

El derecho de consulta en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una mirada desde el trialismo jurídico

Raúl Gustavo Sillero

Universidad Católica de Cuyo, San Juan, Argentina

✉ abogadosillero@hotmail.com

📅 *Fecha de recepción: 09/02/2019 - Fecha de aceptación: 21/03/2019*

Cómo citar este artículo: Sillero, R. G. (2019). El derecho de consulta en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. una mirada desde el trialismo jurídico. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, Vol. 9, N° 2 (julio-diciembre). Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam; ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566. DOI: <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2019-v9n2a01>

Resumen: El derecho de consulta (DC), como mecanismo de participación de los pueblos indígenas afectados por los proyectos de explotación de los recursos naturales, ha sido perfilado en cuanto a su contenido, alcance y finalidad por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

El SIDH se encuentra integrado por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El principal medio por el cual el SIDH se ha expedido sobre el DC lo constituyen las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los casos “Saramaka c/Estado de Surinam” y “Pueblo Kichwa de Sarayaku c/ Ecuador”.

En el presente trabajo se pretende analizar los pronunciamientos de la Corte IDH sobre el derecho de consulta de las comunidades indígenas a la luz del trialismo jurídico.

Palabras clave: derecho de consulta; Corte Interamericana; derechos humanos; comunidades indígenas.



Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

The right to be consulted in the Human Rights Interamerican Court. An insight from the legal trialism

Abstract: The right of consultation (DC), as a participation mechanism for indigenous peoples affected by natural resource exploitation projects, has been outlined in terms of its content, scope and purpose by the Inter-American Human Rights System (IAHRS).

The IAHRS is integrated by the American Convention on Human Rights (ACHR), the Inter-American Court of Human Rights and the Inter-American Commission on Human Rights.

The main means by which the IAHRS has been issued on the DC are the judgments of the Inter-American Court of Human Rights (I/A Court HR) in the “Saramaka v. State of Surinam” and the “Kichwa of Sarayaku v. Ecuador” cases.

This paper intends to analyze the pronouncements of the Inter-American Court on the right of consultation of indigenous communities in the light of legal trialism.

Keywords: right of consultation; Inter-American Court; human rights; indigenous communities.

O direito de consulta no Tribunal Interamericano de Direitos Humanos. Um olhar do trialismo do direito

Resumo: O direito de consulta (DC), como mecanismo de participação dos povos indígenas afetados por projetos de exploração de recursos naturais, foi delineado em termos de seu conteúdo, alcance e propósito pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

O SIDH é integrado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ACHR), a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Os principais meios pelos quais o SIDH foi publicado no CD são os acordãos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) nos casos “Saramaka v. Estado do Suriname” e “Kichwa de Sarayaku v. Equador”.

Este artigo pretende analisar os pronunciamentos da Corte Interamericana sobre o direito de consulta das comunidades indígenas à luz do julgamento jurídico.

Palavras chave: direito de consulta; Corte Interamericana, direitos humanos, comunidades indígenas.

1. Introducción

El derecho de consulta (DC), como mecanismo de participación de los pueblos indígenas afectados por los proyectos de explotación de los recursos naturales, ha sido perfilado en cuanto a su contenido, alcance y finalidad por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

El SIDH se encuentra integrado por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El principal medio por el cual el SIDH se ha expedido sobre el DC lo constituyen las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los casos “Saramaka c/Estado de Surinam” y “Pueblo Kichwa de Sarayaku c/Ecuador”.

En el presente trabajo se pretende analizar los pronunciamentos de la Corte IDH sobre el derecho de consulta de las comunidades indígenas a la luz del trialismo jurídico.

2. El derecho

Una de las primeras preguntas que se le formula a los estudiantes de la Facultad de Derecho es: ¿qué es el derecho? La respuesta que surge espontáneamente, y de la cual no fue ajeno el autor, es que el derecho no puede ser solo la ley. Si bien no se puede prescindir de la ley, la ley sola no puede abarcar toda la compleja realidad que muestra el derecho.

Las conductas de las personas, la realidad social, los comportamientos, etc., también deben estar de alguna manera comprendidos en el concepto de derecho. Es más, las leyes deben considerar esos aspectos de las conductas, dado que ellas precisamente pretenden prever los comportamientos de las personas y asignarles consecuencias.

