

Derecho de las comunidades a su consentimiento previo sobre la explotación de los recursos naturales en la Costa Caribe de Nicaragua

Lottie Cunningham

Nicaragua es una nación multiétnica cuyos pueblos han vivido procesos históricos diferenciados. Con la llegada de los españoles a América se inicia un proceso de conquista y colonización en el litoral del Pacífico y Centro de Nicaragua; no obstante, en el territorio conocido en esa época como la Costa de la Mosquitia, ahora Costa Atlántica, se llevó a cabo un proceso histórico diferente al resto del país. A diferencia de la región del Pacífico, esta parte del territorio fue colonizada por los ingleses quienes mantuvieron su presencia entre 1667 y 1894. Los ingleses influyeron de manera predominante en la organización política de la Mosquitia, por lo cual, se organizó una estructura de poder centralizada con un gobierno de tipo monárquico, y se instauró la figura del protectorado entre los años 1844–1860. Luego se dio inicio al proceso de integración forzosa con la llamada Reincorporación de la Mosquitia o anexión al resto del territorio nacional en 1894. El proceso de integración a la nación nicaragüense respondió a intereses hegemónicos centralistas e intolerantes de la realidad multiétnica de la población de la Costa Atlántica.

Desde la incorporación forzosa, los pueblos indígenas y comunidades étnicas de la Costa Atlántica han sostenido una lucha histórica por el reconocimiento de sus derechos, los cuales se mantuvieron como compromisos ineludibles en los diferentes periodos del Estado. Dichos compromisos se encuentran plasmados en el Tratado de Managua (1860), el cual establecía una reserva indígena con autonomía, y el Tratado Harrison-Altamirano (1905), donde se reconoce el derecho de propiedad comunal a

los pueblos indígenas. Finalmente, tras una lucha armada dirigida por el pueblo indígena miskito y debido también a presiones internacionales, la demanda por los derechos históricos de los pueblos indígenas y comunidades étnicas se vieron cristalizados en la Constitución Política de Nicaragua de 1987 y el Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica (Ley 28).

La Constitución Política de Nicaragua, el Estatuto Autonomía de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y su Reglamento, la Ley de Lenguas y la Ley del Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz (Ley 445), reconocen la existencia de los pueblos indígenas y comunidades étnicas, y establecen un régimen especial de autonomía para los pueblos y comunidades que habitan las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua¹. Así mismo se reconocen y garantizan el derecho de propiedad comunal sobre sus tierras y los recursos naturales, el derecho de mantener y desarrollar su identidad cultural, sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales.

Sin embargo, a pesar de este reconocimiento, en la práctica los cambios no han sido substanciales. Debemos señalar, que persiste un absoluto desbalance representativo ya que participamos en desigualdad de condiciones en medio de un marco de violaciones a nuestros derechos colectivos reconocidos internacionalmente (libre determinación,

¹ Constitución Política de la República de Nicaragua de 1987 y reformas constitucionales de 1995, arts. 5, 89 y 180; Ley No. 28 *Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua*, *Diario Oficial la Gaceta*, de 30 de octubre de 1987[en adelante, “Estatuto de Autonomía”]; Decreto No. 3584 *Reglamento a la Ley No. 28 Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua* *Diario Oficial la Gaceta* 2 de octubre de 2003,[en adelante, “Reglamento al Estatuto de Autonomía”]; Ley del Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz (No. 445), *La Gaceta Diario Oficial* No. 16 (23 de enero de 2003), art. 3 y 4 [en adelante, “Ley del Régimen de Propiedad Comunal” o “Ley 445”]

consentimiento libre, previo e informado, derecho al veto y a la participación plena y efectiva); en comparación con las instituciones del Estado, la cooperación internacional y la iniciativa privada. Además, en nombre del supuesto desarrollo persiste la visión colonialista de seguir imponiendo, en nuestros territorios, instituciones, normas, políticas, programas y proyectos que han sido pensados y diseñados en función de los intereses del Estado, sin considerar nuestras particularidades como pueblos culturalmente diferenciados que disponemos de cosmovisión, instituciones, normas, sistemas de justicia propios, así como nuestra visión particular sobre el desarrollo de la vida y nuestra concepción del Buen Vivir, entre otras.

