, reconoce y piden a las partes de alguna manera la aprobación, o el consentimiento.¹⁴

La Recomendación general N° XXIII del CERD relativa a los derechos de los pueblos indígenas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial exhorta a los Estados a que "garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado"¹⁵

El informe del caso Mary y Carry Dann contra los Estados Unidos, (2002), la CIDH considera también la necesidad del CLPI.¹⁶

En el Comentario relativo a las Normas sobre las responsabilidades de las empresas Transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos también se reconoce el consentimiento previo fundamentado y dado libremente.¹⁷

¹² Derecho Humanos, Recopilación de Instrumentos Internacionales. Volumen I (Primera Parte) Instrumentos de Carácter universal.2002. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra. ST/HR/1/Rev.6 (Vol., part. 1).

¹³ Exposición de Fergus MacKay, Coordinador del Programa legal y de Derechos Humanos, Programa de los pueblos que habitan los Bosques, 2002, par.3, Pág.2/ (OEA/Ser.L/V/II.62, doc.26., 1984,120).

¹⁴ Véase: <http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-un-es.pdf>. Consultado el 08-08-2011.

¹⁵ Motoc, Antoanella-Iulia y la Fundación Tebtebba; Documento de trabajo preliminar sobre el principio del consentimiento previo de los pueblos indígenas fundamentado y dado libremente en relación con los aspectos del desarrollo que afectan a sus tierras y recursos naturales; (E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/4), párrafo No.5

¹⁶ Carmen Andrea; Documento citado. Véase también (Report No. 75/02, Inter-Am. C.H.R., párrafos130 y 131

¹⁷ Motoc, Antoanella-Iulia, Doc. Citado. Párr. No.8. Véase también (E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2, párr. 10 c)).

La decisión V/16 de la COP-05 del CDB del año 2000, establece en el párrafo 5 de sus Principios Generales, que: “El acceso a los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales deberá estar sujeto al consentimiento fundamentado previo o aprobación fundamentada previa de los titulares de esos conocimientos, innovaciones y prácticas”.¹⁸

Por supuesto la Declaración, en ella podemos encontrar, en lo que se refiere a **Consultas** con los Pueblos Indígenas, las siguientes referencias:

1.- El 19° PP

2.- Cinco artículos, que nos hablan de la obligatoriedad de los Estados de Consultar y cooperar con los Pueblos Indígenas, así como adoptar medidas para garantizar los derechos y los fines reconocidos en la Declaración. Los artículos: 15.2; 17.2; 30.2; 36.2 y 38.

En el aspecto de CLPI, encontramos :

1.- Cuatro artículos que establecen el reconocimiento del CLPI de los Pueblos Indígenas. Estos son: el 10; 11.2; 28.1 y 29.2; en dos de ellos se establece claramente la responsabilidad de los Estados de reparar los daños que se hayan cometido por violación, o de adoptar medidas para evitar que se viole, el derecho del Consentimiento Libre, Previo e Informado. El 11.2 y el 29.2

2.- Dos artículos nos hablan de la obligatoriedad de los Estados de Consultar y cooperar con los Pueblos Indígenas, a fin de **obtener** su Consentimiento, Libre, Previo e Informado. Estos son: el artículo 19 y el artículo 32.2¹⁹

Teniendo en cuenta lo anterior, nos queda claro el derecho de los Pis al CLPI. Ahora bien, con tales instrumentos, ¿es necesario aún que las legislaciones nacionales armonicen sus leyes con lo que está establecido en la Declaración? Personalmente, pienso que sí y particularmente en el tema de Consulta y CLPI.

Por eso quisiera resaltar estos dos últimos artículos de la Declaración:

Artículo 19

Los **Estados celebrarán consultas y cooperarán** de buena fe **con los pueblos indígenas** interesados por medio de sus instituciones representativas **antes de adoptar** y aplicar **medidas legislativas y administrativas** que los afecten, **para obtener su consentimiento libre, previo e informado.**

¹⁸ PROGRAMA DE TRABAJO SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 8 j) Y DISPOSICIONES CONEXAS DEL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, Anexo. Pág. 92, versión en español. Disponible en: www.cbd.int/convention/cop-5-dec.shtml , consultado el 08 de agosto de 2011.

¹⁹ “Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos, México y los retos de armonización legislativa”. Comisión de Asuntos Indígenas, Cámara de Diputados. LX Legislatura/Congreso de la Unión, México, junio de 2008. Véase también www.treatycouncil.org/PDFs/spanish. Consultado el 08-08-2011.(Los subrayados a continuación son propios)

Art 32

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

2. Los **Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas** interesados por conducto de sus propias instituciones representativas **a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar 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.

En estos dos artículos queda clara la necesidad de elaborar leyes de consulta que obliguen a las autoridades o particulares a obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas.

Me referiré por último, al caso de México. Durante los días 25 y 26 de Mayo del 2006, la CDI, con el apoyo del Colegio de México, convocó al Seminario: "La Consulta Indígena. Situación y Perspectiva".²⁰ En esa ocasión casi todos los participantes en sus conclusiones finales, señalaron la importancia unos, y la necesidad otros, de legislar en materia de Consulta a Pueblos Indígenas. Sin embargo, casi nadie hizo referencia al CLPI, por lo cual me parece que faltó abundar en el seminario tal como ahora lo trato de exponer aquí.

En la Constitución Política de los EUM, el derecho de Consulta se encuentra establecido en su artículo 2º, pero frente al rechazo que tuvo de los pueblos indígenas, es obvio que no es suficiente.

En el Congreso de la Unión, existen propuestas en materia de Ley de Consulta para pueblos indígenas (una de una Senadora y otra de un diputado), ambas se encuentran en la Comisión de Asuntos Indígenas (CAI) de la Cámara de Diputados para su dictamen.²¹ Existe también una iniciativa elaborada por la CAI de la LX legislatura y aceptada durante el proceso de discusión y construcción de Acuerdos para la Reforma del Estado en México.²²

Esta última propone Reformar la Constitución Política para reconocer a los Pueblos Indígenas como sujetos de Derecho Público y al derecho de Consulta con Consentimiento Libre Previo e Informado. Se sabe que el dictamen en sentido positivo se encuentra en manos de la Comisión de Puntos Constitucionales de esa Cámara de Diputados.

También se sabe, porque así lo informó una comisión de diputados federales que asistieron al décimo periodo de sesiones del Foro Permanente, que la Comisión de Asuntos Indígenas de la LXI, tiene en su cartera de discusión una iniciativa de Ley de Consulta para pueblos indígenas y que en ella se hace referencia al derecho del

²⁰ Consideraciones para Legislar en Materia de Consulta Indígena. Memoria de un Seminario. Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas., México, CDI, 2006.

²¹ Comisión de Asuntos Indígenas. Tercer Informe. Cámara de Diputados, México, 2008.

²² Disponible en: http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/Iniciativas/60/gp60_a2primero.html
Consultado el 08-08-2011.

Consentimiento libre, previo e informado, sin embargo el título de dicha Ley no contempla este precepto.

De la misma manera, me llamó la atención la reunión que convocó la Comisión de Asuntos Indígenas de la LXI Legislatura del Congreso del Estado de Oaxaca, en ella se llama a un proceso de Consulta libre, previa e informada. Lo anterior muestra un cierto grado de timidez por parte de la Comisión de Asuntos Indígenas de Oaxaca, de ir a la vanguardia y legislar hacia la Consulta y el Consentimiento libre previo e informado.

Sin que sea necesaria hacer una cosa primero y luego la otra, es decir, la Ley o la reforma Constitucional, me parece que sería conveniente la adopción de la iniciativa de reforma Constitucional, que daría pauta a la elaboración de Leyes, como una de Consulta con CLPI, y de la misma manera podrían proceder los diferentes Congresos Locales.

Llamo pues a proceder en consecuencia, con las herramientas que modestamente aporto con esta ponencia, para ir en el camino de la implementación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Diuxquídxepé láatuu.
Muchas gracias