Así como no puede dejarse de lado las conductas, tampoco puede olvidarse que “lo justo” formaba parte del derecho. De tal suerte que expresiones como “justicia”, “lo debido”, “su derecho” forman o integran también el concepto de derecho.

Se presenta así el derecho como algo complejo. Estos aspectos complejos del derecho que resultan evidentes son abarcados integralmente por el *trialismo* jurídico. El *trialismo* refleja así la complejidad del derecho y la vida (Ciuro Caldani, 2016-2017, p. 26).

3. El *trialismo* jurídico

Como se señaló más arriba, el derecho es un fenómeno complejo, que desde el punto de vista del *trialismo* jurídico es entendido como la integración de tres dimensiones: la dimensión sociológica, compuesta por hechos o conductas, la dimensión normológica, compuesta por normas, y la dimensión dialógica, compuesta por la justicia.

El mundo jurídico está integrado por **repartos** de potencia e impotencias (dimensión sociológica) captados por las **normas** que los describen e integran (dimensión normológica) y valorados, los repartos y normas, por el valor **justicia** (dimensión dialógica).

El *trialismo* procura así la integración de las tres dimensiones del mundo jurídico acatando la exigencia de la pureza del método de manera de evitar la simplicidad pura, que mutila el objeto del derecho reduciendo sus tres dimensiones a una sola o la complejidad impura en la que las tres dimensiones se mezclan (Banchio, 2012).⁽¹⁾

(1) La simplicidad pura se presenta cuando los autores limitan el concepto del derecho a uno solo de sus elementos, como sucede con el pensamiento de Kelsen que reduce el derecho a la norma; por su parte, la complejidad impura se presenta cuando se mezclan de manera confusa los elementos sociales, normológicos y valorativos.

La concepción trialista del derecho fue difundida especialmente en nuestro medio por Werner Goldschmidt, pero es necesario reconocer el aporte de otros autores relevantes como Miguel Reale en Brasil, Luis Recaséns Siches en México, el español Luis Legaz y Lacambra (Davobe, 2015), incluso se advierte un análisis del carácter complejo y tridimensional del derecho en Alexy (Davobe, Nawojczyk & Barberom, 2015). Es nuestro contemporáneo el Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani uno de los más destacados continuadores del trialismo de Goldschmidt, aunque con algunas diferencias reconocidas por el propio jurista argentino (Ciuro Caldani, 2016-2017, p. 131).

3.1. Dimensión sociológica

La dimensión sociológica se refiere a la vida humana, a las conductas de los hombres. En estas conductas, que en el lenguaje trialista se denominan “repartos”, importa la adjudicación de “potencia” e “impotencia”, esto es aquello que beneficia o perjudica a quien lo recibe.

Al decir de Bidart Campos (s/f), el reparto viene a constituirse así en la realidad fundamental del fenómeno jurídico, componiendo su centro, en razón que las normas son descripciones de repartos y la justicia toma al reparto como material u objeto de valoración para predicar del mismo reparto su justicia o su injusticia.

Este reparto siempre es llevado a cabo por hombres, a los que se los denomina “repartidores”. Los que reciben las potencias e impotencias del reparto se los llama “recipendarios” (que no necesariamente deben ser hombres). Debe tenerse en cuenta que lo que se reparte son las potencias e impotencias.

Se puede decir que la dimensión sociológica comprende lo que se reparte, quién lo reparte y a quién se reparte. Sostiene Ciuro Caldani (2016-2017, p. 132) que no deben excluirse de las adjudicaciones las distribuciones de la naturaleza y las influencias humanas difusas como la economía, la religión, la lengua, la ciencia, la técnica, el arte, la educación, etc.

Las adjudicaciones forman parte de la dimensión sociológica del derecho y constituyen los hechos –situaciones o acciones– que resultan relevantes para el mundo jurídico, por su afectación a la vida del hombre. Dentro de esta categoría, un lugar importante lo ocupan los repartos; es decir, las adjudicaciones que provienen de personas determinadas. Las situaciones, en cambio, hacen referencia a las distribuciones que son causadas por la naturaleza, el azar o las llamadas fuerzas humanas difusas. Ya se trate de repartos o de distribuciones, lo cierto es que de ambos surgirá una modificación en el estado de cosas anterior; cambio que se traduce en la circulación, el flujo o la conquista eficaz de ventajas o desventajas –potencia o impotencia– para el desarrollo de la vida.