El Estatuto de Autonomía establece dos regiones autónomas: 1) la Región Autónoma del Atlántico Norte (RAAN); 2) la Región Autónoma del Atlántico Sur (RAAS), las cuales representan aproximadamente un 51% de la superficie territorial del Estado nicaragüense. Están compuestas por pueblos indígenas (miskitos, mayangnas o sumos y ramas), comunidades étnicas (creole y garífuna) y mestizas que, en su totalidad, representan el 10.7% de la población nacional -la población es predominantemente indígena². Los pueblos indígenas y comunidades étnicas han conservado sus propias formas de identidad cultural, lingüística, organizativas y formas de relación con la tierra hasta la actualidad.

Los pueblos indígenas y comunidades étnicas de las regiones autónomas se organizan en base a sus costumbres, tradiciones y necesidades específicas. Dentro de su forma de organización existen autoridades comunales y territoriales. A las autoridades comunales le corresponde la representación legal de su respectiva comunidad, y están constituidas por una Asamblea Comunal, que es la máxima autoridad y la constituyen los miembros de la comunidad quienes se congregan para la toma de decisiones sobre asuntos que son de interés comunitario, de conformidad con sus costumbres y tradiciones³. Asimismo, son autoridades comunales el Consejo de

Ancianos, que es una entidad colegiada de consulta, formada por ancianos líderes que por su experiencia y sabiduría aconsejan y orientan a las otras autoridades. El Síndico, también es una autoridad comunal elegida por la Asamblea Comunal, y su principal función es representar a la comunidad en torno a los bosques, ríos, océano y tierras comunales. El *wihta* (juez comunal), que también es elegido por la Asamblea Comunal, tiene la función de velar por los asuntos de orden social, político vinculados indirectamente a la policía y la justicia ordinaria. Cada comunidad define qué autoridad comunal la representa legalmente.⁴ La Autoridad Territorial es la autoridad intercomunal, electa en asamblea de autoridades comunales tradicionales, que representa a un conjunto de comunidades indígenas o étnicas que forman una unidad territorial.⁵

Cabe destacar que las culturas de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua están estrechamente vinculadas a su territorio, tierras y recursos naturales. Así como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

...la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

Los pueblos de la Costa Atlántica están organizados de conformidad con sus costumbres y tradiciones históricas ancestrales y sus patrones de uso de la tierra y la tenencia colectiva de la misma constituyen su propio sistema de propiedad comunal.

² Véase Consejo Nacional de Planificación Económico Social (COPES) *Desarrollo Humano en la Costa Caribe de Nicaragua*, 2001. pág. 10

³ Ley del Régimen de Propiedad Comunal, *supra* nota., 1. arts. 3 y 4.

⁴ *Ibid.*, art. 4

⁵ *Ibid.*, arts 3

El derecho de consulta sobre los recursos naturales en la legislación nicaragüense

Es importante que los pueblos Indígenas comprueben que el sistema democrático y el Estado Constitucional de Derecho no es un sistema ajeno a sus demandas y exigencias de protección de sus derechos sino que, muy por el contrario, éste puede ser una herramienta para la efectiva protección de sus derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Es decir, que debe reconocerse el carácter vinculante de la Constitución Política; si bien la Constitución es una norma política en la medida en que organiza y limita el ejercicio de poder, es también y fundamentalmente una norma jurídica vinculante para todos los poderes públicos y para los propios particulares, sin excepción alguna.

Podemos observar que en Nicaragua el ejercicio de la participación ciudadana es un precepto constitucional reflejado en los artículos 5 y 50 de la Constitución Política. Para el desarrollo de este mandato constitucional se aprobó

la Ley 475, Ley de participación ciudadana, para regular y promover el ejercicio de participación ciudadana entre el Estado y la sociedad, en las decisiones de iniciativas de ley, seguimiento y evaluación de las políticas pública.

La Ley regula las formas de organización de la sociedad para ejercer este derecho constitucional, para lo cual se dispuso que las asociaciones organizadas pueden entre otras cosas, impulsar, promover, ayudar y contribuir en la protección del medio ambiente y los recursos naturales, así como la obtención de un desarrollo sostenible y el mejoramiento de las condiciones higiénico sanitarias.

En el caso particular de los pueblos indígenas de la Costa Caribe el derecho a la consulta tiene cobertura en la Constitución Política de Nicaragua, específicamente lo expresa el Arto. 181:

El Estado organizará, por medio de una ley, el régimen de autonomía para los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Atlántica, la que deberá contener, entre otras normas: las atribuciones de sus órganos de



© ARCHIVO BICU-CIDCA

Pescadores en Krukira.

gobierno, su relación con el Poder Ejecutivo y Legislativo y con los municipios, y el ejercicio de sus derechos. Dicha ley, para su aprobación y reforma, requerirá de la mayoría establecida para la reforma a las leyes constitucionales.

Las concesiones y los contratos de explotación racional de los recursos naturales que otorga el Estado en las regiones autónomas de la Costa Atlántica, deberán contar con la aprobación del Consejo Regional Autónomo correspondiente.

Así mismo, la ley 217, Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, expresa en su Art. 25:

El Sistema de Evaluación Ambiental será administrado por el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales en coordinación con las instituciones que correspondan. En el caso de las Regiones Autónomas el Sistema de Evaluación Ambiental será administrado por el Consejo Regional respectivo en coordinación con el MARENA, para efectos de involucrarse en el proceso de toma de decisiones, en el control y seguimiento a lo establecido en los Permisos Ambientales otorgados por el Consejo Regional respectivo.

En los casos de la explotación racional de los recursos naturales de las Regiones Autónomas, la Ley No. 28 Estatuto de Autonomía, establece que se reconocerán los derechos de propiedad sobre las tierras comunales, para el aprovechamiento de los recursos naturales; obliga a contar con la aprobación del gobierno comunal o del territorial y beneficiar en justa proporción a sus habitantes.

De igual forma la Ley No. 40 Ley de Municipios y 261 de reformas, reconoce que debe emitir opinión respecto a los contratos o concesiones de explotación de los recursos naturales ubicados en su circunscripción, como condición previa para su aprobación por la autoridad competente; percibir al menos el 25 % de los ingresos obtenidos por el Fisco, en concepto de derechos y regalías que se recaudan por el otorgamiento de concesiones de exploración, explotación o licencias sobre los recursos naturales ubicados en su territorio.

Finalmente, La Ley 445 Ley de Régimen de Propiedad Comunal, en su arto 12,13, 16,17 y 18 establece definición de la consulta como la expresión y entrega de la información técnica de la operación o el proyecto

seguido del proceso de discusión y decisión sobre los mismos, durante las cuales las comunidades deberán contar con traductores; además establece un mecanismo de consulta sobre otorgamientos de concesiones y contratos de explotación racional de los recursos naturales en territorios indígenas.

A pesar de los avances y esfuerzos en el ordenamiento jurídico nicaragüense, que reconoce los derechos de los pueblos indígenas y comunidades étnicas sobre la consulta, el Estado de Nicaragua no ha creado un mecanismo sencillo y eficaz sobre el consentimiento previo, libre e informado; y los programas de ajustes estructurales y políticas de descentralización han inclinado estos esfuerzos hacia la consecución de objetivos económicos con muy pocos avances en el reconocimiento y práctica de los derechos culturales. Esto ha perpetuado la desigualdad entre los pueblos indígenas y comunidades étnicas de la Costa Atlántica con el resto del país.

Las violaciones al derecho del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas y afrodescendientes

La grave situación que enfrentan los pueblos indígenas y comunidades étnicas en relación con las tierras y recursos naturales es consecuencia de la ausencia de políticas institucionales por parte de Nicaragua y el establecimiento de mega proyectos, especialmente por actividades de las industrias extractivas (p. ej. minería y petróleo) y la construcción de represas hidroeléctricas agro combustibles, entre otros, y que comprometen la integridad de nuestros territorios, tierras, recursos y medios de vida.

Estas iniciativas de mega proyectos ponen en riesgo la vivencia natural de nuestros pueblos; ello también representa una nueva forma de colonización y apoderamiento indebido de nuestras riquezas. La ausencia de medidas efectivas de protección para frenar y revertir estos fenómenos pone en serio riesgo la supervivencia física y cultural de estas comunidades.

Las actuales políticas y estrategias para la mitigación, adaptación, reducción de la deforestación y degradación de bosques (REDD), así como la iniciativa del mecanismo de desarrollo limpio no toman en cuenta la participación y los aportes de nuestros pueblos con sus conocimientos tradicionales, como elementos importantes para combatir el cambio climático. Estas acciones no sólo ponen en riesgo las dinámicas y procesos de nuestros pueblos, sino también nuestra identidad cultural, cosmovisión, espiritualidad

indígena, nuestros territorios y recursos naturales, así como nuestros derechos que han sido garantizados en múltiples instrumentos jurídicos internacionales. Asimismo, el mercado de carbono compromete los derechos colectivos relacionados con la propiedad, administración, control y protección de nuestros territorios y recursos naturales.

En la actualidad, las principales amenazas que enfrentan los pueblos indígenas y afro descendientes de la Costa Caribe de Nicaragua son:

- ❖ Violación de los derechos indígenas, especialmente los derechos colectivos a los territorios, consentimiento libre, previo e informado sobre sus recursos naturales, derecho al veto, entre otros.
- ❖ Megaproyectos extractivos ligados al aprovechamiento de los recursos de minería, hidrocarburo, hidroeléctrica y forestal.
- ❖ Las instancias gubernamentales de atención específica a los pueblos indígenas que toman decisiones violando nuestros derechos colectivos establecidos en estándares internacionales y obedeciendo a intereses de particulares protegidos por los gobiernos.
- ❖ Aprobación de Ley de Régimen Jurídico de Fronteras. Esta legislación tiene como objetivo establecer régimen especial en el territorio fronterizo, terrestre, marítimo y aéreo, para la protección del medio ambiente y recursos naturales. Establece como territorio nacional 15 km hacia el interior del territorio, lesionando los derechos territoriales de más de 180 comunidades indígenas del río Coco y el territorio Rama-Afrodescendientes y otros.
- ❖ Establecimiento de bases militares, justificadas para el control del narcotráfico y que ocultan el propósito fundamental de la expropiación de tierras y territorios indígenas.

A continuación se presenta un ejemplo sobre el caso de un megaproyecto que no garantizó el principio del consentimiento previo de las comunidades indígenas:

El Estado de Nicaragua firmó el 21 de abril de 2006 dos contratos de exploración y explotación de petróleo y reservas de gas natural con las empresas estadounidenses MKJ Exploraciones Internacionales S.A., e Infinity

Inc. Ambas compañías, representadas por Eric Conrad, pretendían buscar hidrocarburos en la plataforma marítima del Caribe nicaragüense, una a 120 kilómetros al este-sureste de Puerto Cabezas y otra a 170 kilómetros al noreste de Bluefields, en un período de seis años. Las áreas que pretenden tienen una extensión combinada de 800.000 hectáreas, cerca de 8.000 kilómetros cuadrados.

Ante esta acción, tres ciudadanos de Bluefields introdujeron un recurso de amparo, el 21 de julio del 2006, en el cual alegaron que la firma del contrato debió contar con la aprobación del Consejo Regional de esa zona que goza de autonomía. Para esta petición, el presidente del Tribunal de Apelaciones de Bluefields, Rodolfo Martínez, indicó que la sala admitió el recurso de amparo interpuesto por tres ciudadanos del Caribe Sur de este país, “porque reúne los requisitos”.⁶ Después, la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua, por Sentencia N° 92 del 2 de mayo 2007 declaró ha lugar el Recurso de Amparo interpuesto por haberse celebrado los contratos de concesión, sin aprobación de los Consejos de la Región Autónoma del Atlántico Norte y de la Región Autónoma del Atlántico Sur.

Sin embargo, la empresa Infinity Energy Resources, Inc. recibió la aprobación final del gobierno de Nicaragua para explorar 1.4 millones de acres de la costa del mar Caribe. En el comunicado de prensa la empresa manifiesta: “La aprobación final de los contratos para la exploración [de gas natural y petróleo] y desarrollo por parte del Ministerio de Energía y Minas y del gobierno de Nicaragua permitirá a la compañía proceder con las actividades de exploración”⁷. Asimismo, el Acuerdo Presidencial N° 185-2006, publicado en *La Gaceta, Diario Oficial* N° 93 del 15 de mayo de 2006, autorizó la celebración del contrato de concesión petrolera para el área identificada como Prospecto Tyra, entre la república de Nicaragua y la compañía petrolera INFINITY ENERGY RESOURCES, INC.

Después de dos años de protesta dentro del Consejo Regional Autónoma del Atlántico Norte, en sesión del 13 de agosto de 2008, y el Consejo de la Región Autónoma del Atlántico Sur en sesión del 4 y 5 de julio de 2008, aprobaron el Contrato de Concesión de Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Prospecto Tyra otorgada a favor de INFINITY ENERGY RESOURCES, INC., sin previa consulta a las comunidades indígenas afectadas.

⁶ Comunicado de prensa “Tribunal anula contratos de concesión petrolera a compañías EEUU” el 10 de agosto de 2006.

⁷ Comunicado de prensa “Aprueban concesión de exploración petrolera en Nicaragua” 16 de Marzo de 2009

El consentimiento previo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

A pesar de la ratificación o adopción de múltiples instrumentos jurídicos internacionales, la aplicación de este consentimiento todavía es muy limitada. Existen vacíos y contradicciones en los marcos jurídicos nacionales, especialmente, leyes y reglamentos secundarios que contradicen y violan derechos de los pueblos indígenas. En Nicaragua se ha ratificado el Convenio 169 de la OIT.

La norma general que regula el derecho a la consulta es el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

Esta norma establece, si se quiere, las pautas generales y los principios generales de la consulta:

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;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar

libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos

administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos

Pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de

buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un

acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Esta norma es clara, reconoce instituciones y mecanismos de consulta, la obligación del Estado de proveer los recursos necesarios, la promoción de mecanismos e instituciones de consulta adecuados y exige buena fe y proceder de acuerdo

a las circunstancias para lograr el desarrollo de la consulta. Sin embargo, un aspecto que merece ser destacado es que no se trata de una formalidad a superar. El objetivo de éste es llegar a un acuerdo, en consecuencia hay que orientar los esfuerzos hacia esa finalidad.

Al lado de esta norma general existen otras normas conexas que deben ser consultadas, porque en conjunto forman parte de ese ámbito normativo que delimita el contenido constitucional protegido del derecho a la consulta. Ellas al igual que el artículo 6 son de naturaleza vinculante.

Una segunda norma es el numeral 1 del artículo 7 del Convenio 169 de la OIT. Si bien esta norma no está referida de forma expresa al derecho a la consulta, sin embargo hace mención del derecho a la participación de los pueblos indígenas en la determinación de las prioridades del desarrollo en sus localidades.

Otra norma también importante es el artículo 13 del Convenio 169 referido a la tierra y los territorios. La importancia de ella es que constituye un criterio de interpretación de las demás normas cuando está en juego el derecho de los pueblos indígenas sobre sus tierras. Si bien no hay ninguna referencia de forma expresa al derecho a la consulta, esta norma reconoce la importancia de las tierras y los territorios para los pueblos indígenas.

Asimismo, el artículo 15 del Convenio 169 hace referencia a la protección especial que el Estado debe prestarle a los recursos naturales. Esta norma establece el derecho de los pueblos indígenas a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales. También reconoce que los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas sobre la explotación de los recursos naturales en sus tierras o territorios, antes de la prospección o explotación de los recursos naturales en sus tierras. Finalmente, se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a participar de los beneficios de la explotación, así como a recibir una indemnización.

Para finalizar tenemos el artículo 17 del Convenio 169 de la OIT. También es importante, pues está referido en su primer numeral al uso de tierras, y en concreto exige respeto a los usos y costumbres en prácticas de transmisión de tierras. En su segundo numeral exige se consulte a los pueblos interesados, siempre que esté de por medio la disposición de las tierras de los mismos.

Como podemos ver, las normas del Convenio 169 son claras en relación con los derechos que les asisten a los pueblos indígenas sobre la tierra y sobre el derecho a la consulta.



© KIMMO LETHONEN

Vendedora pescado. Bilwi, 2009.

El derecho a la consulta previa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

El derecho a la consulta ha sido abordado por la Corte Interamericana en una reciente sentencia recaída en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. En ella se hace referencia al derecho a ser consultado. Como analizaremos más adelante, esta sentencia es importante, porque contiene un conjunto de reglas vinculantes, incluso para aquellos países, como Surinam, que no han sido parte en el proceso:

...la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar

con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, así mismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka, para la toma de decisiones.

De igual manera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó a propósito de otro caso que:

los Estados deben llevar a cabo consultas efectivas y plenamente informadas con comunidades indígenas con relación a hechos o decisiones que pudieran

afectar sus territorios tradicionales. En dicho caso, la Comisión determinó que un procedimiento de “Consentimiento pleno e informado” requiere “como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso, que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva.

Incluso la Corte IDH va más allá y habla de la necesidad de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas cuando se trata de planes de desarrollo o de inversiones a gran escala:

Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre “consulta” y “consentimiento” en este contexto requiere de mayor análisis.

Finalmente, también es interesante revisar el numeral 8 del fallo de la sentencia de la Corte en el *Caso del Pueblo Saramaka*:

El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaren a cabo, en los términos de los párrafos 129 a 140, 143, 155, 158 y 194(d) de esta Sentencia.

Ciertamente, esta jurisprudencia sobre el derecho a la consulta, debe ser interpretada de conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH que desarrolla los derechos de los pueblos indígenas en general, más aún si tenemos en cuenta los derechos humanos no



© ARCHIVO BICU-CIDCA

Líderes comunitarios.

indivisibles e interdependientes. Luego, estos derechos desarrollados jurisprudencialmente deben ser interpretados de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y con la propia Constitución.

El derecho a la consulta en el sistema universal de derechos humanos

El derecho a la consulta también ha sido recogido en el artículo 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que fue aprobada recientemente en la Asamblea General de la ONU, con el apoyo del Estado de Nicaragua, el 13 de septiembre de 2007 y con el voto de 143 países a favor, cuatro en contra y 11 abstenciones.

Artículo 32.-

[...]

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.

Esta norma debe ser leída e interpretada en consonancia con otras normas de la misma Declaración. Tenemos el artículo 18 que recoge el derecho a la participación de los Pueblos Indígenas. También tenemos el artículo 19 referido a las consultas en específico, que señala que:

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 o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Aun cuando no está referido al tema de la consulta, sí resulta relevante el artículo 23, pues hace referencia al derecho de los pueblos indígenas a determinar sus prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. Esta disposición orienta y ayuda a comprender la finalidad del derecho a la consulta. Finalmente, tenemos el artículo 38 que establece la obligación estatal de consulta y cooperación con los pueblos indígenas cuando se adopten medidas orientadas a lograr los fines de la mencionada declaración. También existen pronunciamientos de órganos

del sistema universal de derechos humanos en los cuales se ha fijado posición respecto al tema del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Así tenemos, por ejemplo, al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, quien ha observado que:

... siempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. Los efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia.

Es importante señalar que si bien las declaraciones de las Naciones Unidas como la de los pueblos indígenas no es vinculante, pues no se trata de un tratado ratificado por el Estado de Nicaragua, la Cuarta Disposición Final y Transitoria, cuando hace referencia a los “acuerdos”¹⁰⁹ como la expresión de la buena fe y la voluntad de honrar su palabra en relación con los acuerdos que suscribe. Un segundo aspecto tiene que ver con el hecho que la Corte recurre a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas como criterio interpretativo para arrojar luz sobre el derecho a la consulta. Es decir, si bien esta norma no es vinculante, tiene una fuerza hermenéutica indudable, pues contribuye a precisar el contenido de los derechos, siempre que éstos hayan sido reconocidos en instrumentos nacionales e internacionales vinculantes, y en el caso de los últimos, firmados y ratificados por el Estado de Nicaragua, como por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT. Un tercer comentario es más general, y es que no se trata de reconocimientos aislados, como podemos ver existen otros organismos y organizaciones internacionales que han señalado que, en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a gran escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales.