

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO EN LOS CASOS DE
BIOPROSPECCIÓN COMO DERECHO HUMANO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE
GUATEMALA**

GERSON RIGOBERTO CASTANEDA HERNÁNDEZ

GUATEMALA, 30 DE AGOSTO DE 2024

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO EN LOS CASOS DE
BIOPROSPECCIÓN COMO DERECHO HUMANO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE
GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

GERSON RIGOBERTO CASTANEDA HERNÁNDEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 30 de agosto de 2024

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	M.Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Vacante
VOCAL II:	Lic. Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Lic. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO:	Lic. Wilfredo Eliú Ramos Leonor

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Pedro José Luis Marroquín Chinchilla
Vocal:	Lic. Bonifacio Chicoj
Secretario:	Lic. Renato Sánchez Castañeda

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Guillermo David Villatoro Illescas
Vocal:	Lic. Adán Josué Figueroa Chacón
Secretario:	Lcda. Lady Johana Calderón López

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público)



USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala



**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
12 de julio de 2022**

Atentamente pase al (a) Profesional, **CARLOS ENRIQUE AGUIRRE RAMOS**, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante **GERSON RIGOBERTO CASTANEDA HERNÁNDEZ**, con carné 201602266, intitulado: **CARACTERIZAR EL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO EN LOS CASOS DE BIOPROSPECCIÓN COMO DERECHO HUMANO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE GUATEMALA.**

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

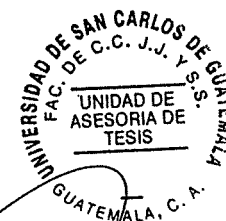
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

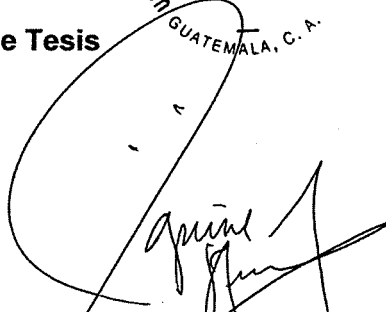

CARLOS EBERTITO HERRERA RECINÓS

Jefe (a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

SAQO



Fecha de recepción 14, 11, 2022 (f)

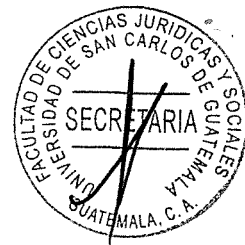

Asesor(a)
(Firma y sello)

Carlos Enrique Aguirre Ramos
ABOGADO Y NOTARIO

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala

Carlos Enrique Aguirre Ramos
ABOGADO Y NOTARIO

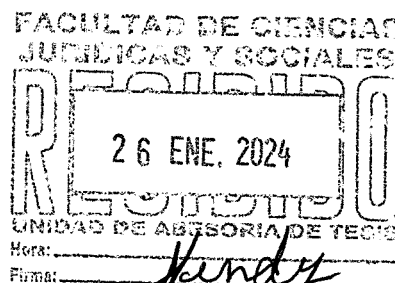




Lic.
Carlos Enrique Aguirre Ramos
ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 15 de Marzo de 2023

Dr. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Señor Jefe de la Unidad de Tesis:

Le informo que procedí a la asesoría de la tesis del Bachiller Gerson Rigoberto Castaneda Hernández titulada: **"CARACTERIZAR EL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO EN LOS CASOS DE BIOPROSPECCIÓN COMO DERECHO HUMANO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE GUATEMALA"**; sin embargo, luego de discutir con El, considero que el título adecuado debe ser: **"CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO EN LOS CASOS DE BIOPROSPECCIÓN COMO DERECHO HUMANO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE GUATEMALA"**; teniendo en cuenta el nuevo título, el Bachiller Castaneda realizó la investigación jurídica, a partir de lo cual considero que el informe final es un adecuado trabajo científico, lo cual fundamento teniendo en cuenta los aspectos siguientes:

- a) La investigación se realizó tomando en cuenta los criterios del método científico y la técnica jurídica, para exponer elementos que determinan la importancia del consentimiento previo, libre e informado en los casos de bioprospección como derecho humano de los pueblos indígenas de Guatemala.
- b) Además, el sustentante aplicó el método analítico, para exponer; luego el sintético, con el cual determinó los elementos de la bioprospección, el consentimiento informado y su importancia en Guatemala.
- c) En la recopilación de la información doctrinaria y legal de actualidad sobre el tema del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho ambiental y del derecho indígena, el Bachiller, utilizó las técnicas bibliográficas y la documental.
- d) La redacción utilizada por el ponente para elaborar el informe final de tesis, evidencia el conocimiento del lenguaje jurídico propio del derecho internacional de los derechos humanos, ambiental e indígena, así como los fundamentos jurídicos del consentimiento libre e informado.



Lic.
Carlos Enrique Aguirre Ramos
ABOGADO Y NOTARIO

- e) Los objetivos trazados en el plan de investigación fueron debidamente alcanzados, al evidenciar la relación entre la bioprospección, los derechos indígenas y el consentimiento libre e informado.
- f) El trabajo académico realizado evidencia un importante aporte científico, lo cual resulta fundamental para la sociedad guatemalteca debido a que determina que es de gran importancia la existencia del consentimiento previo, libre e informado en los casos de bioprospección como derecho humano de los pueblos indígenas de Guatemala.
- g) Existe una coherencia lógica entre lo expuesto en el cuerpo capitular y la conclusión discursiva elaborada lo cual es el resultado de lo expuesto en los cuatro capítulos elaborados, permitiéndole validar la hipótesis de trabajo relativa a que los pueblos indígenas deben ser informados sobre la bioprospección y beneficiados por los resultados de la misma a partir de que el aporte de la cultura y el conocimiento tradicional indígena debe beneficiar a las comunidades étnicas que viven en los territorios donde se lleve a cabo la bioprospección en Guatemala.
- h) Asimismo, el respaldo bibliográfico utilizado es con información de actualidad sobre el derecho internacional de los derechos humanos, del derecho indígena, así como del derecho a dar consentimiento libre e informado, le permitió fundamentar doctrinariamente su tesis.

Asimismo, expresamente declaro que no soy pariente dentro de los grados de ley del Bachiller **GERSON RIGOBERTO CASTANEDA HERNÁNDEZ** y a partir que la tesis reúne los requisitos legales del Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídica y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

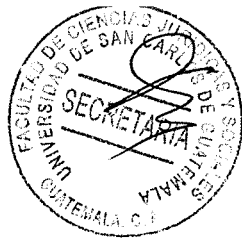
Muy atentamente.

Lic.
Carlos Enrique Aguirre Ramos
Abogado y Notario
Colegiado 3426
Asesor de Tesis

Carlos Enrique Aguirre Ramos
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

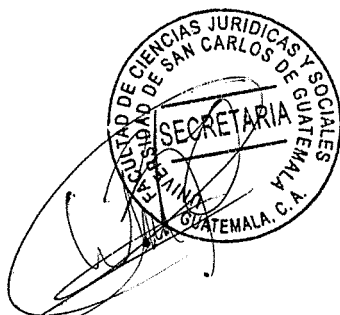
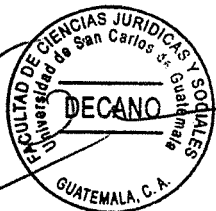
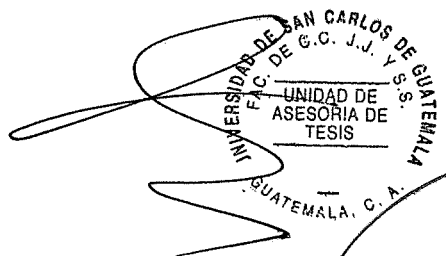


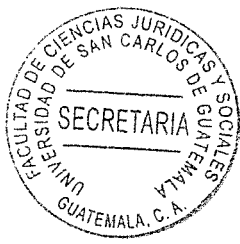
D.ORD. 337-2024

Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, once de abril de dos mil veinticuatro.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante, **GERSON RIGOBERTO CASTANEDA HERNANDEZ**, titulado **CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO EN LOS CASOS DE BIOPROSPECCIÓN COMO DERECHO HUMANO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE GUATEMALA**. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

HMAC/JIMR





DEDICATORIA

A DIOS:

Quien fue mi guía espiritual y me llenó de sabiduría en todo momento, y ha permitido culminar otra etapa importante de mi vida.

A MI MADRE:

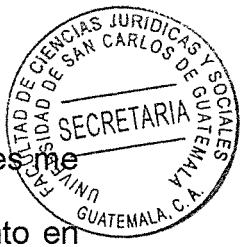
Susana Hernández, quien con esfuerzo y sacrificio forjo al hombre que hoy soy gracias por su amor incondicional.

A MI ESPOSA:

Rocío Marroquín, quien me alentó en todo momento y no dejó que desmayara, me apoyó incondicionalmente en el cuidado de nuestros tres hijos y le quité tiempo de atención, pero en todo momento fue comprensiva y mi éxito también es suyo.

A MIS HIJOS:

Mathías, Pablo y Mariam Castaneda, quienes, por su corta edad, necesitaban de mi presencia, pero en todo momento fueron comprensibles y no cabe duda de su amor hacia mi persona a quienes amo con todo el corazón, cada minuto que les robé valió la pena.



A MIS SUEGROS:

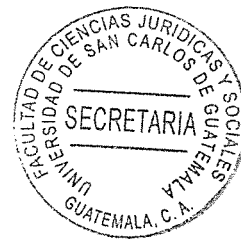
Héctor Marroquín y Enma Morales, quienes me han apoyado y ayudado en cada momento en esta etapa importante de mi vida.

A MI ASESOR:

El Lic. Carlos Aguirre. Por el apoyo brindado en el camino de este proceso.

EN ESPECIAL A:

La gloriosa y Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala. A la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales que han permitido mi desarrollo profesional. Que Dios permita corresponder con tal responsabilidad.

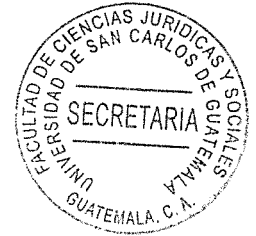


PRESENTACIÓN

El presente trabajo constituye una investigación de carácter cualitativo, a partir que se realizó una reflexión jurídica sobre el derecho de los pueblos indígenas relativos a que debe realizarse consultas previas, libres e informadas acerca de su autorización o rechazo a la realización de bioprospección en los territorios ancestrales en los cuales se asienta su cultura, sus tradiciones y sus valores humanos, puesto que a partir que desde que Guatemala ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Pueblos Indígenas Tribales en Países Independientes, se reconoce la autonomía y la administración de las áreas geográficas en donde habitan estos pueblos, lo cual en la práctica no ha llevado el Estado guatemalteco, incumpliendo su responsabilidad internacional de crear una ley específica para la consulta a los pueblos indígenas.

El aporte realizado en la presente tesis fue exponer la importancia de la creación de una ley específica para la consulta a los pueblos indígenas, para lo cual se le recomendó a la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales que con la participación de representantes de los pueblos indígena, legalmente reconocidos elabore una ley de consulta a los pueblos indígenas, que sea de orden público, teniendo especial cuidado de regular las consultas relativas a la bioprospección, así como los derechos humanos de los pueblos indígenas reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Guatemala.

HIPÓTESIS



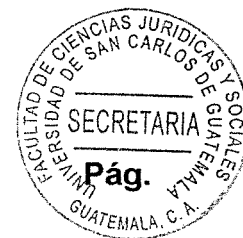
La manera en la cual se logra que se realicen consultas previas, libres e informadas a los pueblos indígenas de Guatemala acerca de su autorización o rechazo a la realización de bioprospección u otro tipo de actividades en los territorios ancestrales en los cuales se asienta su cultura, sus tradiciones y sus valores humanos, es que el Estado guatemalteco, cumpla con su responsabilidad internacional de crear una ley específica para la consulta a los pueblos indígenas, obligación que está regulada en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Pueblos Indígenas Tribales en Países Independientes.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



Luego de haber realizado el trabajo de tesis, donde se sometió a prueba la hipótesis, la misma fue comprobada a través del uso del método deductivo, inductivo y analítico, puesto que se comprobó que la única manera en la cual se logra evitar que el Estado guatemalteco continúe incumpliendo con su obligación internacional de crear una normativa legal específica basada en el Convenio 169 y en el bloque de constitucionalidad, así como para cumplir los requerimientos que le ha hecho la Corte de Constitucionalidad sobre la creación de una ley específica para la consulta a los pueblos indígenas, es que la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales, con la participación de representantes de los pueblos indígena, legalmente reconocidos elabore una ley de consulta a los pueblos indígenas, que sea de orden público, teniendo especial cuidado de regular las consultas previas, libres e informadas relativas a la bioprospección, así como la consulta sobre otros temas como la minería que afecten los derechos humanos de los pueblos indígenas reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Guatemala.

ÍNDICE



Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

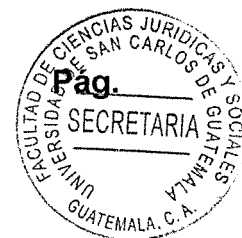
1. Derechos humanos.....	1
1.1. Principios básicos de los derechos humanos.....	2
1.2. Derechos humanos y soberanía del Estado.....	6
1.3. Democracia y derechos humanos.....	10
1.4. Obligaciones del Estado que se derivan de los derechos humanos.....	11
1.5. El principio de realización progresiva.....	13

CAPÍTULO II

2. Derechos humanos y pueblos indígenas.....	19
2.1. Derechos humanos de los pueblos indígenas.....	19
2.2. Identidad e igualdad.....	23
2.3. Autonomía e integración.....	24
2.4. Aspectos colectivos e individuales.....	27
2.5. El derecho de los pueblos indígenas como derecho a la pertenencia.....	28
2.6. Respaldo internacional a los derechos humanos de los pueblos indígenas	30

CAPÍTULO III

3. Consentimiento previo, libre e informado, derecho de los pueblos indígenas...	35
3.1. Características del consentimiento previo, libre e informado.....	35
3.2. Plazo en que debe darse el consentimiento previo, libre e informado.....	38
3.3. Consentimiento previo, libre e informado y pueblos indígenas.....	40
3.4. Fundamento internacional del consentimiento previo, libre e informado.....	48



CAPÍTULO IV

4. Consentimiento previo, libre e informado en los casos de bioprospección como derecho humano de los pueblos indígenas de Guatemala.....	53
4.1. Los pueblos indígenas en Guatemala	53
4.2. La bioprospección.....	57
4.3. Consentimiento previo, libre e informado en los casos de bioprospección como derecho humano de los pueblos indígenas de Guatemala.....	65
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	71
BIBLIOGRAFÍA.....	73

INTRODUCCIÓN



El trabajo de investigación que se presenta se desarrolló a partir de la observación de la importancia sociocultural de los pueblos indígenas, especialmente los que descienden de los mayas, el Estado guatemalteco los ha excluido de la toma de decisiones políticas y jurídicas, aun cuando las mismas afecten sus prácticas socioculturales y dañen los territorios en donde se encuentran los elementos culturales y naturales que permiten la existencia y reproducción de la cultura garífuna, maya o xinca, a pesar que se ha ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en el cual se estipula la creación de normativas específicas para la consulta a los pueblos indígenas sobre temas que les afecten su identidad, su cultura y los territorios en los cuales viven.

Como objetivos se estableció determinar los fundamentos de los derechos humanos a partir de la dignidad humana; asimismo, se definió establecer la relación entre derechos humanos y pueblos indígenas y el respaldo internacional que los mismos tienen; también se estableció el sentido que tiene el consentimiento previo, libre e informado, especialmente al considerarlo como un derecho humano de los pueblos indígenas.

La hipótesis, debidamente comprobada en este trabajo, fue establecer que la única manera en la cual se logra evitar que el Estado guatemalteco continúe incumpliendo con su obligación internacional de crear una normativa legal específica basada en el Convenio 169 y en el bloque de constitucionalidad, así como para cumplir los requerimientos que le ha hecho la Corte de Constitucionalidad sobre la creación de una ley específica para la consulta a los pueblos indígenas, es que la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales, con la participación de representantes de los pueblos indígena, legalmente reconocidos elabore una ley de consulta a los pueblos indígenas, que sea de orden público, teniendo especial cuidado de regular las consultas previas, libres e informadas relativas a la bioprospección, como derecho humano de los pueblos indígenas de Guatemala.



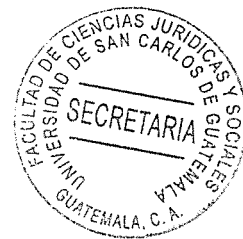
El método analítico permitió establecer las características del consentimiento previo, libre e informado, especialmente a partir del derecho de los pueblos indígenas a la autonomía territorial y la libre decisión de aceptar o rechazar proyectos en los territorios en los cuales habitan y que forman parte de su cultura ancestral; el método sintético fue utilizado para relacionar el consentimiento libre e informado con el derecho de los pueblos indígenas guatemaltecos a que se les haga consultas previas sobre la aceptación y autorización o rechazo de los proyectos de bioprospección que se pretende llevar a cabo en los territorios donde habitan.

Se usaron las técnicas de investigación bibliográficas y documentales, la primera para estudiar y ordenar los libros sobre derechos humanos, pueblos indígenas y el consentimiento previo, libre e informado; mientras que las técnicas se utilizaron para revisar la legislación internacional y nacional vigentes reguladoras del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada sobre la autorización o rechazo a la implementación de proyectos de bioprospección en los territorios que habitan.

Por último, se redactó el informe final que consta de cuatro capítulos. El primero se orientó hacia la explicación de los derechos humanos; el segundo, destaca los derechos humanos de los pueblos indígenas; el tercero, fue elaborado a partir de explicar las características del consentimiento previo, libre e informado; mientras que el cuarto se orientó hacia la explicación del derecho de los pueblos indígenas guatemaltecos a ser consultados sobre proyectos de bioprospección como un derecho humano que les asiste a estos pueblos.

El aporte de la presente investigación de tesis fue que la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales, con la participación de representantes de los pueblos indígena, legalmente reconocidos elabore una ley de consulta a los pueblos indígenas, que sea de orden público, teniendo especial cuidado de regular las consultas previas, libres e informadas relativas a la bioprospección.

CAPÍTULO I



1. Derechos humanos

Los derechos humanos sirven para establecer los límites en las relaciones entre los individuos y el Estado, porque buscan delimitar el poder de este, para lo cual se le existe que adopte medidas positivas que garanticen condiciones en las que todas las personas puedan disfrutarlos, pues son derechos inherentes a ellas personas, realidad que ha sido una continuidad, puesto que su reivindicación comienza con las ideas liberales del Siglo XVIII, con la guerra civil estadounidense y la revolución francesa, que lograron dar poder a los ciudadanos y control sobre los que ostentan el poder político.

“Los derechos humanos son la suma de derechos individuales y colectivos establecidos en constituciones nacionales y en el derecho internacional, en donde los gobiernos y otros titulares de deberes tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos, que constituyen la base legal para la reivindicación de derechos y la demanda de reparación en caso de incumplimiento. En realidad, la posibilidad de demandar y exigir reparación es lo que distingue a los derechos humanos de los preceptos propios de los sistemas de valores éticos o religiosos”.¹

Jurídicamente hablando, los derechos humanos pueden definirse como la suma de derechos individuales y colectivos reconocidos en las normas internacionales y por los

¹ Novak, Manfred. **Derechos humanos**. Pág. 41.



estados soberanos y consagrados en su legislación nacional, para lo cual la Organización de las Naciones Unidas han desempeñado un papel de primer orden en la definición y la promoción de los mismos, lo cual dio como resultado que estos derechos fundamentales quedaran regulados en diversos tratados e instrumentos internacionales y regionales que han sido ratificados por la mayoría de los países, a partir de lo cual representan el único sistema de valores universalmente reconocido.

Uno de los elementos sustanciales de los derechos humanos es que son múltiples, puesto que atañen a todos los aspectos de la vida, a partir de que su ejercicio se orienta a permitir a hombres y mujeres determinar su propia vida en condiciones de libertad, igualdad y respeto a su dignidad, principalmente porque comprenden derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como derechos colectivos de los pueblos, cada uno con sus propias características y finalidades.

1.1. Principios básicos de los derechos humanos

Uno de los primeros principios que informan a los derechos humanos es que los mismos son universales porque están basados en la dignidad de todo ser humano, con independencia de la etnia, el color, el sexo, origen social, la religión, el idioma, la nacionalidad, la edad, la orientación sexual, la discapacidad o cualquier otra característica distintiva; asimismo, porque son aceptados por todos los estados y pueblos que los han integrado a su legislación nacional, los cuales se aplican de forma igual e indiscriminada a todas las personas y son los mismos para todas las personas en todos los lugares de esos estados que los han ratificado.

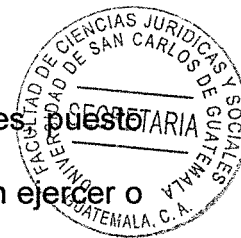


“En algunas ocasiones se ha puesto en tela de juicio la universalidad de los derechos humanos con el argumento de que son un concepto occidental, parte de una actitud neocolonial que se propaga por todo el mundo; sin embargo, un estudio publicado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en 1968 mostró claramente que las aspiraciones profundas que subyacen en los derechos humanos corresponden a conceptos de justicia, integridad y dignidad de la persona, la ausencia de opresión y persecución y la participación en los empeños colectivos que aparecen en todas las civilizaciones y en todas las épocas”.²

Es de tener en cuenta que los estados que han cuestionado la universalidad de los derechos humanos son aquellos que tienen un carácter totalitario, por lo que la negación de los mismos les sirve para justificar violaciones de los derechos de sus ciudadanos en el nombre de la seguridad, el orden público y la sobrevivencia del proyecto histórico de país que los gobiernos impulsan; sin embargo, la universalidad de los derechos humanos queda de manifiesto por el hecho de que la mayoría de los países, especialmente en las democracias occidentales, han adoptado y ratificado los principales instrumentos internacionales de derechos humanos.

Otro de los principios que fundamentan los derechos humanos es que estos son inalienables; es decir que ninguna persona puede ser despojada del disfrute de los mismos, salvo en circunstancias legales definidas, tales como que un tribunal declara culpable a una persona por un delito al término de un juicio imparcial.

² *Ibíd.* Pág. 42.



De igual manera, los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, puesto que cada uno de ellos trae consigo las bases para que los demás se puedan ejercer o que estos sirvan para que se disfrute aquel, ante lo cual la violación de uno de esos derechos afecta al ejercicio de otros, de allí que los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales son complementarios e igualmente indispensables para la dignidad e integridad de toda persona.

Otra base para la existencia de los derechos humanos es la prohibición de la discriminación, lo cual implica que se reconoce el derecho a la igualdad de las personas, principalmente porque algunas de las violaciones más graves de los derechos humanos se han derivado de la discriminación contra grupos concretos, a partir de lo cual se han creado tratados internacionales y regionales en los cuales se exige la lucha contra la discriminación y que se garantice constitucionalmente la igualdad entre todos.

Es decir, para garantizar el derecho a la igualdad los estados deben velar por los derechos humanos sin discriminación alguna, incluidos el sexo, la etnia, el color, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la pertenencia a una minoría nacional, la posición económica, el nacimiento, la edad, la discapacidad, la orientación sexual o la condición social o de otro tipo, porque la discriminación no sólo consiste en una distinción, exclusión o restricción, sino que incluye también una preferencia inexcusable con respecto a ciertos grupos.

Sin embargo, no toda distinción constituye discriminación, puesto que distinguir de hecho como de derecho basadas en criterios razonables y objetivos pueden estar



justificadas, pero los gobiernos deben demostrar que cualquier distinción que se aplique es realmente razonable y objetiva, principalmente si se llevan a cabo medidas especiales temporales con el fin de corregir los efectos a largo plazo de una discriminación ejercida en épocas anteriores, tal como crear una ley para favorecer a un grupo humano excluido socialmente.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial estipula que el concepto de medidas especiales se basa en el principio de que las leyes, políticas y prácticas adoptadas y aplicadas para cumplir las obligaciones previstas en la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial deben complementarse, cuando las circunstancias lo aconsejen, con la adopción de medidas especiales temporales destinadas a garantizar el disfrute pleno e igual de los derechos humanos y las libertades fundamentales por los grupos desfavorecidos.

Asimismo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer define esas medidas como una amplia gama de instrumentos y políticas de divulgación o apoyo; la asignación o reasignación de recursos; el trato preferencial; la determinación de metas en materia de contratación y promoción; los objetivos cuantitativos relacionados con plazos determinados y los sistemas de cuotas.

Es decir, medidas temporales orientadas a superar una exclusión social histórica, tal como diseñar políticas, leyes o acciones para dar a las mujeres un trato preferente en relación con el acceso a determinados puestos de trabajo, órganos políticos de adopción de decisiones o la educación universitaria pueden considerarse medidas



afirmativas encaminadas a acelerar el logro de una igualdad de género real en ámbitos en los que las mujeres han estado insuficientemente representadas y han padecido discriminación.

En el Artículo 4 de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer se alientan específicamente esas medidas de carácter temporal que no se considerarán discriminatorias contra los varones; pero, debe tenerse en cuenta que, en el momento en que se haya alcanzado la igualdad de oportunidades y de trato, esas medidas deberán abandonarse, pues mantenerlas supondrían privilegios para las mujeres y discriminación contra los varones.

De conformidad con la Recomendación General Número 25 del Comité Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, no se necesita prueba de discriminación en el pasado para que se adopten esas medidas, puesto que la aplicación de medidas especiales de carácter temporal a menudo repara las consecuencias de la discriminación sufrida por la mujer en el pasado, por lo que los estados parte tienen la obligación de mejorar la situación de la mujer para transformarla en una situación de igualdad sustantiva o de facto con el hombre, independientemente de que haya o no pruebas de que ha habido discriminación en el pasado.

1.2. Derechos humanos y soberanía del Estado

Cuando los derechos humanos eran un asunto interno de cada país, se impedía la intromisión de otros estados y de la comunidad internacional incluso en los casos más

graves de violaciones de los derechos humanos, como el genocidio, actitud que se apoyaba en el argumento de la soberanía nacional; sin embargo, después de las atrocidades cometidas en la segunda guerra mundial y las perpetradas en otros países desde 1950 a finales de la década de 1980, las cuales evidenciaron el fracaso internacional a la hora de evitar atrocidades masivas, se consideró que la soberanía no debía aceptarse como argumento en contra de la vigencia de los derechos humanos.

En la actualidad, el concepto de soberanía como argumento que prohíbe la intromisión de otros países en las decisiones internas de un país, como fundamento de la existencia de este frente a los demás, se ha visto reemplazada en gran medida por el de la responsabilidad, según el cual se considera a los estados responsables del bienestar de sus pueblos, por lo que los gobiernos deben rendir cuentas ante la comunidad internacional de que respetan y promueven los derechos humanos, así como el derecho de sus ciudadanos a acudir ante la comunidad internacional a denunciar a su Estado por violarle sus derechos humanos.

A finales del año 2005, los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos con motivo de la Cumbre Mundial de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprobaron por unanimidad los principios que conforman la responsabilidad de los estados de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, lo cual conllevó que esos estados estuvieran de acuerdo en garantizar la prevención de dichos crímenes y perseguir la incitación a su comisión, mediante la adopción de las medidas administrativas y legislativas apropiadas y necesarias.

En el párrafo 139, de los principios sobre la responsabilidad de los estados aprobados en esa cumbre mundial de la Organización de las Naciones Unidas en el año 2005, los líderes mundiales reconocieron la responsabilidad de la comunidad internacional con respecto a la utilización por medio de la Organización de las Naciones Unidas, de los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados, de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta fundacional de las Naciones Unidas, para ayudar a proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad.

En ese mismo párrafo 139, también se deja estipulado que, si los medios pacíficos resultan inadecuados y era evidente que las autoridades nacionales no protegían a sus poblaciones de dichos crímenes, la comunidad internacional debía estar dispuesta a tomar medidas colectivas por medio del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, de manera oportuna y decisiva en cada caso concreto y en colaboración con las organizaciones regionales pertinentes cuando proceda, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, incluido su Capítulo VII.

Las actuaciones que podían llevar a cabo los estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, podían consistir en medidas coercitivas, como las sanciones y, en última instancia, la fuerza militar a partir de la responsabilidad de proteger que incumbe al Estado, de la asistencia internacional y una respuesta oportuna y decisiva, ante lo cual el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas reafirmó los principios de la responsabilidad de proteger en contra de los delitos de lesa humanidad a los ciudadanos de los estados, lo cual plasmó en su resolución 1674 de 2006, relativa

a la protección de los civiles, para lo cual se autorizan todas las medidas necesarias para proteger a los civiles y las zonas pobladas por civiles que estén bajo amenaza.

“La responsabilidad de los estados fija una serie de principios sobre la forma de responder con eficacia, sin dejar de observar la Carta de las Naciones Unidas, cuando los derechos humanos se encuentran en una situación de mayor riesgo. En lugar de establecer un derecho discrecional para la intervención de cada Estado, como prevé el derecho de intervención por razones humanitarias, la responsabilidad de proteger a los civiles considera que la comunidad internacional en su conjunto tiene la obligación de utilizar todas las medidas prescritas, y circunscritas, por la Carta de las Naciones Unidas con el fin de evitar las violaciones más atroces y responder ante ellas”.³

La responsabilidad internacional de proteger a los civiles se apoya en una obligación indiscutible conforme al derecho internacional de evitar el genocidio en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que a su vez también refleja el derecho internacional consuetudinario, con la finalidad de poner en práctica y aplicar esa responsabilidad de manera oportuna, coherente y eficaz, a fin de evitar una situación donde la comunidad internacional se estanque sobre la necesidad de actuar y sobre los medios de prevenir o de hacer cesar la masacre de civiles.

La idea de la comunidad internacional es que si requiere intervenir para evitar o frenar los delitos de lesa humanidad, se debe llevar a cabo a partir de establecer que se estén

³ **Ibíd.** Pág. 43.

cometiendo los crímenes citados o que el riesgo de que se vayan a cometer contra la población sea real e inminente; la intención correcta, esto es, que el objetivo principal de la intervención sea detener o prevenir la comisión de crímenes que atenten contra los derechos humanos y el criterio de último recurso, que entronca con la obligación de agotar las opciones que no suponen la utilización de la fuerza antes de aprobar este tipo de medidas; la utilización de medios proporcionales y necesarios para la protección de la población; y el establecimiento de perspectivas razonables de éxito de la intervención.

1.3. Democracia y derechos humanos

Luego de la democratización a nivel mundial, a partir de la caída del campo socialista y los procesos de democratización llevados a cabo en la década de 1980 en los países occidentales, tales como América Latina y Europa oriental, entre otros, se ha estudiado la relación entre la democracia y los derechos humanos, puesto que se ha dejado de considerársele a la primera un conjunto de normas de procedimiento para el ejercicio del poder político, sino que se le visualiza como un medio para preservar y promover la dignidad de la persona, puesto que se considera que esta y los derechos humanos están inseparablemente vinculados.

Los fundamentos de esta estrecha relación entre democracia y derechos humanos se encuentran consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues ambos instrumentos internacionales establecen derechos que toda democracia debería promover y proteger

y en los que las democracias deberían basarse, tales como los derechos a la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica, a participar en los asuntos públicos y en los procesos de adopción de decisiones, y los derechos del acceso a la justicia, de un juicio imparcial y de reparaciones por las violaciones de los derechos humanos.

La existencia de instituciones sólidas y responsables, junto con procesos de adopción de decisiones transparentes e inclusivos que solo se pueden dar en las democracias basadas en estados democráticos de derecho, constituyen el requisito para lograr un sistema eficaz y legítimo de gobernanza democrática que respete los derechos humanos, principalmente porque a través de ella se puede dar los contrapesos de los organismos del Estado y la posibilidad que la ciudadanía logre un escrutinio constante de los actos públicos, aspectos que son fundamentales en la promoción y la protección de los derechos humanos.

1.4. Obligaciones del Estado que se derivan de los derechos humanos

Se debe tener en cuenta que son estados los titulares de deberes que asumen obligaciones en relación con la protección y la violación de los derechos humanos, aunque en la actualidad se reconoce que cualquier persona o grupo puede violar los derechos humanos a partir de cometer homicidios, violaciones sexuales, torturas, genocidios y otras atrocidades en contra de las personas, porque en la vida cotidiana no dejan de aumentar los abusos contra los derechos humanos cometidos por agentes no pertenecientes al Estado, tales como empresas, grupos delictivos organizados, terroristas, guerrillas y fuerzas paramilitares.

“Los tratados internacionales de derechos humanos y el derecho consuetudinario imponen tres obligaciones a los Estados: el deber de respetar, el deber de proteger y el deber de cumplir. Mientras que el equilibrio entre esas obligaciones puede variar de acuerdo con los derechos de que se trate, se aplican en principio a todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”.⁴

La obligación de respetar los derechos humanos significa que los estados están obligados a abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos por parte tanto de los individuos como de los grupos, lo cual incluye la prohibición de actos de los gobiernos que puedan menoscabar el disfrute de los derechos; mientras que la obligación de proteger esos derechos exige que los estados protejan a los individuos contra los abusos de agentes no estatales, agentes estatales extranjeros o agentes estatales que actúen al margen de sus funciones públicas, lo cual conlleva aspectos de naturaleza preventiva y de reparación.

Es decir que, en relación a la obligación de proteger los derechos humanos los estados tienen el deber de promulgar leyes que protejan los derechos humanos, adoptar medidas para proteger a los individuos cuando tenga conocimiento o pudieran tenerlo, de amenazas a los derechos humanos de los individuos y garantizar el acceso a recursos jurídicos imparciales en caso de sospecha de violaciones de derechos humanos, tal el caso de proteger a las mujeres en contra de cualquier forma de violencia a que estén expuestas, incluyendo el femicidio.

⁴ Villar Martín, Marta. **La responsabilidad estatal de proteger a civiles**. Pág. 17.

“Los estados disfrutan de un margen de discreción en lo que se refiere a la obligación de proteger; por ejemplo, el derecho a la integridad personal y la seguridad obliga a los estados a combatir el fenómeno generalizado de la violencia doméstica; asimismo, los estados tienen la responsabilidad de adoptar medidas positivas en forma de las pertinentes leyes penales, civiles, familiares o administrativas con el fin de reducir la incidencia de la violación a los derechos humanos”.⁵

Por otro lado, obligación de cumplir significa que los estados deben adoptar medidas positivas para garantizar que los derechos humanos puedan ser ejercidos, para lo cual deben crear las condiciones jurídicas, institucionales y de procedimiento que los titulares de derechos necesitan para poder ejercer sus derechos y disfrutar plenamente de ellos; es decir, cualquier Estado está obligado a cumplir la normativa internacional concerniente a derechos humanos; asimismo, es responsable de asegurar las medidas para que se cumplan estos derechos.

1.5. El principio de realización progresiva

El principio de la realización progresiva se refiere a las obligaciones positivas que tiene el Estado de satisfacer y proteger los derechos humanos, en particular, los derechos económicos, sociales y culturales, de acuerdo con sus capacidades económicas, para lo cual deben establecer objetivos, estrategias y acciones para ir cumpliendo esos derechos sociales o prestacionales, puesto que la ausencia total de medidas positivas

⁵ *Ibíd.* Pág. 18.

para garantizar el cumplimiento de esos derechos pueden suponer una violación de los mismos, lo cual le da derecho a los ciudadanos del Estado que presuntamente los está violando a hacer uso de un recurso efectivo, que debe estar regulado legalmente.

“El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas mantiene que los estados están obligados a velar por que los responsables de ciertas violaciones, como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la ejecución sumaria y arbitraria y la desaparición forzosa sean sometidos a la justicia, para lo cual establece que los Estados tienen la obligación de investigar presuntas violaciones y actuar en consecuencia cuando sea necesario, adoptar medidas administrativas y legislativas apropiadas para prevenir las violaciones, y proporcionar a las víctimas reparaciones adecuadas y un acceso igual y efectivo a la justicia”.⁶

Es decir que, toda persona nacional del presunto Estado violador, que afirma que sus derechos no han sido respetados debe tener la posibilidad de presentar un recurso efectivo ante un órgano nacional competente, facultado para proporcionar reparación y para hacer que sus decisiones se apliquen, pues de acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, órgano de la Organización de las Naciones Unidas que se encarga de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, este Pacto obliga a los estados a adoptar medidas eficaces para investigar las violaciones de derechos humanos con rapidez, a fondo y de manera efectiva mediante órganos independientes e imparciales.

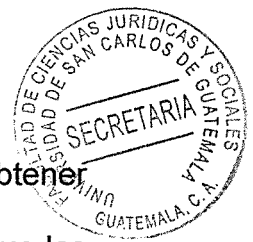
⁶ *Ibíd.* Pág. 19.

Asimismo, el derecho internacional de los derechos humanos establece que, habiéndose agotado todas las vías de reparación nacional, la persona a quien se le ha violado su derecho y no se le ha reparado, puede acudir a un tribunal internacional o regional de derechos humanos de carácter permanente, cuyas decisiones son jurídicamente vinculantes, los cuales deben proporcionar al demandante mecanismos individuales de denuncia, sujetos a las normas específicas de cada caso.

Además, los particulares pueden presentar una denuncia ante el órgano de tratados responsable de supervisar el cumplimiento de cada tratado internacional fundamental de derechos humanos; no obstante, en la actualidad no existe ningún tribunal internacional de derechos humanos específicamente como tal, sino que esa función la realizan organizaciones internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como se aprecia, el derecho a obtener reparación es un elemento esencial del derecho a un recurso efectivo, por lo que en casos en donde el Estado es responsable de una violación de los derechos humanos debido a sus acciones u omisiones, tiene la obligación de proporcionar a las víctimas una reparación adecuada, efectiva y rápida; sin embargo, si esta reparación no se concede, la obligación de proporcionar un recurso efectivo no se cumple, puesto que de nada serviría su utilización si no se resarce a la víctima.

Los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones



graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener restituciones, rehabilitaciones, indemnizaciones o la reparación, estableciendo que las mismas deben ser de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso.

La restitución, cuando sea apropiado y deseable, sirve para restaurar la situación en la que se encontraba la víctima antes de que se produjera la violación de derechos humanos de que se trate, por lo que puede incluir el restablecimiento de la libertad, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes; mientras que la rehabilitación incluye las medidas legales, médicas, psicológicas y sociales para ayudar a las víctimas a recuperarse, para lo cual se puede, por ejemplo, establecer centros de rehabilitación para las personas víctimas de torturas o servicios de atención psicológico para los efectos secundarios de las vivencias tenidas, entre otras.

La indemnización hace referencia al resarcimiento de daños económicos o de otra índole, incluido el daño físico o mental, la pérdida de oportunidades, los daños materiales, la pérdida de ingresos o el lucro cesante y los perjuicios morales; la reparación hace referencia a las disculpas públicas, la aceptación de responsabilidades, las conmemoraciones y homenajes a las víctimas, la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad cuando sea posible y adecuado, una declaración oficial o decisión judicial, la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los autores de las violaciones manifiestas de los derechos humanos, entre otras formas reparadoras.



Como se aprecia, los derechos humanos sirven para garantizar la vida y la libertad de las personas, así como garantizar otros derechos políticos, económicos, sociales y culturales, siendo su función principal limitar la intervención del poder en la vida privada de las personas, lo cual se ha ido logrando en la medida que los estados se han vuelto democráticos y funcionan dentro de una democracia cimentada en el derecho, pues solo ellos aceptan la responsabilidad internacional por la violación a los derechos humanos y el compromiso de restituirlos, rehabilitarlos, indemnizarlos o llevar a cabo acciones de reparación cuando se violan los mismos dentro de su jurisdicción.





CAPÍTULO II

2. Derechos humanos y pueblos indígenas

Desde mediados de la década de 1990, como producto de la declaración de la década de los pueblos indígenas por parte de la Organización las Naciones Unidas, se ha venido hablando insistentemente de los derechos humanos de los pueblos indígenas en los distintos medios de comunicación social, en las instituciones internacionales y nacionales, en las organizaciones no gubernamentales, entre otras.

De igual manera, como resultado del decenio de los pueblos indígenas, en muchas partes del mundo los representantes de organizaciones indígenas están participando, cada vez más intensamente, en actividades públicas, en actividades políticas, al extremo que son pocos los países con poblaciones indígenas que no traten el asunto de los derechos humanos de los pueblos indígenas como un tema prioritario que atender en su agenda nacional, aunque esa preocupación no sea más que simbólica.

2.1. Derechos humanos de los pueblos indígenas

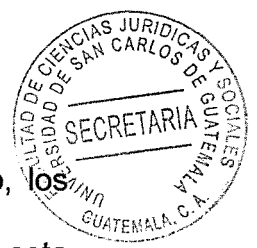
Los derechos de los pueblos indígenas son un medio para lograr la visibilización de sus conflictos, el reconocimiento de sus necesidades y formas de vida para que se lleve a cabo la creación de normativas jurídicas internacionales y nacionales establecidas como derechos, que, a su vez, implican jurídica y políticamente la obligación de los estados de garantizar el respeto, cumplimiento y exigibilidad de esos derechos.

“El movimiento internacional de los pueblos indígenas ha crecido en los últimos años a una velocidad extraordinaria. En 1977, cuando se llevó a cabo la Conferencia de Organizaciones no Gubernamentales sobre este asunto en la oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, los gobiernos asumieron que el término indígena se refería a los habitantes originarios del sur y del norte de América. Hoy, organizaciones de la sociedad civil de más de cuarenta países participan en las actividades que las Naciones Unidas organizan sobre este tema, pasando de calcular que había originalmente 40 millones de indígenas, se llegó a la cifra de 300 millones”.⁷

Es decir que, después que hasta 1977, los pueblos indígenas eran considerados como una categoría pequeña y particularmente vulnerable de minorías étnicas, por lo que la mayoría de los gobiernos veía la violación de sus derechos como un problema de discriminación en cuanto al ejercicio de los derechos humanos individuales; en el presente, los pueblos indígenas han surgido como una categoría específica en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, reconociéndoles que deben disfrutar del derecho colectivo a la tierra y de autonomía.

Como se aprecia, ha habido un avance en el reconocimiento de los pueblos indígenas y de sus derechos en el derecho internacional de los derechos humanos, puesto que ahora se les reconoce derechos colectivos tanto políticos como económicos; aunque aún no han sido reconocidos como grupos con territorios autónomos por la Carta de las Naciones Unidas, siéndoles asignada su protección al área de Derechos Humanos de

⁷ Salazar, Mariana. **Derechos de los pueblos indígenas**. Pág. 69.



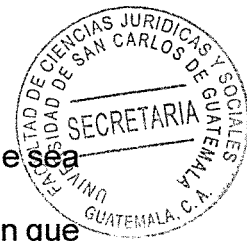
las Naciones Unidas, en donde se promueve su descolonización; sin embargo, los derechos de los pueblos indígenas son muy diferentes de aquellos que esta dependencia de la Organización de las Naciones Unidas está acostumbrada a manejar.

Se trata de que los derechos de los pueblos indígenas no encajan en ninguna categoría administrativa o legal vigente en el seno de la Organización de las Naciones Unidas; sin embargo, se ha logrado que a nivel internacional ya no haya la más mínima duda de que tienen derechos y que no puede haber democracia si no existe protección de derechos de los pueblos indígenas, pues esta protección constituirá una prueba decisiva de la integridad y efectividad de todo el sistema de derechos humanos que se han venido aprobando y reconociendo legalmente en la mayoría de países.

“Los pueblos indígenas buscan el derecho a la autodeterminación que incluye el autogobierno, la autonomía, la integridad territorial y el disfrute exclusivo de sus propias tierras y recursos. Esta exigencia central se manifestó abiertamente desde 1990, lo que ha llevado a choques políticos entre los estados y los pueblos indígenas en el plano internacional, como fue ejemplificado por algunos gobiernos en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, realizada en Viena en 1993, los cuales insistieron en referirse a poblaciones indígenas en el documento final de dicha Conferencia”.⁸

Es que desde mediados del Siglo XX y especialmente a partir de la declaratoria del Decenio de los Pueblos Indígenas, para estos pueblos, la autodeterminación es el

⁸ *Ibíd.* Pág. 70.



elemento central y el símbolo principal de sus movimientos; por lo tanto, exigen que sea respetada rigurosamente, pues para ellos no es negociable, puesto que consideran que cualquier incumplimiento en la concesión de los mismos derechos y condición de que han gozado otros pueblos colonizados en el mundo representa una forma de racismo y discriminación por parte de la comunidad internacional.

“Lo que realmente se refieren los indígenas cuando hablan de autodeterminación es a la libertad para vivir, no sobre la reproducción de nuevos centros de poder del Estado. Si esta demanda resulta subversiva para los estados existentes, esto es sólo a nivel filosófico; no es una lucha por un poder físico para competir, por lo que un número creciente de estados se han dado cuenta de esto y han revalorado su postura sobre el tema de la autodeterminación”.⁹

Esta postura sobre sus derechos históricos a la autodeterminación, la autonomía y el respeto a su cultura, lo cual incluye sus prácticas religiosas, culturales y sociales es firme, debido a que han sido y siguen siendo grupos bien definidos cultural y lingüísticamente, los cuales no han cedido voluntariamente el control de sus territorios a los pueblos y estados que actualmente los gobiernan.

Esta reivindicación a su autonomía también implica un significado especial al término autodeterminación de los pueblos, principalmente porque rechazan la idea de ser integrados en la realidad jurídica y política de los estados actuales, puesto que su idea

⁹ *Ibíd.* Pág. 71.

de orden social tiene como fundamento la integridad cultural que existe entre los humanos y las demás formas de vida en la tierra, prácticas que los modelos económicos vigentes en los estados donde existen pueblos indígenas no respetan, poniendo en peligro las bases materiales de la existencia de estas comunidades étnicas.

2.2. Identidad e igualdad

Es importante establecer que los pueblos indígenas buscan igualdad ciudadana frente a los otros ciudadanos del Estado, mientras que al mismo tiempo exigen respeto y apoyo del Estado para el desarrollo de sus propias identidades culturales, religiosas y lingüísticas, lo cual difiere de la concepción que fundamenta a los sistemas políticos y jurídicos de los estados actuales, en donde se parte de la igualdad de los ciudadanos en términos de derechos y responsabilidades individuales, en el sentido que toda la gente es libre de perseguir sus deseos individuales y de participar en actividades colectivas siempre y cuando cumpla con sus deberes de ciudadano.

“El respeto a sus religiones, tradiciones y culturas requiere cambios importantes en las leyes nacionales, así como la posibilidad de que una parte amplia del territorio nacional permanezca, en el futuro inmediato. Esto no significa que los pueblos indígenas estén firmemente opuestos a la industrialización o al uso comercial de los recursos naturales; sin embargo, si tienen la oportunidad, seguramente serán muy cautos en cuanto a los cambios ecológicos y darán mayor importancia a la continuidad ecológica y cultural”.¹⁰

¹⁰ Villoro, Luís. **Derechos humanos, derechos de los pueblos**. Pág. 87.

Es decir que, de acuerdo con los pueblos indígenas, el modelo occidental de Estado exige que cada ciudadano sea exactamente igual ante la ley, por lo que la libertad individual se garantiza proporcionando el derecho de que nadie puede ser forzado a pertenecer o a seguir siendo miembro de un grupo en particular, situación en donde los pueblos indígenas tienden a ser muy diferentes con respecto a sus vecinos, para quienes cualquier cambio en el equilibrio en la naturaleza tiene un significado cultural y religioso.

Como se aprecia, los derechos de identidad que reclaman los pueblos indígenas tienen que ver básicamente con la autonomía, con el uso y el control de un territorio y con la participación como un grupo bien definido en los procesos políticos regionales y nacionales; de ahí que estos derechos normalmente se ejercen por medio de instituciones colectivas, tales como los gobiernos locales y los líderes seleccionados localmente. Estos derechos no tienen sentido práctico a menos que los pueblos indígenas tengan la libertad para establecer y mantener instituciones diseñadas por ellos mismos para su ejercicio.

2.3. Autonomía e integración

Luego de décadas de lucha, los pueblos indígenas han logrado reconocimiento limitado de su derecho de disfrutar tanto de igualdad como ciudadanos, incluyendo derechos que van más allá de lo que otros ciudadanos pueden legítimamente exigir, puesto que se les considera iguales legamente, pero con derechos específicos relacionados con actividades culturales, así como aspectos relacionados con la administración territorial

de las zonas en las cuales están asentados, lo cual se debe a que se les autorice legalmente niveles de autonomía de esos territorios.

Luego de la Declaración del Decenio de los Pueblos Indígenas por parte de la Organización de las Naciones Unidas, los pueblos indígenas han tenido un ambiente internacional menos desfavorable para afirmar su autonomía, a partir de lo cual la mayoría de los gobiernos ha aceptado el derecho derivado de autogobierno interno, especialmente porque existe la suposición de que como los pueblos indígenas están concentrados en sectores o zonas muy pequeñas, el control de sus asuntos internos no será inconveniente para el resto del país en donde se le otorgue dicho autogobierno, a partir de la existencia de las reservas indígenas en los Estados Unidos de América.

Asimismo, se ha avanzado internacionalmente en la idea de que los pueblos indígenas pueden desarrollar un trabajo más efectivo para resolver por sí mismos sus problemas económicos y sociales, siempre y cuando se les faciliten los recursos adecuados y la libertad para desarrollar sus propios métodos, lo cual se ha consolidado a partir de que un gran número de países ha experimentado la autonomía de los pueblos indígenas, y los resultados, casi en general, han sido evaluados como positivos.

De allí que en la actualidad no se considera como principal dificultad la idea de autonomía, sino la integración de las instituciones autónomas locales dentro de las estructuras legales del Estado como tal; es decir, muchos gobiernos estarán satisfechos porque los pueblos indígenas están de acuerdo en administrar sus propios asuntos, dentro de sus territorios, aunque estos sean pequeños, siempre y cuando esos espacios



autónomos permanezcan sujetos a la jurisdicción y a la autoridad nacionales, lo cual es la esencia del significado de la autonomía, puesto que su existencia no cuestiona la realidad de un poder nacional dentro del cual se ejerce lo local.

En el caso de los pueblos indígenas, muchos de ellos han aceptado establecer una alianza entre las estructuras de poder local con la jurisdicción y competencia nacional, pero demandan que su participación sea efectiva, lo cual va más allá del derecho al voto como ciudadanos, sino que también debe incluir acuerdos que garanticen que sus diferentes voces serán escuchadas en todos los niveles de gobierno, aunque constituyen una porción minoritaria del total de la población nacional.

Es decir que, se trata de compartir la autoridad dentro de los territorios de los pueblos indígenas y no entrar a discutir que se comparta la responsabilidad de gobernar a todo el país, especialmente en aquellos países en donde ha habido un largo antecedente de racismo, intolerancia o marginación hacia los pueblos indígenas, porque en estos se produce una fuerte oposición a darles una voz determinante en la toma de decisiones que afecten a sus vecinos no indígenas.

Los gobiernos han basado sus decisiones de compartir la autoridad dentro de los territorios de los pueblos indígenas en que a través de esta medida se garantiza el respeto a la autonomía local de los pueblos indígenas, lo cual está regulado en los tratados internacionales que han sido ratificados por los estados; asimismo, establecen que, en la medida en la cual se produzca la relación entre autoridades indígenas con las autoridades nacionales, las fricciones pueden reducirse.



Sin embargo, lo que la mayoría de los pueblos indígenas busca y que la Organización de las Naciones Unidas hasta ahora ha apoyado, es una combinación de autonomía y de integración política, en donde estas comunidades deben tener el derecho de participar efectivamente en todos los niveles de decisión estatal que afecten su destino, así como gozar de un amplio control sobre sus asuntos internos y compartir de forma equitativa el poder en cuanto a la política nacional.

2.4. Aspectos colectivos e individuales

De igual manera, se considera otro derecho humano de los pueblos indígenas la protección y en el ejercicio de sus derechos tanto colectivos como individuales, tal es el caso del derecho de igualdad, que es de especial importancia para las autoridades indígenas. Bien puede decirse, entonces, que los pueblos indígenas tienden a exigir igualdad legal como individuos, pero ejercen su identidad como grupos.

“Los pueblos indígenas reivindican negociar su condición jurídica dentro del Estado como garantía de sus derechos. Es este aspecto de la legislación emergente de los derechos indígenas y no el concepto complejo pero común de autonomía dentro de los estados lo que distingue la autodeterminación de los pueblos indígenas de la histórica protección de las minorías, por eso la importancia de los derechos procedimentales y de tener una voz es que estos pueblos han estado directamente involucrados en las normas de desarrollo dentro del sistema de las Naciones Unidas”.¹¹

¹¹ *Ibíd.* Pág. 88.

Es decir que, para los pueblos indígenas, la participación colectiva en la toma de decisiones es una garantía del ejercicio libre y auténtico de sus derechos sustantivos, porque tienen poca confianza en que otros interpreten y apliquen sus derechos fundamentales, debido a que las filosofías tradicionales de los pueblos indígenas equiparan las relaciones políticas con las relaciones sociales, por lo que son muy sensibles a cualquier cuestión de participación y de categoría.

2.5. El derecho de los pueblos indígenas como derecho a la pertenencia

Los pueblos indígenas se basan en el derecho que tiene todo individuo a no considerarse como un ente abstracto, a que sea respetado su derecho a pertenecer a una comunidad cultural en la cual encuentra la orientación para realizar su identidad personal y para elegir su plan de vida, que incluye el respeto al conjunto de fines y de valores heredados que están inmersos en su cultura, desde su idioma hasta sus instituciones sociales.

En otras palabras, si no hay ese respeto, el individuo no puede realizarse ni llegar a su identidad propia, porque si no lo construye él, el plan de vida se le impondrá desde un tercero, por lo cual le será ajeno, situación que afecta las condiciones para realizarlo como sujeto libre, pues viene de los intereses de otros y no de él como persona.

Como se aprecia, el derecho de los pueblos indígenas a la pertenencia es de carácter colectivo, no porque se oponga a los derechos individuales sino porque es una condición para la realización plena la libertad, la facultad de elegirse a sí mismo y de

elegir su propio plan de vida, por lo que la exigencia de que exista una normatividad del derecho de los pueblos a la autodeterminación, se puede implementar sólo cuando hay una conciencia de que el no respeto a este derecho daña los otros derechos, pues el derecho de los pueblos indígenas a la pertenencia, al igual que sus otros derechos, sólo es legítimo, si es condición de los derechos individuales y no va en contra de ellos.

“Autodeterminación quiere decir tener el derecho de autogobierno. Este se puede ejercer queriendo ser un Estado soberano, pero también se puede ejercer diciendo yo acepto formar parte de un Estado multinacional, me atengo, por lo tanto, a sus leyes fundamentales; sin embargo, soy un pueblo que me autodetermino, por lo tanto, quiero autonomía. Esta es la base jurídica de la autonomía que piden los pueblos indígenas porque, como tendencia, ningún pueblo indígena quiere segregarse del Estado, si se respeta su libertad y su derecho a la autodeterminación”.¹²

Aunque es una reivindicación de los pueblos indígenas la autodeterminación, la misma se fundamenta en que debe ser una decisión personal el de participar en ese pueblo y de considerarse a sí mismo como miembro de ese pueblo, con todos los derechos, pero también con todas las obligaciones que imponga ese pueblo, lo cual significaría el surgimiento de una nueva legislación dentro de un Estado multicultural, que evitara el peligro de la disgregación, a partir de establecerse que los derechos de los pueblos no pueden contradecir los derechos individuales promulgados por la Constitución Política, porque estos últimos son condición de aquéllos.

¹² *Ibíd.* Pág. 89.



El establecimiento del nuevo orden jurídico en un Estado multicultural debe implicar también la creación de normativas orientadas a la resolución de conflictos no sólo entre pueblos sino también entre los derechos de los pueblos y los derechos del Estado o los derechos individuales producto del paso de un Estado homogéneo a uno multicultural.

2.6. Respaldo internacional a los derechos humanos de los pueblos indígenas

Para comenzar, se encuentra la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual es un instrumento internacional que aborda de manera transversal la consagración de una serie de derechos que asisten a los pueblos originarios, por lo cual se encuentra la protección de los pueblos indígenas contra la discriminación y el genocidio, la conservación de sus tradiciones territoriales y culturales, el reconocimiento del derecho a la autodeterminación, el acceso seguro a las tierras y recursos esenciales para su supervivencia y bienestar.

Si bien es cierto que las declaraciones no son vinculantes para los estados, la jurisprudencia internacional y la doctrina, coinciden en que ellas deben ser respetadas por los estados, en cuanto reflejo de la costumbre internacional y, eventualmente, como normas interpretativas de tratados internacionales vigentes y ratificados por los países, lo cual permite que sea una fuente de la legislación a favor de los pueblos indígenas.

Esta Declaración de la Organización de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, eliminó la laguna legal existente en el orden jurídico internacional en relación a estos pueblos, siendo su contenido redactado por un grupo de trabajo de

la antigua Comisión de Derechos Humanos de esa Organización, con la participación de representantes de pueblos indígenas a lo largo de todo el mundo, adoptándose la misma en el primer período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos en junio de 2006, por treinta votos a favor, dos en contra y once abstenciones.

Un tema en extremo complejo para los estados lo constituyó el derecho de los pueblos indígenas a la restitución de tierras, lo cual fue regulado en el Artículo 27 de la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en donde se estableció que los pueblos indígenas tienen derecho a la restitución de las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que les hayan sido confiscados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento expresado con libertad y pleno conocimiento.

De igual manera, se reguló en esa Declaración de la Organización de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que, cuando la restitución de las tierras no sea posible, tendrán derecho a una indemnización justa y equitativa, salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual cantidad, extensión y condición jurídica, que les permitan tener las condiciones materiales para la conservación de su cultura, sus valores humanos y sus tradiciones.

Asimismo, en el Artículo 12 de la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se estableció que los pueblos

indígenas tenían derecho a la restitución de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que habían sido privados sin que hubieran consentido libremente y con pleno conocimiento o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

La toma de conciencia sobre este hecho se refleja en las decisiones de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la Cumbre de la Tierra, efectuada en 1992 en Río de Janeiro, cuyo documento final hace referencia al papel de los pueblos indígenas como socios en el manejo de los recursos naturales; asimismo hace un reconocimiento al derecho de los pueblos indígenas a ser protegidos de actividades que signifiquen un riesgo para el medio ambiente o de aquellas que los propios pueblos indígenas consideren culturalmente inadecuadas, lo cual constituyó un apoyo a la demanda de los pueblos indígenas de determinar el uso de sus territorios tradicionales.

De igual manera, el Artículo 7 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1989, sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, garantiza a los pueblos indígenas el derecho a controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo y el desarrollo de las tierras que tradicionalmente ocupan o utilizan; de igual manera, los Artículos 5 y 17 del Convenio 169, reconocen el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus propios sistemas e instituciones jurídicas y de tenencia de la tierra.

Por aparte, los Artículos 4 y 6 del Convenio 169 piden a los estados parte tratar de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas antes de tomar cualquier medida

que vaya a afectarlos directamente o que pudiera darles un trato diferencial con relación al resto de los ciudadanos; en esa misma línea, los Artículos 2 y 3 del mismo Convenio, garantizan el derecho de los pueblos indígenas a disfrutar de los mismos derechos y privilegios que otros ciudadanos, así como a exigir total igualdad ante la ley y su derecho a ejercer el nivel de autonomía y autodeterminación que ellos elijan.

“Por lo menos desde la década de los 70, hay un consenso mundial de que los Artículos 1º y 55 de la Carta de las Naciones Unidas establece el compromiso de la comunidad internacional de cooperar en la protección de los derechos humanos en todos los países. El verdadero problema no radica en si los individuos de los pueblos indígenas siguen gozando de la protección de las leyes internacionales de derechos humanos, sino en quién interpreta y aplica estas normas”.¹³

Debe entenderse que es preocupante que los gobiernos nacionales pueden abusar de su responsabilidad de proteger a los individuos, valiéndose de supuestas controversias de derechos humanos para presionar y acosar a los órganos de gobierno locales legítimos, porque los reclamos de los pueblos son de naturaleza procedimental más que sustantiva, a partir de lo cual, con la finalidad de garantizar sus derechos, los pueblos indígenas buscan alcanzar una fuerte posición tanto para poder participar directamente en la toma de decisiones ante los estados, así como ante los órganos de las Naciones Unidas, lo cual les ha permitido tener acceso sin restricciones al Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de esa Organización internacional.

¹³ Zolla Luque, Carlos. **Derechos humanos de los pueblos indígenas y naciones unidas**. Pág. 50.

De igual manera, la lucha de los pueblos indígenas les ha permitido participar en conferencias internacionales y en los trabajos de la Comisión sobre Desarrollo Sostenible; sin embargo, los avances más importantes en materia de procedimientos han ocurrido en el nivel técnico, por ejemplo en las reuniones de expertos que la Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos organiza para analizar los derechos de los pueblos indígenas, en donde los representantes de los pueblos indígenas y de los gobiernos colaboran con igualdad y las decisiones son tomadas por consenso.

De igual manera, una de las recomendaciones más importantes de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos realizada en 1993, fue el establecimiento de un foro permanente para los pueblos indígenas dentro del sistema de las Naciones Unidas; la Asamblea General apoyó esta recomendación en la Resolución 48/163 y actualmente la Comisión de Derechos Humanos, con la asesoría del Grupo de Trabajo, estudia la forma de llevarla a la práctica, aspecto que ha permitido mejores condiciones internacionales en la lucha de los pueblos indígenas para que se reconozca y respete su derechos humanos.

CAPÍTULO III

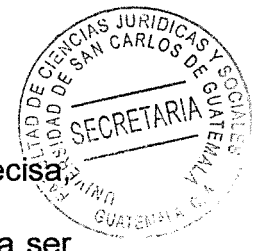
3. Consentimiento previo, libre e informado, derecho de los pueblos indígenas

Todas las personas tienen derecho a la libre determinación, lo cual es un principio fundamental reconocido en la Carta de las Naciones Unidas, en el Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos y en el Pacto internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, en donde el consentimiento libre, previo e informado son parte integrante de ese derecho.

3.1. Características del consentimiento previo, libre e informado

El consentimiento libre, previo e informado es un derecho específico que pertenece a los pueblos indígenas y está reconocido en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, lo cual les permite otorgar o negar el consentimiento a un proyecto que pueda afectarles a ellos o a sus territorios y, de igual manera, una vez que se ha dado el consentimiento, pueden retirarlo en cualquier momento.

“Todos los elementos del consentimiento libre, previo e informado están interrelacionados, y no deben ser contemplados de forma aislada. Los tres primeros elementos libre, previo e informado cualifican y establecen las condiciones para un consentimiento como un proceso de toma de decisiones. En pocas palabras, el consentimiento debe ser buscado antes de que cualquier proyecto, plan o acción tenga



lugar, debe valorarse de forma independiente y estar basado en información precisa, puntual y suficiente, facilitada de forma culturalmente adecuada, para que pueda ser considerado resultado de un proceso colectivo de toma de decisiones”.¹⁴

El concepto libre hace referencia a un consentimiento otorgado libremente y sin coacción, intimidación o manipulación; también hace referencia a un proceso que es autodirigido por la comunidad entre la que se busca el consentimiento y libre de coacción, expectativas o plazos marcados externamente, porque los titulares de derechos debieran determinar el proceso, el plazo y la estructura de toma de decisiones a partir de que la información les sea ofrecida de forma transparente y objetiva a petición de los titulares de derechos.

De igual manera, este proceso informativo debe producirse sin coacción, influencia, condicionamientos, sobornos o recompensaciones, debiéndose tener lugar los encuentros y las decisiones en localizaciones, horarios, idiomas y formatos determinados por los titulares de derechos, en donde todos los miembros de la comunidad debieran ser libres de participar, sin distinción de género, edad o posición.

Al señalarse que debes ser previo, significa que el consentimiento es recabado con anticipación, antes de cualquier autorización o inicio de actividades, sino en las fases iniciales de un plan de desarrollo o inversiones, por lo que se debe destacar que tiene que proveerse con tiempo para que las comunidades étnicas accedan, entiendan y

¹⁴ Blohm, María Cristina. **Consentimiento libre, previo e informado**. Pág. 22.

analicen la información de la actividad propuesta, por lo que la cantidad de tiempo requerida dependerá de la toma de decisiones de los titulares de derechos.

El plazo de toma de decisiones establecido por los titulares del derecho debe ser respetado, ya que refleja el tiempo necesario para entender, analizar y evaluar las actividades en cuestión según sus propias costumbres, por lo que deben ser informados sobre la naturaleza del compromiso, el tipo de información que debe ser facilitada antes de recabar el consentimiento, como parte del proceso de consentimiento que se está produciendo, para lo cual la información debe ser accesible, clara, consistente, precisa y transparente, facilitada en el idioma o idiomas locales, en un formato culturalmente adecuado, lo cual incluye la radio, los medios tradicionales o locales, vídeo, gráficas, documentales, fotos, presentaciones orales o nuevos medios.

“Concretamente, el consentimiento es una decisión libremente otorgada que puede ser un sí, un no o un sí con condiciones, incluyendo la opción de ser reconsiderado si las actividades propuestas cambian o surge nueva información relevante para las actividades propuestas”.¹⁵

Esta información también debe ser objetiva, para lo cual debe explicar los aspectos positivos como los negativos de las actividades propuestas y las consecuencias de otorgar o retirar el consentimiento, por lo que también debe incluirse un análisis preliminar de los posibles impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, así

¹⁵ *Ibíd.* Pág. 23.

como los potenciales riesgos y beneficios, ante lo cual se debe incluir la naturaleza, la dimensión, el ritmo, la duración, la reversibilidad y el alcance de cualquier proyecto propuesto, su objetivo y la localización de las áreas que se verán afectadas.

Es de tener en cuenta que el consentimiento hace referencia a la decisión colectiva tomada por los titulares de derechos y alcanzada mediante procesos de toma de decisiones consuetudinarios de las poblaciones o comunidades indígenas afectadas, por lo que este debe ser buscado y garantizado o denegado de acuerdo con las dinámicas políticas administrativas formales o informales de cada comunidad particular, garantizando la participación de representantes de las todas las comunidades involucradas.

3.2. Plazo en que debe darse el consentimiento libre, previo e informado

El consentimiento libre, previo e informado es necesario antes de que se apruebe un proyecto que pudiesen afectar a las tierras, territorios y recursos que los pueblos indígenas poseen consuetudinariamente, ocupan o utilizan de acuerdo con sus derechos colectivos a su libre determinación y a sus tierras, territorios y sus recursos naturales.

Los implementadores del proyecto deberían tener en cuenta también a las comunidades locales que habitan en aldeas y caseríos, que en muchos casos habitan estas zonas junto a los pueblos indígenas; en algunos casos los responsables de los proyectos se encontrarán con que las instituciones estatales no reconocen el consentimiento libre,

previo e informado, por lo que si esto sucede es importante implicar a las autoridades en el proceso y hacerles ver los beneficios que comporta, a la vez que se hace referencia al marco legal internacional y a su eventual reconocimiento por haber sido ratificado por el Estado.

“Las actividades de desarrollo pueden ser implementadas sobre la base de las necesidades y las prioridades de los pueblos indígenas y estar alineadas con sus derechos, lo que de por sí representa un beneficio incomparable para todas las partes interesadas implicadas en cualquier intervención de proyecto. La participación inclusiva en todas las fases de un proyecto ayuda a mantener el consentimiento, minimiza los riesgos, como disputas y otras formas de conflicto, el daño a los pueblos indígenas y sus territorios o incluso a la reputación de la organización implementadora, permite la construcción de una relación basada en la confianza”.¹⁶

Como se aprecia, el consentimiento libre, previo e informado como parte de los marcos legislativos internacionales garantiza el derecho legítimo de pueblos y comunidades de conocer, participar y decidir sobre aquello que, como resultado de una intervención externa, pudiera alterar sus formas tradicionales de vida y subsistencia, por lo que el diseño de políticas públicas y códigos corporativos debiera enfrentar la búsqueda progresiva de la participación parcial de la comunidad en procesos informativos sobre los planes, proyectos o políticas que generarán dichos impactos, así como la consulta previa a los pueblos indígenas.

¹⁶ **Ibíd.** Pág. 24.

Especial desafío conlleva encontrar mecanismos y procedimientos que vuelvan factible la participación activa, el involucramiento continuo y el respeto irrestricto al pronunciamiento de los pueblos sobre las actividades de terceros en sus comunidades, pero que a su vez procuren la gobernabilidad de los proyectos y propicien relaciones beneficiosas para el Estado y las compañías, para lo cual la legislación internacional resulta clave para legitimar el reconocimiento de los derechos atribuibles a todos los pueblos indígenas.

3.3. Consentimiento previo, libre e informado y pueblos indígenas

El consentimiento libre, previo e informado es el derecho humano colectivo de los pueblos indígenas de otorgar o no su consentimiento antes del inicio de cualquier actividad que pueda afectar sus derechos, tierras, recursos, territorios, medios de vida y seguridad alimentaria; este derecho se ejerce a través de los representantes que ellos elijen de forma congruente con sus propias costumbres, valores y normas, puesto que este derecho existe para promover, proteger y salvaguardar la vivencia plena y ejercicio de muchos derechos fundamentales, incluidos los derechos a la propiedad, la cultura, y la autodeterminación.

El consentimiento libre, previo e informado y las condiciones mutuamente acordadas están reconocidos en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Protocolo de Nagoya y otros instrumentos internacionales a partir de lo cual, los países tienen la obligación de desarrollar medidas internas, tanto administrativas, como legales o regulatorias, que viabilicen su aplicación, por lo que no existe ningún argumento legal que les permita

obviar su cumplimiento de acuerdo al espíritu de estos instrumentos internacionales orientados a promover la igualdad de los pueblos indígenas en relación a las decisiones que deben tomar en torno a sus derechos sobre el entorno biológico.

En el contexto del Convenio sobre la Diversidad Biológica y del Protocolo de Nagoya, el consentimiento libre, previo e informado puede entenderse como la voluntad formalmente expresada en un documento por la entidad pública, autoridad de la comunidad indígena local o propietario privado que autoriza o deniega a un solicitante o usuario acceder, utilizar o aprovechar la biodiversidad y sus componentes, así como los conocimientos tradicionales asociados, sobre la base de información suministrada previamente y de acuerdo con los derechos reconocidos de cada uno, porque de no hacerlo se violenta el derecho a su determinación.

“En el caso de las condiciones mutuamente acordadas, éstas se definen como el acuerdo de voluntades, expresado en un contrato, convenio o acuerdo, en el que se reflejan las condiciones de acceso y utilización de los recursos o conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, y la distribución justa y equitativa de beneficios. En ese sentido, proyectos de investigación etnobotánica o la utilización de componentes activos en actividades de bioprospección, requieren de un acuerdo o contrato en el cual se definan estas condiciones entre el proveedor de los recursos genéticos, derivados y/o los conocimientos tradicionales asociados de ser el caso y un usuario de los mismos”.¹⁷

¹⁷ Varela, Rodrigo. **Pueblos indígenas y bioprospección**. Pág. 42.

Es de tener en cuenta que el mencionado Protocolo de Nagoya, generado como instrumento específico para precisar algunos de los lineamientos y obligaciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica, se refiere al acceso y utilización de recursos genéticos, sus derivados y a los conocimientos tradicionales asociados, así como a la distribución de beneficios derivados de su utilización, por lo que el mismo define la utilización como la realización de actividades de investigación y desarrollo sobre la composición genética o bioquímica de los recursos genéticos, incluyendo mediante la aplicación de la biotecnología a esta composición o a sus derivados.

Es por eso que, para acceder y utilizar estos recursos, sus derivados y a los conocimientos tradicionales asociados a los pueblos indígenas, se requiere cumplir con varias condiciones esenciales reconocidos en el Protocolo de Nagoya, por lo que se le considera como una importante aportación a los derechos de comunidades indígenas y locales en relación a la conservación de la biodiversidad, la protección de sus recursos biológicos, los conocimientos tradicionales asociados y la distribución justa y equitativa de beneficios, para lo cual, se debe contar con el consentimiento libre, previo e informado de los representantes de los pueblos indígenas.

Aunque el Protocolo de Nagoya no se refiere de manera extensiva a los mecanismos que permitirían llevar a cabo e institucionalizar el proceso de consentimiento libre, previo e informado, sus marcos referenciales han inspirado y constituido la base sobre la cual se han desarrollado cuerpos normativos nacionales, así como instrumentos normativos que han servido de plataforma para apuntalar iniciativas privadas interesantes que,



desde la mirada corporativa, se han propuesto objetivos vinculados con el mejoramiento de las comunidades y con la consecución de modelos de desarrollo sostenible.

Sin embargo, el principal instrumento de legislación en materia de consentimiento libre, previo e informado es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, conocida como OIT, relativo a los Pueblos Indígenas y Tribales, el cual, en su Artículo 6, numeral 1), literal a) establece que al aplicar las disposiciones de ese Convenio se deberá consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

De igual manera, en el numeral 2) del Artículo 6 del mismo Convenio 169, se establece que las consultas llevadas a cabo en la aplicación de ese 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, por lo que no debe utilizarse ninguna acción que vaya en contra de este principio.

En lo que se refiere al derecho de decidir sobre sus modalidades de desarrollo, el numeral 1) del Artículo 7 del Convenio 169 en mención, estipula que 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, así como las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera y a controlar, en la medida de lo posible y dentro del marco legal, su propio desarrollo económico, social y cultural.

Por su parte, el Artículo 15 del 169 de marras relativo a los Pueblos Indígenas y Tribales, reconoce el derecho de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales que yacen sobre sus territorios, para lo cual el numeral 1) de dicho Artículo establece que los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse, teniendo en cuenta el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

Además, el numeral 2) del mismo Artículo 15 del Convenio 169 en análisis, prevé que 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 partir de que los mismos habitan las áreas en donde se pretende llevar a cabo los proyectos objeto de la consulta.

Esta consulta a los pueblos indígenas y a las comunidades que viven en los territorios donde se llevará a cabo el proyecto, tiene como finalidad 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, para lo cual estos pueblos 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 todas estas disposiciones consagradas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo u OIT, relativo a los Pueblos Indígenas y Tribales y en muchas

otras iniciativas de alcance supranacional, como las referidas en el Convenio de Diversidad Biológica o las sugeridas por la Comisión Mundial de Represas, se desprenden una serie de principios sin los cuales el proceso de consulta y consentimiento no podría realizarse con legitimidad, puesto que todos estos instrumentos legales reconocen la necesidad de que la consulta o el consentimiento se den en condiciones de libertad, información y oportunidad.

En la práctica, estos principios pueden verse reflejados en el cumplimiento de ciertos requisitos que, en última instancia, propician relaciones más justas entre las partes; por lo que, una adecuada aplicación del consentimiento libre, previo e informado depende de un entorno en el que se garantice; es decir, debe partirse de la buena fe de las partes para el desarrollo de los procesos encaminados a conseguir el consentimiento de la comunidad, para lo cual sus representantes deben encontrarse libres de prácticas coercitivas o de manipulación, por lo que deben basarse en procedimientos verdaderos, justos y lícitos.

Asimismo, los procesos encaminados a conseguir el consentimiento de la comunidad deben reconocerla como un actor decisivo a la hora de llevar adelante cualquier plan, proyecto o política que pudiera afectar cualquiera de sus formas de vida; ante lo cual, se debe promover la participación y reconocer sus posturas y decisiones autónomas a lo largo de todas las fases, procurando institucionalizar los medios a través de los que se expresan estas posturas; asimismo, estos procesos deben garantizar que cada uno de los miembros potencialmente afectados se involucre, participe y ejerza su derecho que la ley le otorga.

“Los procesos encaminados a conseguir el consentimiento de la comunidad deben respetar y alinearse con los sistemas de representatividad, gobernabilidad y toma de decisiones que caractericen la forma de organización de la comunidad, para lo cual debe haber un reconocimiento Intercultural, puesto que los procesos encaminados a conseguir el consentimiento de la comunidad deben considerar distintas lógicas de relación, comunicación, asimilación e interpretación cultural”.¹⁸

La información empleada para promover el consentimiento libre, previo e informado deberá transmitirse en su idioma y bajo sus propios códigos y protocolos, evitando en lo posible las asimetrías, para lo cual debe asegurarse que los miembros de estos pueblos se encuentren en capacidad de acceder, analizar y debatir todos los aspectos relacionados con el plan, proyecto o política en cuestión, para lo cual debe garantizarse la presencia del Estado, como facilitador del diálogo, promotor del fortalecimiento de capacidades y legitimador de los acuerdos, así como a involucrar a actores sociales.

“Los procesos encaminados a conseguir el consentimiento de la comunidad deben ser planificados considerando plazos y tiempos adecuados a la posibilidad de que los miembros sean informados, entiendan y tomen postura frente a todas las implicaciones del plan/proyecto/política, por lo que para conseguir el consentimiento de la comunidad deben sustentarse en propuestas que se formulen en relación a los verdaderos impactos asociados a la implementación del plan, proyecto o política, por lo que la socialización de la propuesta deberá transparentar la magnitud de los beneficios y los

¹⁸ *Ibíd.* Pág. 43.

impactos para fijar planes de compensación, indemnización o reasentamiento acordes a los mismos”.¹⁹

Es por eso de que los procesos encaminados a conseguir el consentimiento de la comunidad deben verse expresados y refrendados en compromisos o convenios con reconocimiento y validez legal, estar sujetos a monitoreos permanentes y a eventuales revisiones o ratificaciones, así como afianzarse a lo largo del tiempo, procurando relaciones permanentes entre las partes y permitiendo la participación, monitoreo e incidencia de la comunidad en las diferentes etapas del proyecto.

Estas posturas sobre la obtención del consentimiento libre, previo e informado se deben a que las diversas experiencias sobre la forma en la que se han conseguido logros a este respecto sugieren que, para promulgar políticas y reglamentos efectivos, coherentes y precisos, que permitan volver adecuadamente operativos los procesos, debe tenerse en cuenta que las medidas administrativas y las metodologías deberían continuar utilizándose para crear una cultura de respeto y comprensión entre pueblos indígenas y los estados.

Asimismo, resulta fundamental comprender que el consentimiento, libre, previo e informado es un proceso, como un resultado, puesto que conlleva una serie de intercambios de información, consultas, deliberaciones internas y pasos de negociación realizados para buscar consentimiento de los pueblos afectados para realizar un

¹⁹ *Ibíd.* Pág. 44.

conjunto dado de actividades, aunque se pueda producir un consentimiento no calificado o con condiciones para las actividades propuestas, así como una ausencia de consentimiento.

3.4. Fundamento internacional del consentimiento previo, libre e informado

Los documentos normativos claves en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas son el Convenio número 169 de la OIT Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007, puesto que los mismos se regulan los derechos a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado; asimismo, se establecen los contextos en los que tienen que aplicarse, pues aun cuando la consulta está establecida en este Convenio número 169, el consentimiento libre, previó e informado se concreta mayormente a través de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas.

Por un lado, el Convenio número 169 en mención, establece el derecho los pueblos indígenas a ser consultados de a través de los Artículos 6 1 a. relativo al deber de consulta a los pueblos indígenas cuando se adopten medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles; el Artículo 6.2 orientado a que la consulta debe ser de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias, con finalidad de llegar a acuerdo o lograr consentimiento; de igual manera, el Artículo 7 del mismo Convenio 169, establece el derecho a decidir prioridades del desarrollo, y participar en formulación y aplicación de planes de desarrollo.

Por aparte, el Artículo 15.2 establece la consulta obligatoria antes de emprender actividad de exploración o explotación de minerales u otros recursos naturales que se encuentren en las tierras de los pueblos indígenas o tribales, garantizando su participación en los beneficios económicos que se obtengan, así como la indemnización por los daños que se les cause en la implementación y explotación del proyecto económico dado.

Por su parte la Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas también recoge ampliamente la obligación de los estados de consultar con los pueblos indígenas, pero introduce de manera destacada el derecho de los pueblos indígenas a que se obtenga su consentimiento libre, previo e informado cuando los estados adopten decisiones que les afectan en relación con su traslado desde sus tierras y territorios, la explotación de sus tierras, territorios y recursos naturales o la aprobación de proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente aquellos relacionados con el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo, tal como lo regula el Artículo 32.2 de esta Convención.

Además de los diferentes marcos normativos, existe una jurisprudencia muy interesante sobre la consulta previa y el consentimiento libre previo e informado, que se ha ido creando a partir de diferentes mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, entre las que se encuentran las de la Organización Internacional del Trabajo, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del Relator Especial sobre los Derechos Humanos y Libertades

Fundamentales de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, lo cual permite la existencia de suficientes elementos jurídicos para ser aplicados.

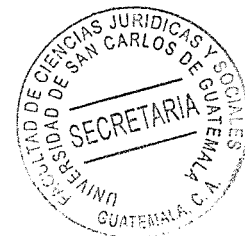
En relación a la OIT se puede destacar las observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en los casos de Bolivia y Paraguay, en donde, extrapolando las argumentaciones más importantes sobre el derecho de consulta se puede decir que la consulta previa debe darse respecto de cualquier tipo de actividad, que pudiera realizarse en territorio indígena; asimismo, se establece que la consulta es obligatoria cuando el Estado prevé realizar actividades en tierras o territorios indígenas incluso no titulados, debiéndose dar la consulta antes de cualquier acto administrativo de autorización de cualquier actividad de exploración y explotación.

De igual manera, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, establece que la consulta previa debe ser hecha necesariamente por el Estado, a partir que la consulta constituye un proceso y no un acto informativo, con un tipo de procedimiento y con la finalidad de llegar a un acuerdo con los pueblos afectado, puesto que la misma debe generar el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común.

La relevancia que la OIT otorga al derecho de consulta previa de los pueblos indígenas ha generado la realización de una Observación General sobre el Convenio número 169, de que introduce referencias importantes al derecho de consulta previa, a partir de lo

cual se debe establecer la importancia que tiene garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a decidir sus prioridades de desarrollo a través de consultas significativas y eficaces y la participación de esos pueblos en todas las etapas del proceso de desarrollo, especialmente cuando se debaten y deciden los modelos y prioridades de desarrollo.

Es por eso que debe tenerse claro que para garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y tribales, debe incluirse disposiciones en la legislación que establezcan la consulta previa como parte del proceso en el que se determina si se otorgarán concesiones para la exploración y explotación de recursos naturales, en donde la forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta deben de permitir la plena expresión de las opiniones de los pueblos interesados, con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento de las cuestiones planteadas.



CAPÍTULO IV

4. Consentimiento previo, libre e informado en los casos de bioprospección como derecho humano de los pueblos indígenas de Guatemala

Guatemala es un país pluricultural, multilingüe y multiétnico, con un 41% de la población conformada por pueblos indígenas, siendo ellos el pueblo maya, el garífuna y el xinka, legalmente reconocidos y de este porcentaje la mitad son mujeres, ubicándose geográficamente en los departamentos donde los porcentajes de pobreza y pobreza extrema tienen los más altos niveles, lo cual significa que las mujeres mayas, garífunas y xinkas son quienes sufren la pobreza y pobreza extrema, la discriminación, la invisibilización y la explotación.

4.1. Los pueblos indígenas en Guatemala

Guatemala es un país multicultural, pluriétnico y multilingüe, tal y como lo reflejan sus datos estadísticos, en donde los indígenas son de descendencia maya, hablan veintiún idiomas mayas, uno garífuna y uno xinca; llevando a cabo su reproducción social en un modelo económico con alta concentración de las fuentes de riqueza.

Esta concentración de la riqueza ha determinado una realidad altamente excluyente, sustentado en la discriminación socioeconómica de estos grupos étnicos, así como en su marginación de hecho de amplios aspectos de la vida nacional, por lo que a pesar de su importancia histórica, la sociedad guatemalteca los ha marginado de los espacios

de decisión cultural, económica, política y social, teniendo que luchar constantemente para su reconocimiento y respeto como pueblos indígenas; asimismo, desde el punto de vista cultural, se tiene a Guatemala como un país integrado por 24 comunidades lingüísticas sin contar al castellano.

“Estas comunidades lingüísticas están integradas por el idioma xinca, garífuna y 22 de origen maya, los cuales son: Achi’ Akateko, Awakateko, Chalchiteko, Chuj, Ch’orti’, Itza, Ixil, Jakalteko-Popti’, Kaqchikel, K’iche’, Mam, Mopan, Poqomam, Poqomchi’, Q’anjob’al, Q’eqchi’, Sakapulteko, Sipakapense, Tektiteko, Tzutujil, Uspanteko. Por lo que, Guatemala no solamente es un país diverso al hablar de flora y fauna, sino también en cuanto a su diversidad cultural”.²⁰

Es importante establecer que la población indígena ha tenido una mayor tasa de crecimiento interanual comparada con la población no indígena, lo cual significa que sigue creciente su número y por lo tanto su importancia porcentual en relación al total de la población guatemalteca; aunque comparado entre los pueblos indígenas, se encuentra que es el pueblo Q’echi’ el que registra mayor crecimiento en términos absolutos, mientras que el pueblo Uspanteko fue el único que registró una disminución de su población.

En el caso del pueblo Xinca, el mismo tuvo un importante crecimiento numérico, posiblemente debido a un mayor sentido de pertenencia, puesto que, en los últimos

²⁰ Barrios, Lina. **Los cuatro pueblos de Guatemala**. Pág. 7.

cinco años, la autoidentificación Xinca pasó de 14 mil a 224 mil personas, lo cual es un importante incremento autoidentificativo, puesto que eso significa que, en lugar de disminuir la adscripción a los pueblos indígenas, este dato sobre los xincas, evidencia que se ha producido un mayor sentido de identidad hacia sus raíces étnicas.

También debe evidenciarse que la población de los pueblos indígenas que ha migrado a las ciudades o áreas urbanas ha aumentado; sin embargo, es de hacer notar que todavía sigue siendo mayoría la población indígena rural; asimismo, el mayor porcentaje de personas migrantes hacia fuera del país es de población joven de los pueblos indígenas, quienes buscan oportunidades de crecimiento económico en otros países, puesto que en Guatemala no logran tener oportunidades.

“Únicamente los idiomas Qeqchi y Akateko muestran altos grados de vitalidad, mientras otros se encuentran en un nivel intermedio, tales como el Achí, el Awakateko, el Ch’orti’, el Chalchiteko, el Chuj, el Itza’, el Ixil, el K’iche’, el Mam, el Poqomchi’, el Q’anjob’al, el Tektiteko, el Tz’utujil, el Uspanteko, el Xinka y el Garífuna. El Ch’orti’, el Xinka y el Garífuna pueden caer al grupo de alto riesgo de desaparecer”.²¹

Otro dato importante para establecer la situación socioeconómica y cultural de los pueblos indígenas es que existe un marcado deterioro en los grados de vitalidad de los idiomas indígenas, al extremo que algunos de ellos están en riesgo de desaparecer, puesto que, en relación con la transmisión intergeneracional del idioma, en donde existe

²¹ *Ibíd.* Pág. 10.

una menor proporción de hablantes del mismo, frente al número absoluto de hablantes existentes en la comunidad.

En relación a las condiciones de habitabilidad de los pueblos mayas, se encuentra que hubo mejoras en cuanto a la calidad de la vivienda y una reducción del hacinamiento, pero se mantiene la brecha interétnica, pues los porcentajes de hogares con condiciones inadecuadas en los pueblos no indígenas se redujo, lo cual no sucedió en la población de los pueblos indígenas, situación que también se refleja en la falta de acceso a fuentes adecuadas de agua, pues son los hogares indígenas quienes más carecen de estas.

“En cuanto al indicador de Necesidades Básicas Insatisfechas de acceso a saneamiento o servicio sanitario, se logró un avance intercensal, de manera más importante entre los hogares indígenas que entre los no indígenas. A nivel de departamentos es Alta Verapaz el que muestra mayores niveles de acceso a agua, asimismo, persiste una leve brecha en el acceso a la educación primaria, con notable mejora para los hogares indígenas. Sin embargo, cabe llamar la atención que el aumento de escolaridad ha venido acompañado de un marcado desplazamiento de la lengua materna, en la cual el español ha sustituido a los idiomas indígenas”.²²

A nivel general, se puede apreciar que en Guatemala, la población que conforma los pueblos indígenas, continúa siendo excluida en la mayoría de los espacios de decisión

²² *Ibíd.* Pág. 12.

económica, política y social, así como discriminada étnicamente, lo cual trae como consecuencia que casi la mitad de la población guatemalteca es excluida y discriminada, siendo las mujeres de estos pueblos las que en mayor medida son afectadas por estas prácticas, lo cual hace que se encuentren entre las más pobres, analfabetas y marginadas.

4.2. La bioprospección

La bioprospección comprende el aislamiento, identificación, clasificación, caracterización bioquímica y genética de las plantas animales y microorganismos con potencial uso biotecnológico, por lo que es definida como la búsqueda sistemática de componentes naturales y organismos completos de la biodiversidad con el fin de otorgarles un valor comercial para el desarrollo de productos; es decir, la misma genera productos que tienen relación con industrias como la farmacéutica, la biotecnológica, la de agroinsumos y la de medicina botánica; entre otras; calculándose que en la actualidad una cuarta parte de los productos farmacéuticos son derivados de vegetales.

“Para que los procesos de bioprospección se lleven a cabo se involucra una gama de interacciones que compromete desde el conocimiento tradicional de las comunidades locales e indígenas, pasando por el conocimiento científico y tecnológico de entes académicos e investigativos de los países del sur, hasta actividades comerciales de empresas multinacionales de países del norte. La interacción entre países del norte y del sur se propicia principalmente debido a que los primeros poseen recursos económicos y tecnológicos, mientras que la riqueza de los países del sur está

representada principalmente en su biodiversidad y en el conocimiento local tradicional”.²³

Como se aprecia, existe una gran variedad de intereses, recursos, capacidades, motivaciones y aspectos culturales de los diferentes actores que intervienen en esta actividad de investigación, desarrollo y comercio, lo cual ha obligado al establecimiento de marcos mundiales, regionales y locales que regulen jurídicamente el acceso a los recursos genéticos y la distribución equitativa de los beneficios que se generen de dicha práctica, siendo un ejemplo de ello el llamado Convenio de Diversidad Biológica del Fondo del Fondo de la Organización de las Naciones Unidas Para la Alimentación y la Agricultura, más conocido como FAO o la Decisión Andina 391.

Este Convenio de Diversidad Biológica y la Decisión Andina, están vinculados con el derecho de las comunidades a recibir beneficios por la explotación comercial de sus conocimientos y habilidades relacionadas con la naturaleza, así como la exploración y explotación de los territorios que habitan los pueblos indígenas, con fines de investigación y comercialización de flora y fauna para fines medicinales o en la industria de perfumes, entre otras actividades lucrativas.

“Por tanto, la bioprospección es considerada un área interesante para análisis ya que en esta confluye una serie heterogénea de intereses y motivaciones y en la cual es posible dinamizar el establecimiento de alianzas internacionales mediante las cuales se

²³ Gómez, Laura. **Bioprospección y sustentabilidad participativa**. Pág. 73.

concreten mecanismos efectivos de cooperación que posibiliten a los países del sur la creación y fortalecimiento de capacidades internas para realizar acciones de ciencia y tecnología y de manera simultánea contribuyan para que los países del norte incrementen el conocimiento de la biodiversidad del sur y puedan obtener de ella productos comerciales que favorezcan aumentos en retribuciones económicas”.²⁴

Como se aprecia, la bioprospección es un asunto transversal a los sectores económico y social; por ejemplo, desde la perspectiva económica se tiene la tarea de desarrollar y posicionar bienes y servicios en el mercado nacional e internacional de manera que algunos renglones del sector productivo de la sociedad crezcan; en lo social se tiene la tarea de servir, no sólo a los que puedan beneficiarse directa e indirectamente de la rentabilidad asociada al producto, sino reduciendo la inequidad y fortaleciendo la confianza y esperanza en un mejor nivel de vida, de las comunidades humanas y pueblos particularmente de carácter rural, que viven de la biodiversidad.

De igual manera, se encuentra que están presentes los componentes éticos y políticos, pues en lo ético, se debe reorientar la mirada que el ciudadano hace de su entorno natural, no sólo como fuente de bienes de consumo y renta, sino también reconociendo el valor de la naturaleza como fuente de calidad de vida y de reconocimiento ético ecológico; mientras que, en lo político, se debe dinamizar la participación comunitaria y democrática de los distintos sectores del fenómeno bioprospectivo, tanto de los que cuidan la biodiversidad y subsisten de ella, como los que la comercializan.

²⁴ *Ibíd.* Pág. 74.

En diversos proyectos de bioprospección que se han realizado en distintos países, no se han llegado a cumplir las perspectivas señaladas, particularmente la verdadera distribución justa y equitativa de los beneficios a las comunidades humanas en torno a la biodiversidad, aspecto que se contempla en el correspondiente instrumento jurídico de carácter internacional como es el Convenio de Diversidad Biológica de 1992, adoptado y abierto a firma en Río de Janeiro; sin embargo, la mayoría de los proyectos que se han realizado, no son efectivos en la promoción de la conservación de la biodiversidad.

Esta falta de protección de la biodiversidad se debe a que al desarrollar proyectos de bioprospección algunas veces no se tienen en cuenta estrategias de conservación y reposición de recursos, lo cual ha ocasionado deterioros o pérdidas de los ecosistemas, por eso es que el Convenio de Diversidad Biológica en su Artículo 19, relativo a Gestión de la biotecnología, establece que cada país contratante adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, para asegurar la participación efectiva en las actividades de investigación sobre biotecnología de las partes contratantes, en particular los países en desarrollo, que aportan recursos genéticos para tales investigaciones.

El Convenio de Diversidad Biológica establece además que cada parte contratante adoptará todas las medidas practicables para promover e impulsar en condiciones justas y equitativas el acceso prioritario de los países contratantes que son parte del convenio, a los resultados y beneficios derivados de las biotecnologías basadas en recursos genéticos aportados por esos países contratantes, en particular los países en

desarrollo; asimismo, el Convenio de Diversidad Biológica establece que este acceso se concederá conforme a condiciones determinadas por mutuo acuerdo.

Este Convenio de la FAO sobre diversidad biológica dispone que las partes contratantes estudiarán la necesidad y las modalidades de un protocolo que establezca procedimientos adecuados, en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización de cualesquiera organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, incluido en particular el consentimiento previamente informado y libre de los actores sociales y culturales que existen en las áreas donde se llevará a cabo la investigación.

Si bien el término bioprospección es reciente, su uso por parte del ser humano es ancestral, pues a partir de su experiencia ha logrado desarrollar el uso de plantas, animales para alimento, medicina, vestimenta, vivienda, entre otros, lo que ha hecho la revolución biotecnológica actual es convertir a los conocimientos sobre recursos genéticos, medicina tradicional y plantas curativas en estratégicos, donde la riqueza cultural ha estado sometida a un régimen de libre acceso y la explotación de los conocimientos es una actividad cotidiana.

A partir de los avances de los países desarrollados en las prácticas de la bioprospección, surge la preocupación en varios organismos internacionales sobre la manera en que se podía evitar la expoliación indebida de la biodiversidad, la alteración de los ecosistemas y la falta de respeto a tradiciones e identidades, para lo cual la



Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, entre otros organismos del sistema de las Naciones Unidas, convocaron a reuniones que en algunos casos dieron lugar a tratados y convenios para proteger los conocimientos tradicionales, el folclore y los recursos genéticos.

Debido a la consciencia internacional que se logró generar en torno a la importancia de regular el acceso a los recursos biológicos, en 1998 el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente estableció un grupo de trabajo para la elaboración de un texto jurídico para la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica, siendo en mayo de 1992 que se aprueba finalmente el Convenio sobre la Diversidad Biológica y entra en vigor el 29 de diciembre de 1993, al ser ratificado por 30 países, en el cual se reconoce entre otras cosas, el derecho soberano de los estados sobre sus recursos biológicos.

De igual manera, se reconoce la cercana dependencia con el conocimiento tradicional de pueblos y comunidades indígenas que implican estilos de vida basados en estas riquezas; así mismo se establece la pertinencia de compartir los beneficios de manera equitativa por el uso y explotación del conocimiento tradicional y las innovaciones y practicas relevantes que se han desarrollado para la conservación y el mejoramiento de muchas especies naturales, así como el uso sustentable de sus componentes.

El Convenio sobre Diversidad Biológica es una herramienta jurídica para la protección adecuada entre otras cosas, de los conocimientos tradicionales de las comunidades

indígenas, pues establece formas y mecanismos de protección a estos grupos y a sus creaciones, sobre todo la manera en que los beneficios serán repartidos justa y equitativamente sin perder su fin principal que es la conservación y uso adecuado de la biodiversidad, por lo que se reservó a los estados el derecho de explotar sus propios recursos, contraviniendo la tendencia anterior de que todo era patrimonio de la humanidad.

“Cabe resaltar que para lograr los fines del Convenio de Diversidad Biológica, uno de los mecanismos viables sería mediante la implementación de figuras de protección a través de la Propiedad Intelectual, como en la esfera de transferencia de tecnología y acceso a los recursos genéticos, regulando la bioprospección y sancionando la biopiratería; sin embargo existen una serie de factores que justifican la presencia de otras ramas del derecho como el de la democracia participativa, derecho ambiental y otras reglas del derecho internacional”.²⁵

Como señala expresamente el Convenio, sus objetivos son la conservación de la diversidad biológica y la participación justa y equitativa que se deriven de la utilización de recursos genéticos, es por ello que dentro del marco del Convenio se buscó crear un acuerdo que desarrollara el tercero de estos objetivos, por lo que el 29 de octubre de 2010 en Nagoya Japón, se adopta el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica.

²⁵ *Ibíd.* Pág. 75.



La importancia de la implementación de este protocolo estriba en que un gran número de abusos se ha infligido a los pueblos indígenas y comunidades locales a su derecho a ser informados del uso que se va a hacer con su conocimiento tradicional y la obtención de su consentimiento; asimismo, la biopiratería y bioprospección son demostraciones de ello, pero también existe gran violación a sus derechos cuando se hacen publicaciones de sus secretos tradicionales sin su autorización.

Si bien el concepto de consentimiento previo libre e informado, no ha sido claramente definido aún, es un término que despunta en el derecho internacional, pues el acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la parte contratante que proporciona los recursos, la cual, en este caso se refiere a los pueblos indígenas.

“En este contexto de bioprospección, se puede buscar un equilibrio entre la explotación de los recursos naturales y el consentimiento del país o sociedad que deba otorgarlo. Cabe destacar la experiencia que presenta Costa Rica quien ha sido uno de los países pioneros en permitir la bioprospección dentro de su territorio, situación ampliamente controvertida por quienes consideran que es una forma de permitir el saqueo de sus conocimientos con la ley en la mano”.²⁶

No obstante, las bondades que pudieran derivarse de la bioprospección, la mayoría de los países no ha tomado las medidas necesarias para su implementación, a pesar de

²⁶ Melgarejo, Marina. **Bioprospección**. Pág. 28.

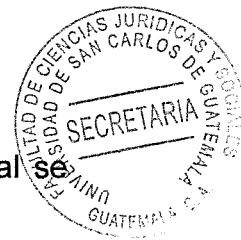
ser un aspecto que adquiere importancia si se dimensiona que muchos de ellos, como Guatemala, tienen una riqueza biológica muy importante, por lo que consientes de sus riquezas naturales debieran promover legislaciones específicas para la consulta, consentimiento previo, libre e informado en el tema de la bioprospección.

4.3. Consentimiento previo, libre e informado en los casos de bioprospección como derecho humano de los pueblos indígenas de Guatemala

La legislación guatemalteca contiene formalmente el derecho de consulta a los pueblos indígenas a partir de la ratificación del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes número 169 de la Organización Internacional del Trabajo, cada vez que se adopten medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar directamente los derechos de los pueblos indígenas.

Por ejemplo, el Decreto 11-2002 Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, en su Artículo 26, estableció que en tanto se emite la ley que regule la consulta a los pueblos indígenas, las consultas a los pueblos garífuna, maya y xinka sobre medidas de desarrollo que impulse el Organismo Ejecutivo y que afecten directamente a estos pueblos, podrán hacerse por conducto de sus representantes en los Consejos de Desarrollo, tanto a nivel local, municipal, departamental y regional.

Por aparte, la Ley de Información Catastral, Decreto 41-2005 del Congreso de la República de Guatemala, garantiza el desarrollo de procesos de participación y consulta a las comunidades indígenas y campesinas para el registro de predios en posesión o



propiedad de pueblos indígenas o campesinas para el proceso catastral, lo cual se orienta a garantizar la seguridad jurídica para esta población.

La Ley del Sistema Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional, Decreto número 32-2005 del Congreso de la República, instauro la Instancia de Consulta y Participación Social como canal de comunicación o espacio de participación, donde se plantean propuestas relacionadas a la seguridad alimentaria nutricional por parte de los sectores de la sociedad civil representados, entre ellos los pueblos indígenas.

De igual manera, diversas sentencias de la Corte de Constitucionalidad han examinado el derecho de consulta de los pueblos indígenas, que parte de la opinión consultiva a solicitud del Congreso de la República en 1995, expediente 199-95 de la Corte de Constitucionalidad de fecha dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y cinco, en donde este tribunal constitucional, al analizar el Artículo 6 del Convenio 169 referente a la consulta a los pueblos indígenas, establece que “al aplicar las disposiciones del mismo, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, al prever medidas que les afecten, permitiendo la participación libre de los integrantes de dichos pueblos.

Continúa exponiendo el análisis del Artículo 6 hecho por la Corte de Constitucionalidad, que la Constitución Política de la República prevé mecanismos de participación democrática a través de los cuales los ciudadanos pueden pronunciarse en cuestiones especial trascendencia y en aquellos casos en que se haga necesaria su participación en planes de desarrollo urbano y rural, por lo que la participación en la planificación, discusión y toma de decisiones de los problemas que le conciernen a un pueblo

indígena no vulnera ningún precepto constitucional, sino que reafirma y afianza los principios democráticos sobre los que se asienta el Estado de Guatemala.

La Corte de Constitucionalidad en posteriores sentencias reafirma que la consulta es un derecho fundamental, cuyo fundamento se encuentra en las normativas de derechos humanos ratificados por el Estado de Guatemala y la interpreta como un derecho de carácter colectivo, por lo que la falta de un marco legal adecuado para llevar a cabo el deber estatal de consultar no puede ser considerada valladar para este cometido.

Atendiendo las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad, se entiende que las sentencias que ha emitido la misma, reafirman los derechos humanos de carácter colectivo de los pueblos indígenas, asimismo, establece criterios y obligaciones estatales que deben observarse, con especial énfasis en los derechos de participación y derecho de consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, frente a cualquier iniciativa que pueda afectar su derecho a decidir su proceso de desarrollo.

En el período del 12 de octubre de 2016 al 18 de julio de 2017, el Ministerio de Trabajo y Previsión Social impulsó la elaboración de la Guía Operativa para la implementación de la consulta a pueblos indígenas, un documento oficial de apoyo a los funcionarios públicos para las consultas, el mismo contiene ocho pasos conforme los estándares de consulta contenidos en el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes número 169 de la OIT; cada paso comprende una etapa que genera la participación activa y participativa de los pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas, así como su adecuación cultural.

En el caso del Ministerio de Energía y Minas, para poder atender las diferentes sentencias de la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad relacionadas con la obligación de desarrollar consultas comunitarias a pueblos indígenas, cuenta con su propia metodología con una estructura de ocho fases con el objetivo de generar participación y diálogo de los pueblos indígenas en aquellas decisiones que puedan afectarles; dicha metodología institucional, es parte de una caja de herramientas con las que ahora cuenta la institucionalidad para desarrollar proceso de consulta.

Aun con todos estos aspectos formales en relación a la consulta a los pueblos indígenas sobre los temas que son de su interés, especialmente lo relacionado con el uso de sus recursos naturales, no existe una armonización de la legislación nacional vigente con los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, referidos a la protección y goce de derechos humanos de los pueblos indígenas para evitar clima de conflictividad social en detrimento del bienestar de estos pueblos.

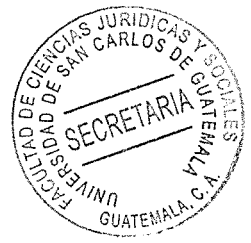
Ante esta realidad, es imperativo la aprobación de una ley de consulta a los pueblos indígenas por parte del Congreso de la República de Guatemala, en el marco del cumplimiento de las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad sobre tener una norma que regule los procesos de consulta en Guatemala, debiéndose tener entre los criterios para llevar a cabo la consulta a los pueblos indígenas, los aspectos vinculados con la bioprospección, a partir de la importancia cultural y ecológica que tiene la misma, tanto para el país en general, como para las comunidades, especialmente los que pertenecen a los pueblos indígenas, en donde se busca llevar a cabo la misma.



Como se ha expuesto, la consulta previa, libre e informada, es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas de Guatemala a decidir sobre cada proyecto, política o iniciativa que se vaya a adoptar y que pueda afectarles directamente cuando se realicen proyectos, obras o cualquier otra actividad dentro de sus territorios, tanto en función de actividades mineras como de prospección.

La importancia de esta consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas radica en la protección preventiva, así como en revestir a los pueblos indígenas de la potestad de otorgar o denegar un permiso, como garantía de su participación en las decisiones que les atañen, le facilita al Estado su actuar como garante de las riquezas naturales y culturales de la Nación y a los pueblos indígenas proteger sus tierras y, si aceptan otorgar el permiso para la bioprospección, recibir beneficios producto de esta actividad, de allí la importancia de crear una ley de consulta a los pueblos indígenas, específica y no solo normativas de carácter administrativo o reglamentario.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En Guatemala, a pesar de la importancia sociocultural de los pueblos indígenas, especialmente los que descienden de los mayas, el Estado guatemalteco los ha excluido de la toma de decisiones políticas y jurídicas, aun cuando las mismas afecten sus prácticas socioculturales y dañen los territorios en donde se encuentran los elementos culturales y naturales que permiten la existencia y reproducción de la cultura garífuna, maya o xinca, a pesar que se ha ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en el cual se estipula la creación de normativas específicas para la consulta a los pueblos indígenas sobre temas que les afecten su identidad, su cultura y los territorios en los cuales viven.

Para evitar que el Estado guatemalteco continúe incumpliendo con su obligación internacional de crear una normativa legal específica basada en el Convenio 169 y en el bloque de constitucionalidad, así como para cumplir los requerimientos que le ha hecho la Corte de Constitucionalidad sobre la creación de una ley específica para la consulta a los pueblos indígenas, se le recomienda a la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales que con la participación de representantes de los pueblos indígena, legalmente reconocidos elabore una ley de consulta a los pueblos indígenas, que sea de orden público, teniendo especial cuidado de regular las consultas previas, libres e informadas relativas a la bioprospección, así como la consulta sobre otros temas como la minería que afecten los derechos humanos de los pueblos indígenas reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Guatemala.



BIBLOGRAFÍA

BARRIOS, Lina. **Los cuatro pueblos de Guatemala**. Guatemala: Ed. Cholsamaj, 2010.

BLOHM, María Cristina. **Consentimiento libre, previo e informado**. España: Ed. Tirant lo de Blanc, 2016.

GÓMEZ, Laura. **Bioprospección y sustentabilidad participativa**. México: Ed. Universidad de Guanajuato, 2014.

MELGAREJO, Marina. **Bioprospección**. Colombia: Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2022.

NOVAK, Manfred. **Derechos humanos**. México: Ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2016.

ONU. **Declaración de la Organización de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**. Costa Rica: Ed. Tiempos Nuevos, 2015.

ONU. **Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica**. México: Ed. Secretaría de Relaciones Exteriores, 2018

SALAZAR, Mariana. **Derechos de los pueblos indígenas**. México: Ed. UNAM, 2018.

VARELA, Rodrigo. **Pueblos indígenas y bioprospección**. Ecuador: Ed. Universidad Andina Simón Bolívar, 2016.

VILLAR MARTÍN, Marta. **La responsabilidad estatal de proteger a civiles**. España: Ed. Universidad Pontificia Comillas, 2018.

VILLORO, Luís. **Derechos humanos, derechos de los pueblos**. España: Ed. Universidad de Alicante, 2014.

ZOLLA LUQUE, Carlos. **Derechos humanos de los pueblos indígenas y naciones unidas**. México: Ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2013.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Vigente desde 1948.



Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Decreto número 9-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

Pacto internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales. Decreto número 69-87 del Congreso de la República de Guatemala, 1987.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Ratificado por Guatemala en 1989.

Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Decreto número 105-82 del Congreso de la República de Guatemala, 1982.

Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Decreto número 49-82 del Congreso de la República de Guatemala, 1982.

Convenio de Diversidad Biológica. Decreto número 5-95 del Congreso de la República de Guatemala, 1995.

Expediente 199-95 de la Corte de Constitucionalidad de fecha dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

Ley de Información Catastral. Decreto 41-2005 del Congreso de la República de Guatemala, 2005.

Ley del Sistema Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional. Decreto número 32-2005 del Congreso de la República, 2005.

Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural. Decreto 11-2002 del Congreso de la República, 2002.