3.2. Dimensión normológica

La dimensión normológica se compone de normas. La norma es la captación lógica de un reparto proyectado desde el punto de vista de un tercero (Ciuro

Caldani, 2017-2018, p. 134). La norma describe el reparto. Esta descripción puede ser de la voluntad del autor de la norma, es una descripción del pasado, lo que nos permite hablar de la fidelidad o su contrario de la norma. O bien puede ser una descripción anticipada, lo que en caso de asegurarse el cumplimiento de la voluntad del actor hablamos de exactitud de la norma. Se trata de verdaderas construcciones lógicas acerca de todo lo que sucede –o sucedería– cada vez que se efectúa alguna adjudicación.

Pero la norma no solo describe el reparto, sino que también tiene una función integradora del reparto, creando conceptos que dan nitidez y atribuyen sentido a la realidad. Por medio de la integración se puede ver que no solo las normas se originan en la realidad, sino que esta recibe sentidos que le incorporan las normas y hacen que se viva de acuerdo a ellas aunque no respondan a esa realidad. Esto último lleva en ocasiones al “triumfo” de los conceptos sobre la realidad (Ciuro, 2017-2018, p. 136).

3.3. Dimensión *dikelógica*

La teoría *trialista* del derecho se completa con la dimensión *dikelógica*, valorativa, referida al valor justicia.

El valor justicia es reconocido como absoluto que abarca a todos los repartos, pasados, presentes y futuros. Pero en razón de que es imposible desde el punto de vista humano cumplir el valor justicia en su totalidad, debemos aceptar una justicia fraccionada al caso concreto. Como sostiene Ciuro Caldani (2016-2017, p. 138), si alguien no puede hacer lo justo puede contribuir a realizarlo al denunciar la injusticia. La justicia así es mostrada como un valor que vale por sí, que sirve para valorar las conductas (y las normas) y que orienta.

Esta dimensión nos enfrenta con el problema de los aspectos formales de la justicia y su contenido. Para Goldschmidt, la justicia es un valor absoluto y natural que puede ser estudiado científicamente. El contenido de la justicia, como principio supremo, parte del reconocimiento de la dignidad de la persona humana. Es profundamente humanista.

El contenido de la justicia da lugar a la discusión de su objetividad o subjetividad, la que puede ser superada, al decir de Ciuro Caldani (2004), por la construcción de acuerdos fundamentales que recepten lo que nos satisface como justo. El valor justicia vale, y vale aunque no esté realizado, de tal suerte que el valor no realizado nos permite deducir del deber ser ideal un deber ser actual: es el deber ser actual de que la injusticia cese (Bidart Campos, s/f).

La comprensión de la justicia supone, por último, el reconocimiento de una dimensión valorativa, constitutiva del derecho mismo. Implica la aceptación de la exigencia de corrección como parámetro de legitimidad de los hechos y del sistema jurídico. Por ello, es propio de esta esfera el estudio de los criterios de justicia requeridos en el caso; de las relaciones valorativas –entre justicia y

verdad, justicia y utilidad, justicia, poder, cooperación u orden-. Al tiempo que también se analizan los medios requeridos para la construcción de un derecho humanista.

4. El derecho a consulta y consentimiento previo, libre e informado de pueblos indígenas

La consulta consiste en solicitar a un organismo, persona o grupo de personas una opinión respecto a una consideración de su competencia o calificación frente a la cual no existe obligación de cumplimiento, incluyendo aquellos casos en que se está obligado a solicitar esta opinión (casos de consulta obligatoria). La finalidad de la consulta es conocer la opinión del destinatario de la consulta para otorgarle elementos a quien deba tomar una decisión.⁽²⁾

Numerosos instrumentos internacionales reconocen el derecho a la consulta de los pueblos indígenas acerca de las decisiones que son susceptibles de afectarles, asignando un espacio privilegiado a la participación.

El Convenio 169 de la OIT establece que la consulta debe realizarse cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, disponiendo en su art. 6°:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...) 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

El señalado derecho a la consulta no está contemplado en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), pero ha sido reconocida la importancia del mismo como garantía de la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal (Corte IDH, 2012, párrs. 159-160).

El objeto de la consulta es asegurar la efectiva participación de las comunidades posiblemente afectadas directa o indirectamente en la toma de decisiones que le atañen.

La consulta como verdadero instrumento de participación debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas (Corte IDH, 2012, párr. 186).

(2) Sobre derecho de consulta y consentimiento previo libre e informado de comunidades no indígenas, ver Sillero (2018).

Por otro lado, el consentimiento previo, libre e informado (CPLI), al que se refieren algunos instrumentos internacionales relativos a los pueblos indígenas, se vincula al derecho de estos pueblos afectados por medidas gubernamentales y actividades de desarrollo a participar en el proceso de toma de decisiones y expresar su voluntad respecto de las políticas concertadas, antes de los planes o proyectos que puedan afectarles. Se trataría de un deber de los Estados de buscar el consentimiento de los pueblos indígenas.

El Convenio 169 de la OIT presenta al consentimiento como una finalidad en el enunciado general de la consulta, pero no como un derecho. Excepcionalmente el Convenio requiere consentimiento solo para los casos de traslado y reubicaciones de los pueblos indígenas.

Por su parte, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas contempla el derecho al consentimiento que debe ser previo, libre e informado, relacionado a casos de traslado de los pueblos de sus tierras y territorios, la adopción y aplicación de medidas legislativas y administrativas que afecten a los pueblos indígenas, la aprobación de proyectos de desarrollo que afecten a sus territorios u otros recursos y en lo que atañe al resarcimiento respecto a la privación de sus bienes o de las tierras, territorios o recursos que hayan sido tomados sin su consentimiento.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), el derecho a la consulta previa, libre e informada está reconocido en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (14 de junio de 2016) que en su art. XXIX, Derecho al Desarrollo, numeral 4 dice:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

La Corte IDH (2008, párr. 157) ha diferenciado la consulta del consentimiento, reservando este último para casos en los que los planes de desarrollo o de inversión sean a gran escala que pudiendo afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo indígena afectado. En esos casos, el Estado tiene la obligación no solo de consultar, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones.

También se exige el consentimiento en casos en los que el desarrollo del plan de inversión implique un reubicamiento permanente de la comunidad afectada o se almacenen materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas (CIDH, 2010).

5. Sentencias de la Corte IDH

Si bien el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas ha merecido un profuso tratamiento por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2016), para este trabajo se han tomado

solamente las resoluciones de la Corte IDH en el entendimiento de que por tratarse de actuación jurisdiccional es de mayor relevancia para el análisis del tema.

5.1. Caso "Saramaka vs. Estado de Surinam"

El caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008), "Saramaka vs. Surinam", trata sobre el reclamo formulado por comunidades afrodescendientes contra el Estado de Surinam.

La controversia está dada porque las comunidades del pueblo Saramaka sostenían que no se les reconocía el derecho a la propiedad comunal y, derivado de ese desconocimiento, se incumplían los tratados internacionales que imponían a los Estados suscriptores de los mismos garantizar a los pueblos indígenas su participación y consulta en los supuestos de proyectos de explotación de recursos naturales existentes en territorios de su propiedad.

La Corte IDH, en el "Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam" (sentencia del 28 de noviembre de 2007) y en la sentencia interpretativa de la misma (12 de agosto de 2008), además de reconocer a las comunidades afrodescendientes como pueblos tribales –lo que ha merecido cierta crítica (Dulitzky, s/f)–, sienta las bases del reconocimiento del derecho de propiedad comunal conforme el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos y determina los alcances de la consulta y el consentimiento previo, libre e informado.

En el caso "Saramaka" la Corte señala que el Estado debe consultar con el pueblo Saramaka sobre: 1) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka; 2) el proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran; 3) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; 4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; 5) sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental; y 6) en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio Saramaka (Corte IDH, 2007, párr. 16).

La consulta con los pueblos indígenas o tribales debe realizarse durante las primeras etapas del plan o proyecto de desarrollo o inversión o de la concesión extractiva: "... no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado" (párr. 133).

Tratándose de la concesión de la explotación de recursos naturales, esta consulta debe hacerse desde que se analiza el otorgamiento de la concesión (párr. 147). La consulta a los pueblos indígenas debe cumplirse de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, a través de procedimientos culturalmente adecuados y teniendo en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones (párr. 172).

La totalidad de los temas relacionados al proceso de consulta con el pueblo, como así también aquellos relacionados a quienes participarán de los beneficios y en la justa indemnización, debe ser determinado y resuelto por el pueblo indígena de conformidad con sus costumbres y normas tradicionales (párr. 27).

La Corte resolvió que los Estados deben permitir la participación efectiva de los pueblos indígenas y tribales, de conformidad con sus tradiciones y costumbres, en los procesos de toma de decisiones respecto de las concesiones extractivas o de los planes o proyectos de desarrollo o inversión; si no se actúa de esa manera se violan los artículos 21 y 1.1 de la Convención Americana (párr. 154).

La Corte señala también que es el propio pueblo Saramaka, de conformidad a sus costumbres y tradiciones, quien elegirá sus representantes para los procesos de consulta. La consulta debe ser “informada”, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan “conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”, lo que requiere una actividad estatal especial dado que “requiere que el Estado acepte y brinde información” e implica una comunicación constante entre las partes (párr. 133).

La Corte IDH también resolvió en el caso del pueblo Saramaka que “las consultas deben realizarse de buena fe” y “deben tener como fin llegar a un acuerdo”.

Finalmente, la Corte IDH diferencia la consulta del “consentimiento”, señalando que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones (párr. 134).

Si bien la Corte IDH no define qué debe ser considerado como plan de desarrollo o inversión a gran escala, señala, siguiendo al Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, los efectos que tales planes pueden acarrear en las comunidades. Entre estos efectos deben considerarse especialmente el atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. Entre los efectos principales se cuenta la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la

desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración, llegando en algunos casos a abuso y violencia (párr. 135).

El Tribunal enfatizó que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka, el Estado tiene la obligación no solo de consultar a los Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones (Corte IDH, 2017, párr. 17).

5.2. Caso “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”

El caso se refiere al otorgamiento por parte del Estado ecuatoriano de un permiso a una empresa petrolera privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku en la década de 1990, sin que se hubiere consultado previamente con este y sin su consentimiento. Así, se iniciaron las fases de exploración petrolera, inclusive con la introducción de explosivos de alto poder en varios puntos del territorio indígena, creando con ello una alegada situación de riesgo para la población, ya que durante un período le habría impedido buscar medios de subsistencia y le habría limitado sus derechos de circulación y de expresar su cultura.

En el caso del “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, resuelto por la Corte IDH el 27 de junio de 2012, se reconoce que el derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas se cimienta, más allá del derecho de propiedad, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática (Corte IDH, 2012, párr. 159).

Vemos entonces que el derecho a la consulta tiene una dimensión que excede lo material y se enanca en el derecho a la identidad cultural. Expresa la Corte que los Estados deben garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización y cita el Convenio 169 de la OIT que reconoce las aspiraciones de los Pueblos indígenas a “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven” (párr. 217).

La intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos (párr. 220).

En cuanto a los características de la consulta, la Corte IDH continúa por la senda jurisprudencial de casos anteriores en el sentido de que es deber del Estado consultar de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el

caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado (párr. 180).

La consulta debe ser de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (párr. 185) y no puede limitarse a un mero trámite formal, ya que es inherente a toda consulta con comunidades indígenas el establecimiento de un clima de confianza mutua y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales (párr. 186).

El deber de consulta es mostrado como una responsabilidad indelegable del Estado que no puede ser dejada en manos de terceros o una empresa privada y mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación del recurso natural (párr. 187).

Reitera el Tribunal la necesidad de que la consulta sea adecuada y accesible de manera que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces, teniendo en cuenta su diversidad lingüística, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena (párr. 201).

Ratifica la Corte que la consulta debe incluir los estudios de impacto ambiental, fijando como estándar que en los mismos debe participar el pueblo Sarayaku, que debe ser controlado en forma estricta por los órganos estatales de fiscalización y que debe tenerse en cuenta la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades de desarrollo previstas podrían tener sobre el pueblo indígena (párr. 207).

Finalmente, la consulta debe ser informada en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes (párr. 208).

6. El derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado y el trialismo jurídico

Los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos muestran las tres dimensiones que presenta el derecho a la luz del trialismo.

Así, vemos que el aspecto sociológico se encuentra evidenciado por las conductas de las comunidades del pueblo Saramaka y Sarayaku. El primero reclama su

reconocimiento como pueblo indígena, además de, como en el segundo caso, el derecho a participar y opinar sobre la explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios ocupados ancestralmente y a mantener su estilo de vida y subsistencia. Estas comunidades son también “recipendiarías” de los repartos.

Los Estados (Surinam y Ecuador) son reconocidos asimismo como recipendiaríos de los repartos, dado que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no cabe hablar de “soberanía” en idénticos términos que en el siglo XX.

Los repartos de potencias e impotencias resultan claros en cuanto la Corte IDH impone obligaciones al Estado y a las comunidades e, incluso, a terceros (empresas explotadoras de los recursos naturales) que no participaron en el proceso.

Debe tenerse en cuenta también que en el caso se han tenido en cuenta las “distribuciones de la naturaleza”, porque los recursos naturales existentes en los territorios ocupados por las comunidades llevan a que los intervinientes (Estado, empresas, comunidades) desarrollen determinadas conductas.

Esto último, al igual que el aspecto económico, resulta destacable. El Estado de Surinam, como propietario del recurso natural y mineral, pretende su explotación, lo que colisionaría con el derecho de las comunidades a un estilo de vida culturalmente diferenciado y a la explotación de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia.

Respecto del aspecto normológico, los fallos comentados muestran la existencia de una norma descriptiva como lo es la Convención Americana de Derechos Humanos y el Convenio 169 OIT.

Resulta importante destacar que la Corte IDH reconoce la existencia de las normas del ordenamiento jurídico aplicable, especialmente la Convención, pero haciendo una interpretación en la aplicación de la misma más acorde con el propósito del reparto. Esto se patentiza al reconocer el derecho de propiedad comunal y el derecho a la consulta con fundamento en él y a la identidad cultural y el derecho a la subsistencia.

En lo que atañe al aspecto dialéctico habíamos adelantado que lo justo, compartiendo lo sostenido por Ciuro Caldani, no es necesariamente universal y eterno, sino que ha de establecerse respecto a cada situación, en el caso concreto.

Además del valor justicia que surge de las sentencias comentadas, surgen otros valores como la utilidad, la verdad, el amor, la salud, la belleza, etc.; debiendo incluirse el valor humanidad, el deber ser cabal de nuestro ser, que se realiza -no acabadamente- en esos otros valores (Caldani, 2007).

El contenido de la justicia es construido, siguiendo a Ciuro Caldani, a partir del punto de partida que asegure a cada cual una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad.

El reparto, para ser justo, debe considerar a cada individuo como un medio, es decir, debe ser humanista. Desde este punto de vista, vemos que el contenido de justicia se entrelaza con la fundamentación de los derechos humanos, aportando a la realización del humanismo.

En las sentencias de la Corte IDH que se comentan, se aprecia que la justicia de la resolución está dada tanto por el acuerdo o consenso de los interesados (adviértase que los Estados suscribieron la Convención Americana de Derechos Humanos y el Convenio 169 OIT) que se sometieron a la competencia de la Corte y por el reconocimiento de la superioridad científica y técnica del tribunal.

El contenido de las sentencias aporta a reconocer a cada individuo, y a los grupos que integran, esferas de libertad, participación, reconocimiento de existencia, que aseguran la dignidad y desarrollo íntegro de su personalidad.

7. Conclusión

El examen de las sentencias de la Corte IDH referidas al derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado, a la luz del trialismo, nos permite observar cómo las violaciones de los derechos humanos de los grupos indígenas se generan en un contexto de explotación de recursos naturales por parte de los Estados, sea en forma directa o por medio de empresas, donde se desconoce el derecho de propiedad de estas comunidades y el derecho a su forma de vida tradicional y ancestral. Esto constituye la faz sociológica.

Desde la perspectiva normológica, se aprecia que la Corte IDH reconoce las normas aplicables y las interpreta de manera que más se ajusten al propósito que se tuvieron en vista al dictarse.

Finalmente, desde la perspectiva dikelógica, resulta evidente que la sentencia considera al ser humano como un fin y no como un medio, buscando garantizarle su plena realización, desde una perspectiva humanista. La sentencia reconoce en los peticionarios (pueblos indígenas) una dignidad que no admite el desconocimiento de su derecho de propiedad; reconociendo también que el derecho a la identidad cultural, a la forma de vida ancestral y el respeto de sus tradiciones y vinculación con el territorio son valores que merecen ser reconocidos y orientan a la decisión judicial.

8. Referencias bibliográficas

Banchio, P. (2012). *Introducción a la Filosofía del Mundo Jurídico*. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Belgrano.

Bardel, D. (2012). Diálogo entre los saberes: Cuestión inevitable para el Derecho. *Cartapacio de Derecho*, 23, pp. 1-12. Recuperado de: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1429/1673>

- Bidart Campos, G.** (s/f). *La Teoría Trialista del Mundo Jurídico según Werner Goldschmidt*. Recuperado el 3 de mayo de 2019 de: <http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/ingreso/pre-sencial/2017/04.%20BIDART%20CAMPOS.pdf>
- Ciuro Caldani, M. Á.** (1998). Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales. *Doxa*, 2(21), pp. 79-87. Recuperado el 3 de mayo de 2019 de: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10349/1/doxa21-2_06.pdf
- , (1998). Notas Trialistas para la sistematización y la ubicación histórica de los fundamentos de los Derechos Humanos. *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, (23), pp. 49-52. Recuperado el 3 de mayo de 2019 de: http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Notas_Trialistas_para_la_Sistematizacion_y_la_Ubicacion__Ciuro_Caldani.pdf
- , (2004). Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces. *Lexis Nexis JA 2004-I*, fascículo 13, Suplemento especial, pp. 30 y ss.
- , (2016-2017). Razones del Trialismo (A Werner Goldschmidt, treinta años después). *Investigación y Docencia*, (52), pp. 125-154. Recuperado el 3 de mayo de 2019 de: <http://www.centrodefilosofia.org/lyD/lyD526.pdf>
- CIDH.** (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Recuperado el 3 de mayo de 2019 de: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>
- , (2016). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. Recuperado el 3 de mayo de 2019 de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/industrialsextractivas2016.pdf>
- Davobe, M.** (2015). Argumentación jurídica y eficacia normativa: hacia un sistema integral del funcionamiento del derecho. *Dikaion*, 24(1), año 29, pp. 36-65. Recuperado el 3 de mayo de 2019 de: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/4937/4091>
- Davobe, M. I, Nawojczyk, E. & Barbero, D. O.** (2015). *Werner Goldschmidt y Robert Alexy: "corsi e ricorsi" del integrativismo jurídico*, pp. 1-10. Recuperado el 3 de mayo de 2019 de: <https://www.astrea.com.ar/resources/doctrina/doctrina0428.pdf>
- Dulitzky, A.** (s/f). Cuando los afrodescendientes se transformaron en "Pueblos Tribales": El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las Comunidades Rurales Negras. *El otro Derecho*, (41). Bogotá: ILSA, pp. 1-48.
- Novelli, M.** (2004-2005). La teoría trialista frente a la teoría pura. Reflexiones comparativas sobre tres cuestiones jurídicas relevantes. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, (28), pp. 115-122. Recuperado el 3 de mayo de 2019 de: http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Revista_del_Centro281.pdf
- OEA.** (2016). Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Recuperado el 3 de mayo de 2019 de: <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>
- OIT.** (1989). *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales*. Recuperado el 3 de mayo de 2019 de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314

Pezzetta, S. (2007-2008). El marco teórico del trialismo de Werner Goldschmidt y su evolución. Algunas ideas sobre los nuevos aportes teóricos. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (11), pp. 245-255. Recuperado el 3 de mayo de 2019 de: <http://www.rtfed.es/numero11/13-11.pdf>

Sillero, R. (2018). El derecho a Consulta y Consentimiento Previo Libre e Informado en comunidades no aborígenes. El caso de pastores trashumantes. *Revista de Derechos Humanos y Humanitario*, (1). Recuperado el 3 de mayo de 2019 de: <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=05633c0aaced46f6931333ad83464b90>

9. Referencias jurisprudenciales

Corte IDH, “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28/11/2007. Recuperado el 3 de mayo de 2019 de: http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/estandares/cidh/doc_view/13-2007-sentencia-caso-saramaka-vs-surinam.raw?tmpl=component

Corte IDH, “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12/08/2008. Recuperado el 3 de mayo de 2019 de: http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/estandares/cidh/doc_view/54-2008-caso-saramaka-vs-surinam-sentencia-interpretativa.raw?tmpl=component

Corte IDH, “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, Fondo y Reparaciones, 27/06/2012. Recuperado el 3 de mayo de 2019 de: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf