

**UCLA**

School of Law

**The Promise Institute
for Human Rights**

JOSEPH BERRA
Human Rights in the Americas Director

UCLA SCHOOL OF LAW
385 CHARLES E. YOUNG DRIVE EAST
LOS ANGELES, CALIFORNIA 90095-1476
Phone: (310) 825-9814
Email: berra@law.ucla.edu

EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA CONSULTA Y EL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO:

SU SIGNIFICADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y SU APLICACIÓN AL CASO DEL PUEBLO LENCA Y EL PROYECTO HIDROELÉCTRICO AGUA ZARCA

I. El Marco del Estudio

La Clínica de Derechos Humanos en Acción del Instituto de la Promesa de los Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de California en Los Ángeles (UCLA) acordó preparar este estudio sobre el concepto de la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en el derecho internacional, y su aplicación al entorno de antecedentes y acciones que condujeron al proyecto hidroeléctrico en Honduras conocido como “Agua Zarca”, con el fin de evaluar el cumplimiento de la obligación del Estado Hondureño de consultar y obtener el consentimiento del pueblo Lenca. El trabajo fue realizado por Joseph Berra y la Clínica de Derechos Humanos en Acción bajo su dirección.¹

La Clínica propuso sistematizar en esta consultoría el desarrollo del derecho en los instrumentos internacionales y su interpretación más actualizada, revisando la evolución de las normas en el derecho internacional y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En el transcurso del estudio, el Director Joseph Berra hizo tres visitas a Honduras, durante las cuales se reunió con el representante legal y miembros de COPINH, e hizo una visita *in situ* a la comunidad de Río Blanco. Además, los miembros de la Clínica, COPINH y su representante legal sostuvieron varias reuniones por teleconferencia y otras comunicaciones en la preparación del estudio.

¹ Director de Derechos Humanos en las Américas y de la Clínica de Derechos Humanos en Acción del Instituto de la Promesa de los Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de UCLA. Es además miembro de la Junta Directiva del Consejo de Investigaciones para Centroamérica y el Caribe (conocido por sus siglas en inglés CCARC), y en tal capacidad fue investigador y co-coordinador de varios proyectos de investigación y consultoría respecto a los derechos de los pueblos indígenas y afro-descendientes de Honduras, incluyendo entre otros, el *Diagnóstico de la tenencia de la tierra en comunidades Garífunas y Miskitas de Honduras* (2002), financiado por el Banco Mundial. Maestría (MA) en Antropología Social (Universidad de Texas en Austin); Juris Doctor (JD) (St. Mary's University San Antonio).

II. Introducción

En las últimas décadas, los derechos de los pueblos indígenas han logrado un mayor reconocimiento en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.² Los pueblos indígenas, a pesar de las historias coloniales que les han impactado, tienen derecho a ciertos derechos colectivos básicos.³ Al mismo tiempo, los pueblos indígenas han afirmado de forma activa su estatus como pueblos originarios y titulares de derechos colectivos en diversos ámbitos de la creación de normas internacionales de derechos humanos.⁴ El desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas es la aplicación de las normas generales de derechos humanos internacionales a la situación específica de los pueblos indígenas.

Dos de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos tienen como objetivo establecer y proteger los derechos de los pueblos indígenas: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (“Convenio 169”),⁵ la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígena (“Declaración de la ONU” o “DNU DPI”),⁶ y la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI).⁷ El preámbulo de la Declaración de la ONU, por ejemplo, reconoce y reafirma “que los indígenas tienen sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos”.⁸ Igualmente, el preámbulo de la DADPI afirma: “PREOCUPADOS por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses...”⁹

Existen ciertos derechos fundamentales de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Primero y más importante es el derecho a existir y sobrevivir como pueblo, y

² Robert J. Miller, *Consultation or Consent: The United States' Duty to Confer with American Indian Governments*, 91 N.D. L. REV. 37, 37 (2015).

³ *Id.* at 40.

⁴ *Collective Rights to Land and Natural Resources*, IWGIA, <http://www.iwgia.org/iwgia/what-we-do/local-projects/collective-rights-to-land-and-natural-resources>.

⁵ *C169 – Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (No. 169)*, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_100910.pdf. (en adelante en estas notas, “Convenio 169”).

⁶ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf. (en adelante en estas notas, “Declaración de la ONU”).

⁷ *Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Organización de Estados Americanos, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16) (adoptada 14 de junio de 2016) (en adelante “Declaración Americana” o “DADPI”), <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>.

⁸ Declaración de la ONU, Preámbulo.

⁹ Declaración Americana, Preámbulo

con ella el derecho a la libre determinación y la autonomía.¹⁰ Igualmente, el derecho a la tierra y territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado es fundamental para su sobrevivencia como pueblo.¹¹ El derecho de los pueblos indígenas al consentimiento libre, previo e informado (CLPI) surge necesariamente de este reconocimiento. El derecho a la consulta y al CLPI se aplica en una variedad de circunstancias cuando los Estados (y otros actores actuando con la autoridad del Estado) pretendan entablar acciones que afectan a las comunidades indígenas. Funciona como salvaguardia de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas, especialmente respecto a acciones que afectan sus derechos al territorio, tierra, y recursos naturales.¹²

En su forma más básica, la consulta y el CLPI afirma “el principio generalmente aceptado en el derecho internacional que los pueblos indígenas deben ser consultados con respecto a cualquier decisión que les afecte”.¹³ Según el artículo 6 del Convenio 169, la obligación de consultar debe guiar toda la aplicación del Convenio.¹⁴ El artículo 6 dispone, además, que 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 consentimiento a las medidas propuestas.”¹⁵ Por lo tanto, el derecho a la consulta consagrado en el artículo 6 implica la noción de acuerdo o consentimiento como el objetivo de un proceso de consulta de buena fe.

En 2007, dieciocho años después de la adopción del Convenio 169, este principio está formulado explícitamente como el derecho al consentimiento libre, previo e informado en la Declaración de la ONU. La Declaración formula el derecho al CLPI ligado a procesos de “consulta y cooperación de buena fe” con los pueblos indígenas.¹⁶ Lo mismo lo hace la recién aprobada Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.¹⁷ Como resultado, el derecho a la consulta debe interpretarse en consonancia con el principio del CLPI, y con los derechos fundamentales de los pueblos indígenas a la libre determinación y la autonomía.

Los procesos reales de la consulta y el ejercicio del derecho al CLPI deben juzgarse caso por caso, de acuerdo con las necesidades y costumbres de las comunidades indígenas en cuestión, y conforme a las obligaciones impuestas a los Estados partes por el derecho internacional. En estos procesos, los pueblos indígenas deben tener la oportunidad de

¹⁰ *Id.*, artículos 3, 4; véanse también S. JAMES ANAYA, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS AND INDIGENOUS PEOPLES 58 (2009); Tara Ward, *Free, Prior, and Informed Consent: Peoples' Participation Rights within International Law*, 10 NW. U. J. INT'L HUM. RTS. 54, 55 (2011).

¹¹ Convenio 169, artículos 13-19.

¹² *Id.* at 17.

¹³ James Anaya, *Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions About Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources*, 22 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 7, 7 (2005).

¹⁴ Convenio 169, artículo 6.

¹⁵ *Id.*, artículo 6(2).

¹⁶ Declaración de la ONU, véanse por ejemplo los artículos 19, 28 y 32.

¹⁷ *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), disponible en documento AG/doc5557/16, pág. 167-187, <http://www.oas.org/es/council/AG/ResDec/>.

realizar la auto-consulta, un proceso a través del cual los pueblos indígenas se reúnen para discutir los diferentes puntos de vista entre sus miembros de la comunidad sobre un tema, para poder formular y presentar su opinión colectiva, conforme al principio de la libre determinación.¹⁸ Además, deben tener acceso a consultores técnicos independientes que ellos mismos escogen, con el fin de determinar los impactos ambientales y de otros índoles de los proyectos propuestos a través de un proceso que no esté mediado por los actores gubernamentales. Este respeto al proceso de deliberación y juicio del titular de los derechos asegura que los actores gubernamentales no sustituyen su propio juicio, en forma neo-colonial, de lo que debe ser el resultado de la consulta en lo relativo a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.¹⁹

La expansión e impulso estatal de las industrias de extracción de recursos naturales en territorios tradicionalmente ocupados por los pueblos indígenas ha dado realce y urgencia al reconocimiento, exigencia, y promoción del derecho la consulta y al CLPI. El desarrollo normativo y efectivo del derecho se desenvuelve en un ambiente con alto grado de conflictividad, por el impulso estatal de este modelo económico sin adecuarlo al derecho indígena, y la resistencia indígena que genera en defensa de sus territorios.

Este estudio analizará el derecho de los pueblos indígenas a la consulta y el CLPI a través de la evolución del marco jurídico de los derechos de los pueblos indígenas y el derecho internacional de los derechos humanos. Examinaremos primero el significado doctrinal del concepto de la consulta y el CLPI en los tratados internacionales y las interpretaciones de los órganos de control de los mismos. Después enfocaremos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los estándares respecto al deber de consultar, y en su caso, obtener el consentimiento de los pueblos indígenas. Recogeremos y analizaremos los antecedentes en el proyecto hidroeléctrico Agua Zarca en relación a la consulta y la comunidad Lenca de Rio Blanco. Por último, aplicaremos los estándares internacionales al caso.

III. El Desarrollo del Derecho a la Consulta y el CLPI y sus Estándares Correspondientes

A. Los Instrumentos Internacionales

Convenio 169 de la OIT

La Consulta, El Consentimiento y La Participación: fundamento y salvaguardia de los derechos indígenas

¹⁸ *Id.*, artículos 3, 4 y 33; véase *Honduras. Sobre la Autoconsulta de los Pueblos Lencas de la Paz*, KAOSENLARED (17 de julio, 2016), <http://kaosenlared.net/honduras-sobre-la-autoconsulta-de-los-pueblos-lencas-de-la-paz/>

¹⁹ Robert N. Clinton, *The Rights of Indigenous Peoples as Collective Group Rights*, 32 ARIZ. L. REV. 739, 740 (1990).

El Convenio 169 de la OIT es el punto de partida en el análisis del derecho a la consulta y el CLPI. En el desarrollo del derecho indígena internacional, el Convenio 169 reemplazó el Convenio 107 de la OIT. Este último fue criticado por ser demasiado centrado en el Estado y la asimilación como política indígena.²⁰ El Convenio 169, en cambio, fue creado con mayor incidencia de los pueblos indígenas. A los casi 30 años de su adopción, el Convenio 169 sigue siendo un instrumento vivo y relevante en el régimen de reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas, y ha servido como base de un desarrollo robusto de la normatividad de los derechos de los pueblos indígenas. Por lo tanto, no es la única fuente jurídica de este marco normativo. El régimen de derecho de los pueblos indígenas ha avanzado a través de los procesos que culminaron en la Declaración de la ONU y la Declaración Americana, a través de la jurisprudencia, tanto doméstica como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y a través de la experiencia de lucha y reivindicación de los pueblos indígenas. Así se configura el marco jurídico actual y el contexto de implementación de la consulta y el CLPI.

La obligación de consultar, y por lo tanto el derecho a la consulta, se fundamenta en el artículo 6 del Convenio 169. El artículo 6 consagra el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.”²¹ El Convenio hace más explícito el significado de la consulta al disponer que “[l]as 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.”²² El artículo 6 está íntimamente vinculado con el artículo 7, que recoge el derecho de participación y el principio de la libre determinación, incluyendo “el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.”²³ El derecho a la consulta es fundamental en la aplicación de todo el Convenio, y específicamente en lo referente a los artículos 10 (referente a la reubicación); 11 (cultura y propiedad intelectual); 19 (gobernanza y participación política); 28 (derecho a la tierra y territorio); 29 (medio ambiente); y 32 (recursos y desarrollo).

La OIT se refiere a la consulta y la participación como “la piedra angular del Convenio.”²⁴ La obligación de consultar incluye la libre participación de los pueblos

²⁰ *Id.*

²¹ Convenio 169, art. 6.1(a).

²² *Id.*, art. 6.2.

²³ *Id.*, art. 7.1.

²⁴ Organización Internacional del Trabajo, Programa para Promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica* (2009), http://pro169.org/res/materials/es/general_resources/Derechos%20de%20los%20PI%20en%20la%20Practica%20-%20una%20Guia.pdf, p.59.

indígenas “en todos los niveles de la formulación, implementación y evaluación de las medidas y programas que los afectan directamente.”²⁵

El Convenio vincula e impone obligaciones sobre los Estados partes. Por lo tanto, la obligación de consultar en un proceso de buena fe recae en los gobiernos y no en personas o empresas privadas.²⁶ Además, el Convenio establece varios principios y derechos que sirven para extraer elementos de un proceso de consulta coherente con el derecho indígena. Por ejemplo, la OIT señala que un proceso de consulta adecuado debe apoyar el desarrollo de las instituciones e iniciativas propias de los pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas, y debe proporcionarles los recursos necesarios de su participación. La consulta debe realizarse de buena fe y de una forma apropiada a las circunstancias, lo que significa que la consulta debe producirse en un ambiente de confianza mutua. Los gobiernos también deben reconocer a las organizaciones representativas y llevar a cabo negociaciones constructivas y genuinas. Deben tratar de llegar a un acuerdo, evitar demoras injustificadas, y sobre todo respetar los acuerdos que se celebren y aplicarlos de buena fe.²⁷

Corresponde a los gobiernos velar por que los pueblos indígenas tengan toda la información pertinente y puedan entender plenamente el propósito y sus impactos. Además, se debe dar tiempo suficiente a los pueblos indígenas para que participen en sus propios procesos de toma de decisiones y participen efectivamente de manera respetuosa con sus tradiciones culturales y sociales.²⁸ El proceso de consulta también deberá realizarse mediante procedimientos apropiados, con una evaluación periódica sobre el funcionamiento de los mecanismos de consulta y con el objetivo de lograr un acuerdo o consentimiento para cumplir con el artículo 6 de la Convención.²⁹

Estos son los principios del proceso de consulta derivados del Convenio: respeto a las estructuras y libre determinación indígena; acceso a la información pertinente; realización con antelación a las decisiones y acciones para que puede darse una participación efectiva; y, en fin, crear confianza y actuar de buena fe. Estos principios deben conducir al objetivo de la consulta, que es el acuerdo o el consentimiento del pueblo indígena dispuesto en el artículo 6.2. Estos principios también conforman los preceptos que en la jurisprudencia e instrumentos posteriores están articulados en el concepto del *consentimiento libre, previa, e informada*.

La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI o “la Declaración”) tomó más de 20 años para negociar; los Estados,

²⁵ *Id.*, p.61.

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.*, p.62.

²⁹ *Id.*

los órganos de la ONU y los pueblos indígenas participaron en su creación. Es el único instrumento de derechos humanos creado con la participación de los propios titulares de los derechos, reconociendo específicamente que los derechos de los pueblos indígenas son "tanto individuales como colectivos".³⁰ La Declaración "refleja el consenso actual de la comunidad internacional sobre el contenido y ámbito de los derechos de los pueblos indígenas, que también se basan en los instrumentos internacionales de derechos humanos de aplicación general."³¹ Juega un papel normativo en cuanto se desarrolla sobre los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y explica cómo estos derechos se aplican a los pueblos indígenas.³² Adoptarla significa un compromiso con los principios que establece. Puede ser visto como una guía rectora para el desarrollo de la política y el derecho interno, ya que establece "los estándares internacionales mínimas para la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas."³³

Con respecto al derecho de consulta y el CLPI, la Declaración establece que el objetivo de la consulta es lograr el "consentimiento libre, previo e informado".³⁴ El fundamento de este requisito está relacionado con las normas de los tratados, incluido el derecho a la libre determinación establecido en el artículo 1 común de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.³⁵ También se deriva del derecho a la autodeterminación, que es considerado como el "principio fundador de los derechos de los pueblos indígenas".³⁶ La obligación de consultar con el objetivo de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas se establece a manera de asegurar que el derecho a la libre determinación es tanto respetado como también protegido por los Estados.³⁷ La Declaración requiere que los Estados, antes de adoptar y aplicar medidas administrativas o legislativas que puedan afectar a los pueblos indígenas, consulten y cooperen de buena fe con ellos con el fin de obtener su consentimiento libre,

³⁰ Indigenous Bar Association, *Understanding and Implementing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, (2011), http://www.indigenousbar.ca/pdf/undrip_handbook.pdf, p.6

³¹ Vitoria Tauli-Copuz, *Consulta y consentimiento: principios, experiencias y desafíos*, "Presentación de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Ciudad de México, 8 de noviembre de 2016), p.3. http://unsr.vtaulicopuz.org/site/images/docs/special/UNSR_Presentation_OHCHR_MX_Colloquium_Nov2016_SPA.pdf. Cabe señalar que los cuatro países que inicialmente votaron en contra de la Declaración (Australia, Nueva Zelanda, Canadá, y Estados Unidos), posteriormente anunciaron su adhesión a la Declaración en el año 2010.

³² Indigenous Bar Association, *supra* nota 30, p.7.

³³ Mensaje de Vitoria Tauli-Copuz, 13 de septiembre de 2007, Presidenta del Foro Permanente de las Naciones Unidas para Pueblos Indígenas, con ocasión a la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. <http://www.fns.bc.ca/info/UNDeclaration/UN%20News%20Service-Press%20Information/UNPFII%20PR%20-%20Message%20of%20Victoria%20Tauli-Copuz,%20Chairperson.pdf>.

³⁴ Declaración de la ONU, artículo 19.

³⁵ <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/FreePriorandInformedConsent.pdf> p.1

³⁶ Bartolomé Clavero, *The Indigenous Rights of Participation and International Development Policies*, 22 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 41, 42 (2005).

³⁷ <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1125&context=njih>

previo e informado.³⁸ Afirma que los pueblos indígenas tienen derecho a determinar prioridades y estrategias de desarrollo sobre sus territorios y recursos, y requiere consultas de buena fe y la obtención del CLPI “antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o explotación de recursos hídricos o de otro tipo”.³⁹ El principio de la consulta y la participación se aplica también a la adopción de “medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines” de la Declaración.⁴⁰ Por lo tanto, los mecanismos de la consulta deben ser también en sí mismos el producto de una consulta de buena fe.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) ha recogido el consenso de expertos internacionales sobre los elementos del consentimiento *libre, previo e informado*.⁴¹

Libre debería implicar que no hay coacción, intimidación ni manipulación, y **previo** debería implicar que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos de consulta/consenso con los pueblos indígenas. **Informado** debería implicar que se proporcione información que abarque, por lo menos, los siguientes aspectos: [entre otros] ... naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; la razón o razones o el propósito del proyecto...; la duración, los lugares o las zonas que se verán afectados; una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos; el personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto; y los procedimientos que puede entrañar el proyecto. Este proceso puede incluir la opción de retirar el consentimiento prestado. Las consultas y la participación son componentes fundamentales de un proceso de **consentimiento**.⁴²

Una participación plenamente equitativa es un componente crucial de un proceso de consentimiento, donde la buena fe debe prevalecer y las partes deben establecer un diálogo que les permita encontrar soluciones apropiadas en un ambiente de respeto mutuo. El consentimiento de los pueblos indígenas debe buscarse de acuerdo con sus prácticas y derecho consuetudinarios. No requiere que todos estén de acuerdo, pero significa que el proceso de consentimiento debe llevarse a cabo a través de las instituciones y los

³⁸ Declaración de la ONU, artículo 19.

³⁹ *Id.* artículo 32.

⁴⁰ *Id.* Artículo 38.

⁴¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y Foro de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos de Asia y el Pacífico (conocido por sus siglas en inglés APF), La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: Manual para las instituciones de derechos humanos. Agosto 2013. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/UNDRIPManualForNHRIs_SP.pdf.

⁴² *Id.*, citando el “Informe del Seminario Internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, Nueva York (Estados Unidos de América), 17 a 19 de enero de 2005” (E/C, 19/2005/3), párr. 46-49.

procedimientos elegidos por los propios pueblos indígenas. Además, deberían crearse procedimientos y mecanismos para verificar que se ha solicitado el consentimiento libre, previo e informado. Para que estos mecanismos funcionen adecuadamente, es esencial que los pueblos indígenas sean incluidos en su desarrollo e implementación.⁴³ Deben participar a través de sus propias organizaciones representativas y se les debe dar tiempo suficiente para discutir sus preocupaciones sin ser presionados y estresados en tomar una decisión. La inclusión de una perspectiva de género y la participación de mujeres y jóvenes indígenas es crucial. Asimismo, el consentimiento a cualquier acuerdo debe ser interpretado como los pueblos indígenas lo han entendido razonablemente.⁴⁴ Los mecanismos de una consulta culturalmente apropiada también pueden establecerse mediante la creación de grupos consultivos indígenas. El costo de los procesos participativos debe ser evaluado como parte del proceso de planificación y se deben asignar los recursos adecuados, teniendo en cuenta las posibles diferencias entre los procesos de toma de decisiones de la comunidad.⁴⁵ Las consultas deben tener el propósito y así terminar cuando las comunidades indígenas y el gobierno lleguen a un acuerdo.⁴⁶ Por último, los Estados deben crear mecanismos de reparación cuando no se haya solicitado este consentimiento.

La Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas reitera y refuerza estos mismos principios afirmando el derecho al consentimiento libre, previo e informado en sus artículos XXIII (sobre medidas legislativas o administrativas), XXVIII (patrimonio cultural y propiedad intelectual) y XXIX (sobre tierra, territorios y recursos).

B. La Jurisprudencia

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una jurisprudencia amplia y robusta en materia de los derechos de los pueblos indígenas. Ha interpretado la Convención Americana sobre Derechos Humanos dentro del desarrollo progresivo del *corpus juris gentium* del derecho internacional de los derechos humanos, como el marco en que se inscribe.⁴⁷ Así asegura la evolución del sistema interamericano de acuerdo con el desarrollo de este marco, cumpliendo el principio contenido en el artículo 29(b) de la Convención de no interpretarla de forma que limite los derechos humanos reconocidos en otros instrumentos.⁴⁸ En este sentido, ha utilizado instrumentos como el Convenio 169, la DNUDPI, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y los mecanismos de control e interpretación de estos instrumentos para establecer los principios de los derechos de los pueblos indígenas, interpretar las disposiciones de la Convención Americana y determinar

⁴³ <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/FreePriorandInformedConsent.pdf> p.2

⁴⁴ http://pro169.org/res/materials/en/general_resources/IPsRightsInPractice-singlepages.pdf p.61

⁴⁵ http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/UNDG_guidelines_ES.pdf p.27

⁴⁶ Declaración de la ONU, artículo 19; ACNUDH y APF, Manual para las instituciones de derechos humanos, *supra*, nota 41, p.28.

⁴⁷ Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005, *Fondo, Reparaciones y Costas*, Serie C, No. 125, párrs. 124-30.

⁴⁸ *Id.*

las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos aplicados a los pueblos indígenas.⁴⁹

Visto de otra forma, el desarrollo del marco de los derechos de los pueblos indígenas es la aplicación del marco general del derecho internacional de los derechos humanos a la situación específica de los pueblos indígenas. La Corte lo reconoce y lo hace efectivo dentro del sistema interamericano. Por lo tanto, la Corte Interamericana ha seguido un proceso de incorporación de los derechos de los pueblos indígenas al sistema interamericano en su jurisprudencia.

En el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, por ejemplo, representantes de las comunidades del Pueblo Saramaka presentaron demandas contra Surinam por otorgar permisos a terceros para acceder y explotar recursos naturales en sus tierras tradicionales sin consultar a la comunidad.⁵⁰ La Corte determinó que Surinam había violado el derecho de las comunidades Saramaka a la propiedad tal como se define en el artículo 21 de la Convención Americana.⁵¹ Al hacer esto, la Corte utilizó otros instrumentos de derechos humanos para determinar la obligación de Surinam a los pueblos indígenas a la luz del hecho de que el Estado no había ratificado el Convenio 169 de la OIT.⁵² En particular, la Corte hizo énfasis en que Surinam había ratificado El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).⁵³ Debido a que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha interpretado que el artículo 1 del PIDESC es aplicable a los pueblos indígenas, las comunidades del Pueblo Saramaka pueden, según la Corte, "provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural," y "disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales" para no ser privados "de sus propios medios de subsistencia."⁵⁴ Además, la Corte observó que en el Comentario General No. 23 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU), el CDHNU interpretó el PIDCP como aplicable a los pueblos indígenas.⁵⁵ En ese sentido, el CDHNU afirma que "[e]l disfrute de esos derechos [culturales] puede requerir medidas legales positivas de protección y medidas para asegurar la participación efectiva de los miembros de las comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan."⁵⁶

Además, la Corte observó que la Recomendación General No. 23 del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CNUEDR) insta a los Estados a que "[g]aranticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos

⁴⁹ *Id.*; Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Serie C, No. 172, párr. 93-6.

⁵⁰ Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam, párr. 129.

⁵¹ *Id.*, párrs. 154; 158.

⁵² *Id.*, párrs. 93-6.

⁵³ *Id.*, párr. 93.

⁵⁴ *Id.*, citando el artículo 1 común del PIDCP y PIDESC.

⁵⁵ *Id.*, párr.94.

⁵⁶ ONU, Comité de Derechos Humanos, *Comentario General No. 23: Los derechos de las minorías (Art. 27) (quincuagésima sesión, 1994)*, ONU. Doc. CCPR/C/21Rev.1/Add.5, 4 de agosto de 1994, párr. 7.

iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado."⁵⁷ La Corte también miró las observaciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU y el artículo 32 de la DNUDPI recién aprobada con el apoyo de Surinam, para determinar el alcance de la consulta y el consentimiento.⁵⁸

Al destacar e incorporar estos otros instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, la Corte determinó que Surinam violó el derecho de las comunidades Saramaka a la propiedad y protección legal efectiva, derechos consagrados en los artículos 21 y 25 de la Convención Americana.⁵⁹ A pesar de que Surinam no había ratificado el Convenio 169 de la OIT, la Corte efectivamente aplicó el marco desarrollado en el derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas a través de estos otros instrumentos internacionales de derechos humanos que Surinam había ratificado para determinar que Surinam tenía el deber, entre otras obligaciones, de consultar con los pueblos indígenas. La Corte determinó que Surinam necesitaba "asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio" porque "el Estado tiene el deber de consultar activamente con dicha comunidad de acuerdo con sus costumbres y tradiciones."⁶⁰ Específicamente, la Corte estableció los siguientes estándares para la consulta y el consentimiento:

Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.⁶¹

La Corte siguió definiendo que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala” el Estado tiene la obligación no sólo de consultar, “sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de [los Saramakas], según sus

⁵⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general N° XXIII relativa a los derechos de los pueblos indígenas, párrafo 4(d), 51º período de sesiones (1997).

⁵⁸ Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párrs. 130-31.

⁵⁹ *Id.*, párrs. 154; 158; 175; 185.

⁶⁰ *Id.* párr. 133.

⁶¹ *Id.*

costumbres y tradiciones.”⁶² En eso la Corte está de acuerdo con la misma posición tomada por los Relatores Especiales de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y otros organismos internacionales que velan por los derechos humanos de los pueblos indígenas, quienes consideran que la obtención del consentimiento es un deber del Estado en relación con grandes proyectos de desarrollo.⁶³ Efectivamente en el caso del Pueblo Saramaka, la Corte vio que por el impacto profundo que tenía la concesión sobre los derechos de propiedad del pueblo, el Estado tenía “la obligación de obtener el consentimiento libre, previa e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones.”⁶⁴

En este marco, la Corte ve la consulta y el consentimiento como una salvaguardia, cuando se ven afectados derechos fundamentales de los pueblos indígenas.⁶⁵ El anterior Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas recogió y desarrolló esta concepción, diciendo que “ni la consulta ni el consentimiento son un fin en sí mismos, ni tampoco son derechos independientes. ... Se trata de una norma que complementa y contribuye a dar efectividad a derechos sustantivos.”⁶⁶ Entre estos derechos sustantivos se incluyen el derecho a la libre determinación, el derecho al territorio, tierra y recursos necesarios para sostenerse, el derecho a la cultura y la religión, el derecho a participar en las decisiones que les afecta, y el derecho de determinar sus propias prioridades y estrategias para el desarrollo y la utilización de sus tierras, territorios o recursos.⁶⁷

La norma sobre la consulta y el consentimiento no representa un simple mecanismo a cumplir. Como dice el anterior Relator Especial, “es un medio para hacer efectivo estos derechos y se justifica además por el carácter generalmente marginado de los pueblos indígenas en la esfera política, pero es una norma que, sin lugar a dudas, no representa el pleno alcance de estos derechos.”⁶⁸ Esta norma funciona a la par de otras salvaguardias de los derechos indígenas, como los estudios previos de impacto social y ambiental de proyectos de desarrollo, y en su caso, el establecimiento de medidas de mitigación, de participación en los beneficios, y el pago de indemnizaciones.⁶⁹ Más aún, tomando en cuenta el pensamiento de la Corte, la Declaración de las Naciones Unidas, y otras fuentes, el Relator considera “siempre que los derechos afectados sean esenciales para la supervivencia de los grupos indígenas como pueblos distintos y los efectos previstos en el ejercicio de los derechos sean importantes, será necesario el consentimiento de los indígenas ante dichos efectos, el cual deberá ir más allá de limitarse a ser un objetivo de las consultas.”⁷⁰

⁶² *Id.* párr. 134.

⁶³ *Id.* párrs. 135-36 y sus notas acompañantes.

⁶⁴ *Id.* párr. 137.

⁶⁵ *Id.* párrs. 129-31.

⁶⁶ Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, (6 de julio de 2012), A/HRC/21/47, [“Informe del RE de 2012” párr. 49.

⁶⁷ *Id.* párr. 50.

⁶⁸ *Id.* párr. 51.

⁶⁹ *Id.* párr. 52.

⁷⁰ *Id.* párr. 65.

En otros dos casos recientes y directamente vinculantes a Honduras, la Corte pronunció sobre el derecho sustantivo de propiedad del pueblo Garífuna de Honduras y la salvaguardia de este derecho en la consulta respecto a proyectos de desarrollo en territorio garífuna.⁷¹ La Corte encontró que, por lo menos desde 1982, el Estado de Honduras tenía la obligación surgido desde el propio derecho interno, de “dictar medidas de protección de los derechos e intereses de las comunidades indígenas existentes en el país y especialmente de las tierras y bosques donde estaban asentadas,” conforme con el artículo 346 de la Constitución.⁷² Posteriormente, las disposiciones de la Ley para la Modernización y el Desarrollo del Sector Agrícola de 1992 y la Ley de Propiedad de 2004 crearon obligaciones de respetar y proteger el derecho a la tierra de los pueblos indígenas y de titular las tierras que tradicionalmente ocupan.⁷³

Por otra parte, Honduras ratificó el Convenio 169 en 1995, y desde el 28 de marzo de 1996, la fecha en que entró en vigor el Convenio, Honduras tenía la obligación de cumplir con sus disposiciones en torno al reconocimiento de los derechos a la tierra, territorio, y recursos de los pueblos indígenas y de cumplir con las normas de la consulta y el consentimiento.⁷⁴ Desde esta fecha, cualquier disposición interna estaba sujeta al control del Convenio. Además, la Corte reiteró que el control de la Convención Americana extiende, según su jurisprudencia, al *corpus juris* de protección acordada a los derechos de los pueblos indígenas en las normas del Convenio, la DNUDPI, y otros instrumentos internacionales.⁷⁵

Es significativo que la Corte encontró en el caso de la comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz que Honduras había violado el artículo 21 de la Convención Americana por no haber delimitado y demarcado tierras tituladas a la comunidad,⁷⁶ y por no haber titulada, delimitada y demarcada tierras reconocidas como territorio tradicional de la comunidad.⁷⁷ Todo esto dio lugar a violaciones adicionales en la venta de tierras de la comunidad a empresas de desarrollo turístico y otros terceros, y la falta de protección del territorio de la comunidad frente a estos terceros, lo cual dio lugar a serios conflictos, actos de violencia, y asesinatos.⁷⁸

En forma semejante, la Corte encontró que el Estado de Honduras violó el artículo 21 en perjuicio de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra al no garantizar el uso y goce

⁷¹ Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305; Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C No. 304.

⁷² Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras, párr. 144.

⁷³ *Id.* párrs. 108-9.

⁷⁴ *Id.* párrs. 122; 161.

⁷⁵ *Id.* párr. 103.

⁷⁶ *Id.* párr. 125.

⁷⁷ *Id.* párr. 12.

⁷⁸ *Id.* párr. 145; 148; 151. Para los conflictos y hechos violentos, véase párr. 88.

de su propiedad colectiva.⁷⁹ En este caso el Estado permitió la ocupación del territorio por parte de terceros, permitió el traslape de títulos, y se negó a sanear los títulos otorgados a la comunidad, todo en contra de la forma consuetudinaria de tenencia colectiva de la comunidad.⁸⁰ Todo esto también dio lugar a conflictos, el asesinato de un miembro de la comunidad, y la criminalización de otra.⁸¹

Estas violaciones por parte de Honduras del derecho sustantivo de propiedad de las comunidades Garífunas están estrechamente ligados a las también violaciones del derecho a la consulta encontradas por la Corte. La falta de respeto al derecho sustantivo es el trasfondo que genera también la falta de respeto al derecho a la consulta como salvaguardia de los derechos sustantivos.

Por ejemplo, en el caso de la comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz, la Corte encontró que Honduras violó el derecho a la consulta previa de la comunidad respecto a dos proyectos turísticos realizados con licencias del Estado en territorio de la comunidad.⁸² También violó el derecho a la consulta previa respecto a la creación de un área protegida que abarcaba una parte del territorio de la comunidad, y respecto también a su plan de manejo correspondiente.⁸³ La Corte hizo particular énfasis en el artículo 6.1 del Convenio 169 y el artículo 32.1 de la DNUDPI, notando que este último establece que los pueblos “tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.”⁸⁴ La Corte también señaló la necesidad de estudios de impactos ambientales y sociales, para que la comunidad pueda “opinar sobre el proyecto en cuestión dentro de un proceso de consulta ‘con conocimiento y de forma voluntaria’.”⁸⁵ Estos debían realizarse antes del otorgamiento de la concesión o licencia.⁸⁶ Esta salvaguardia, como la de la consulta, también fue violada por el Estado de Honduras en el caso de la comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz.⁸⁷ La Corte señaló que el Estado tampoco “dispuso como se debían, en su caso, compartir los beneficios” de los proyectos en cuestión.⁸⁸

Aún más significativo para el caso que pretendemos analizar aquí es la decisión de la Corte en el caso de la comunidad Garífuna de Punta Piedra. Ahí la Corte encontró a Honduras responsable por la violación del derecho a la propiedad comunal, por no haber efectuado un proceso adecuado y efectivo de consulta previa antes de dar una concesión para la exploración minera en 2014 en el territorio de Punta Piedra.⁸⁹ La Corte rechazó el

⁷⁹ Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras, párr. 202.

⁸⁰ *Id.* párrs. 178-79; 182-201.

⁸¹ *Id.* párrs. 133-54.

⁸² Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras, párrs. 165-67.

⁸³ *Id.* párrs. 170-71.

⁸⁴ *Id.* párr. 171.

⁸⁵ *Id.* párr. 180, con referencia interna al *Caso del pueblo Saramaka Vs. Surinam*, párr.185.

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.* párr. 182.

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras, párrs. 215-24.

argumento del Estado de que el deber de consultar se implica solo cuando se pase a la fase de explotación y no en la fase de exploración. De igual forma encontró la reglamentación del derecho interno Hondureño inconsistente con los estándares internacionales, “según los cuales la consulta debe realizarse en las primeras etapas del proyecto; es decir, de forma previa a la autorización programas de prospección o exploración” cuando pueda afectar el territorio tradicional de los pueblos indígenas.⁹⁰

Por último, la Corte encontró en los dos casos que Honduras había violado el derecho a las garantías judiciales y protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana. De nuevo, en relación a los derechos sustantivos de los pueblos indígenas, la protección judicial o el acceso a recursos efectivos de reivindicación de los derechos, además de ser en sí un derecho sustantivo, funciona como última salvaguarda, pero esto depende de un sistema judicial independiente y efectivo, con la capacidad de aplicar el control de la convencionalidad en materia de los derechos indígenas. En el caso de Triunfo de la Cruz resultó inefectivo el sistema para proteger y hacer efectivos los derechos a la propiedad colectiva en cuanto al reconocimiento de la propiedad comunal, y frente a la venta de tierras y las adjudicaciones a terceros de tierras tradicionales de la comunidad.⁹¹ En el caso de Punta Piedra, el Estado comprometió en un “Acta de Compromiso” sanear el territorio titulado a favor de la comunidad.⁹² La Corte dio valor legal a este mecanismo de conciliación extra-judicial, que aún bajo el derecho interno debía tener el efecto de cosa juzgada y fuerza ejecutiva.⁹³ El Estado tenía el deber de garantizar su cumplimiento y ejecución. Sin embargo, no lo hizo, y el recurso resultó ineficaz. Por lo tanto Honduras violó el derecho a la protección judicial de la comunidad de Punta Piedra.⁹⁴

IV. El Caso del Pueblo Lenca del Sector Rio Blanco y el Proyecto Hidroeléctrico Agua Zarca

A. Antecedentes

En cuanto al derecho sustantivo a la tierra, territorio y recursos del pueblo Lenca, y en particular de las comunidades del sector norte del municipio de Intibucá conocido como Rio Blanco, tanto los comunitarios como COPINH informan que, además del reclamo ancestral sobre este territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, existen antecedentes históricos y un título ejidal antiguo que acreditan su derecho. COPINH tiene copia escaneada del título antiguo que documenta que en 1890 el entonces Presidente de la República, Luis Bográn, adquirió la finca Rio Blanco. Posteriormente, en el año 1925, la viuda del ex Presidente y los otros herederos de Bográn traspasaron la finca, junto con otra finca vecina, a la municipalidad de Intibucá en calidad de ejidos.⁹⁵

⁹⁰ *Id.* párr. 222.

⁹¹ Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras, párrs. 240; 251.

⁹² Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras, párrs. 237.

⁹³ *Id.*, párr. 243

⁹⁴ *Id.*, párr. 251.

⁹⁵ Escritura Pública (versión escaneada), en los archivos de COPINH y de los autores.

Según información de los ancianos de la comunidad y de acuerdo con documentos encontrados en las investigaciones de COPINH, la intención del exPresidente y sus herederos fue proteger y avalar a los “indios” de Intibucá asentados en la zona frente a las pretensiones de los terratenientes del vecino departamento de Santa Bárbara. COPINH ha constatado en los archivos del Secretario de Estado en el Despacho de Gobernación y Justicia un documento con fecha del 29 de febrero del 1984 que explica que antes de salir al exilio en 1895, Luis Bográn instruyó a su esposa Teresa Morejón de Bográn de favorecer a los Intibucanos con las tierras de Río Blanco. Según el informe, en el siglo XX Beltrán Orellana pretendió comprar de Teresa viuda de Bográn las tierras de los Intibucanos para pasarlos a los pobladores colonos de San Francisco de Ojuera de Santa Bárbara. Ante esta pretensión, la viuda de Bográn y sus hijos acudieron ante el notario Carlos Zepeda quien de forma gratuita realizó las gestiones jurídicas necesarias para traspasar el título a los ejidos de la municipalidad de Intibucá, para beneficio de la población Lenca ahí asentada.⁹⁶

Desde mediados de la década de 1990, COPINH ha solicitado titulación de los territorios Lenca en forma de títulos comunales, pero el sector Río Blanco aún no ha recibido su título. Según informa, en 2013 se hizo solicitud formal al Instituto Nacional Agrario (INA) de titulación del sector Río Blanco. Sin embargo, hasta el momento no ha habido reconocimiento, titulación, delimitación y demarcación del territorio ancestral del pueblo Lenca en este sector. Como se ha visto en los casos Garífuna y como veremos en adelante, la falta de respeto y protección de los derechos sustantivos de propiedad del pueblo Lenca genera otros problemas con el derecho a la consulta y demás salvaguardias de estos derechos sustantivos.

El 30 de septiembre de 2009, el régimen post-golpe de estado de Roberto Micheletti aprobó la Ley General de Aguas.⁹⁷ La ley no incluye ninguna provisión referente a los territorios de los pueblos indígenas, ni a sus derechos respecto a los recursos hídricos. Éste es el caso a pesar de que la Corte Interamericana en su jurisprudencia ha reconocido que respecto a los territorios de los pueblos indígenas, se incluyen, en su caso, “ríos, lagos o recursos naturales de carácter hídrico.”⁹⁸ En su informe de 2016 sobre Honduras, la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas observó:

La legislación nacional hondureña ofrece un débil y deficiente reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas. El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas es escaso en comparación con las tendencias constitucionales que se han dado en las últimas décadas a lo largo de América Latina. La única mención en la Constitución de derechos que corresponden a los pueblos indígenas se encuentra en el artículo 346, que establece el deber del Estado de “dictar medidas de protección de los derechos e intereses de las comunidades indígenas

⁹⁶ Recopilación de investigaciones de COPINH de los archivos del Despacho de Gobernación y Justicia, documento inédito en los archivos de COPINH y de los autores.

⁹⁷ Ley General de Aguas, publicada en La Gaceta el 14 de diciembre de 2009, No. 32,088.

⁹⁸ *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras*, párr. 135.

existentes en el país, especialmente de las tierras y bosques donde estuvieren asentadas”.⁹⁹

Con otras leyes anteriores y posteriores a la Ley General de Aguas, el Estado Hondureño hizo algunos intentos —débiles y problemáticos en sí— de incorporar tales derechos en otras leyes respecto a la tierra y los recursos, como la Ley de Modernización del Sector Agrícola (1992), la Ley de Propiedad (2004), la Ley Forestal (2007), y posterior a la Ley General de Aguas, en la Ley General de Minería (2013).¹⁰⁰ La idoneidad y efectividad de estas disposiciones han sido criticada y hallado deficiente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes y presentación de los casos garífunas ante la Corte, y la Corte encontró por lo menos que la Ley General de Minería fue deficiente en la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el caso de Punta Piedra.¹⁰¹ La ausencia total en la Ley General de Aguas de 2009 de cualquier reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas muestra la forma *ad hoc* de estas disposiciones, lo cual sin duda llevó a las observaciones críticas de la Relatora Especial.

En nuestras visitas y comunicaciones, varias organizaciones representativas de los pueblos indígenas y afrodescendientes nos han informado que no fueron consultadas ni participaron en el desarrollo de la Ley General de Aguas. Así, era de esperar que acciones tomadas posteriormente para el desarrollo de los proyectos hídricos en territorios de los pueblos indígenas dejaran a un lado los derechos afectados de los pueblos indígenas y las salvaguardias de la consulta y los estudios de impacto social y ambiental respecto a estos derechos.

La Ley General de Aguas generó un proceso de explotación de los recursos hídricos en el país. La comunidad Lenca de Río Blanco y COPINH alegan que nunca fueron consultados sobre el proyecto de Agua Zarca. No obstante, al darse cuenta del propuesto proyecto hidroeléctrico, se reunió el sector de Río Blanco en asamblea para dar su parecer, y en esta ocasión se levantó un Acta Especial el 11 de octubre de 2010 oponiéndose a proyectos hidroeléctricos en el sector norte de Intibucá y denunciando la falta de consulta.¹⁰² En seguida, en otra Asamblea General el 16 de enero de 2011, representantes

⁹⁹ Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a Honduras (Informe de la Relatora Especial sobre Honduras), 21 de julio de 2016, A/HRC/33/42/Add.2.

¹⁰⁰ Está fuera del alcance de este trabajo evaluar por completo las disposiciones de estas leyes respecto a los derechos de los pueblos indígenas, pero la polémica que han suscitado y la falta de efectividad muestran en parte la ausencia o la deficiencia de procesos de consulta con los pueblos indígenas.

¹⁰¹ Informe No. 76/12 (Caso 12.548) *Fondo: Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros—Honduras*, 7 de noviembre 2012; Informe No.30/13 *Fondo: Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros—Honduras* (Caso 12.761); *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras*, párr.; *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras* párrs. 215-24.

¹⁰² Expediente de prueba presentada en la acusación privada por parte de COPINH en el proceso judicial contra el ex Vice-Ministro de la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente, Darío Cardona (“Expediente de prueba Darío Cardona”) (folios 362-64).

de la empresa DESA hicieron una “socialización” de información sobre el proyecto Agua Zarca, y la Asamblea expresó “que no estaba de acuerdo con el proyecto” según Acta No. 71 levantado en tal ocasión.¹⁰³

Recordamos aquí que la consulta es una obligación del Estado, y no puede ser delegado a la empresa. Además, cabe señalar que, en el caso de Triunfo de la Cruz, la Corte reiteró que

...la mera socialización con la Comunidad o brindar información no necesariamente cumple con los elementos mínimos de una consulta previa adecuada, en la medida que no constituye un diálogo genuino como parte de un proceso de participación con miras a alcanzar un acuerdo.¹⁰⁴

No obstante estas claras muestras de oponer el proyecto, el gobierno, sin consultar el pueblo Lenca, dio a DESA la concesión de aprovechamiento de las aguas del Río Gualcarque para el Proyecto Hidroeléctrico Agua Zarca, mediante contrato en el decreto 67-2011 el 23 de junio de 2011, y en la misma fecha aprobó el contrato de operación para la generación, transmisión y comercialización de energía eléctrica del mismo proyecto, a través del decreto 68-2011.¹⁰⁵

Anterior a estos decretos, DESA ya había hecho trámites pertinentes ante la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente (SERNA) para obtener la licencia ambiental. El 24 de marzo de 2011, SERNA aprobó la licencia ambiental sin haber hecho la consulta con la comunidad de Río Blanco.¹⁰⁶ En el proceso, el Instituto Nacional de Conservación y Desarrollo Forestal, Áreas Protegidas, y Vida Silvestre (ICF) hizo varios dictámenes sobre el territorio afectado sin haber informado o consultado el pueblo Lenca, incluyendo un dictamen de factibilidad del proyecto.¹⁰⁷

SERNA trasladó las diligencias a la Dirección General de Evaluación y Control Ambiental (DECA) “a fin que se pronuncien de oficio de carácter urgente y emitan el dictamen pertinente.”¹⁰⁸ DECA declaró “Ambientalmente Viable” el proyecto de 14,458 megavatios (Mw), ubicándolo en la Categoría 2 (entre 3 y 15 Mw), sin hacer un estudio de impacto ambiental, y de nuevo sin la consulta ni la participación de COPINH y el pueblo Lenca de Río Blanco. Sin embargo, DECA concluyó, y SERNA puso como condición, que “previo al otorgamiento de la Licencia Ambiental, el proponente del proyecto ósea la Sociedad ‘Desarrollos Energéticos S.A. (DESA)’, deberá presentar una Acta de Socialización del proyecto, con la participación de las comunidades ubicadas en el área de influencia directa...”¹⁰⁹ Se exigió también la elaboración de un Plan de Manejo de la

¹⁰³ *Id.* (folios 365-66).

¹⁰⁴ *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras*, párr. 173.

¹⁰⁵ Gaceta No. 32,588, 8 de agosto del 2011, pp.6-20.

¹⁰⁶ SERNA, Resolución No. 0919-2011, 24 de marzo de 2011.

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.*

Cuenca involucrando instituciones competentes pero sin referencia alguna al pueblo indígena Lenca o a la consulta.¹¹⁰

De nuevo, la “socialización” del proyecto de parte de la empresa, como requerimiento de DECA, no puede sustituir el deber de la consulta que incumbe al Estado por el derecho internacional de derechos humanos vinculante a Honduras. El deber no puede ser delegado a un tercero privado, y una “socialización” meramente informativo no equivale a una consulta de buena fe.

En vista del problema de la falta de respeto y protección de los derechos de los pueblos indígenas, y en defensa de los derechos del pueblo Lenca, COPINH hizo una movilización nombrada “En Defensa de Nuestros Territorios, Autonomías y Vidas” el 28 de julio de 2011. En esta fecha se reunió con el Presidente de la República y los Secretarios y Ministros de varios órganos del Estado pertinentes,¹¹¹ y presentó una lista de demandas. Entre sus demandas estaban la titulación de las tierras de Rio Blanco, la no construcción del proyecto hidroeléctrico “Agua Zarca,” y la implementación de la consulta previa, libre e informada antes de tomar cualquier medida que afecte los pueblos indígenas.

Parecido al mecanismo de conciliación utilizado en el caso de Punta Piedra, las partes suscribieron este mismo día 28 de julio de 2011 un “Acta de Compromisos.”¹¹² En este Acta el gobierno se comprometió, en materia de seguridad en la tenencia de las tierras, ejecutar un Plan de Acción para la titulación.¹¹³ En materia de justicia y derechos humanos, el gobierno se comprometió:

3.1. Presentar ante el Congreso Nacional un proyecto de reforma orientado a derogar los artículos de la Ley de Propiedad que afectan la propiedad comunitaria y adecuarlo al convenio 169 de la OIT y otros tratados, declaraciones y convenios internacionales favorables a los pueblos indígenas y negros.

3.2. Desarrollar un procedimiento para realizar las consultas previas, libres e informadas en los temas de interés de los pueblos indígenas y Afro descendientes tomando en consideración la propuesta a ser presentada por la Asamblea de pueblos indígenas.

3.3. Armonizar las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional a los Convenios, Tratados y demás internacionales [sic] en la materia.

3.4. Coordinar con las autoridades del Ministerio Público, la gestión para el fortalecimiento de la Fiscalía especial de las Etnias y del Patrimonio Cultural de la Nación”, en materia de personal, quipo, medios de transporte y financiamiento, con

¹¹⁰ *Id.* “Medidas de Mitigación” No. 63.

¹¹¹ Instituto Nacional Agrario, Secretaría de Educación, Secretaría de Justicia y Derechos Humanos, Secretaría de Obras Públicas, Transporte y Vivienda, Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente, Secretaría de Pueblos Indígenas y Afrohondureños, Secretaría de Salud, Instituto de Conservación Forestal, Áreas Protegidas y Vida Silvestre, y Secretaría de Finanzas y Presupuesto.

¹¹² Expediente de prueba Darío Cardona (folios 367-82).

¹¹³ *Id.* (folio 371).

el propósito de elevar su capacidad de respuesta a las necesidades de justicia de los pueblos indígenas y Afrohondureños.¹¹⁴

En materia de recursos naturales y ambiente, el gobierno se comprometió, entre otros:

...

5.2. No autorizar la construcción de represas en las comunidades lenca sin la realización de las consultas libres, previas e informadas.

5.3. Redactar y consensuar con COPINH Reglamento Especial para la consulta de proyectos ambientales en el marco del Convenio 169 y otros instrumentos internacionales.

5.4. Solicitar al Instituto Nacional Agrario la certificación de estatus de propiedad de los 14 proyectos abordados, dentro del término de diez (10) días hábiles, con el propósito de determinar la legalidad de los procesos de licenciamiento. Por su parte el INA se compromete a dar respuesta a estas solicitudes dentro de los términos legalmente establecidos.

5.5. No otorgar licencias ambientales con la sola presentación de constancias extendidas por la Alcaldía Municipal, especialmente en los tres (3) proyectos sobre el río Gualcarque,...debiendo exigirse la Certificación del Punto de Acta en su aprobación en Cabildo abierto, el cual deberá desarrollarse con la participación de las comunidades afiliadas al COPINH...¹¹⁵

COPINH alega que el gobierno no cumplió con el Acta de Compromiso de julio de 2011.

El 17 de noviembre de 2012, después de haber iniciado la construcción de una calle de acceso a través del territorio Lenca de Río Blanco, DESA solicitó una ampliación de licencia ambiental, ya que la propuesta del proyecto aumentó la capacidad de generación primero a 16 Mw y después a 21.7 Mw, ubicándolo en la categoría 3, lo cual requería la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental (ESIA).¹¹⁶ Anterior a la solicitud de ampliación, desde principios de 2012, DESA hizo trámites ante SERNA y DECA para la realización del ESIA. DECA remitió el ESIA al ICF, solicitando sus observaciones.¹¹⁷

El ICF presentó reservas serias y preocupaciones ambientales referentes al proyecto y estudio. La principal fue que durante 7 meses al año el caudal pro medio del Río Gualcarque no alcanzaba el volumen requerido por el proyecto. Lo que es más, el estudio reflejaba que se dejaría un caudal ecológico de apenas 0,355 m³/s, lo cual, según las observaciones del ICF, “se evidencia que el tramo que será afectado por el desplazamiento del caudal para operar las turbinas y posteriormente a su curso normal, no está adaptado a condiciones tan bajas de volúmenes de agua.”¹¹⁸ En otras palabras, se dejaría

¹¹⁴ *Id.* (folio 375).

¹¹⁵ *Id.* (folio 376).

¹¹⁶ SERNA, Resolución No. 0100-2013, 24 de enero de 2013.

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ *Id.*

prácticamente seco el Río Gualcarque durante el tramo de varios kilómetros como resultado del desvío de aguas para el proyecto, que es justo el tramo que atraviesa el territorio del pueblo Lenca de Río Blanco. A pesar de estas observaciones ecológicas, el Subsecretario de SERN, Darío Roberto Cardona Valle, aprobó la solicitud de ampliación de la licencia ambiental el 24 de enero de 2013.¹¹⁹ De nuevo, según COPINH y comunitarios de Río Blanco, no hubo ninguna consulta según los estándares internacionales al pueblo Lenca de Río Blanco. Tampoco lo constata la Resolución de la ampliación de la licencia ambiental.

A pesar de la presencia del Secretario de SERN en la reunión con COPINH el 28 de julio de 2011 y su firma en el Acta de Compromisos, el Estado no cumplió con sus obligaciones de consultar al pueblo Lenca de Río Blanco. Las acciones tomadas muestran la falta de respeto al marco legal de los derechos de los pueblos indígenas, e indican tanto una falta de capacidad técnica institucional, como una falta de voluntad política. Teniendo en cuenta el Acta de Compromisos y el alcance de las acciones tomadas en cuanto a las licencias y concesiones otorgadas, es incomprensible esta falta de respeto a la obligación de realizar una consulta previa, libre e informada respecto a tales acciones.

Ante el avance del proyecto Agua Zarca, en el año 2013 COPINH y la comunidad de Río Blanco emprendieron acciones directas en defensa del Río y de sus derechos. La intimidación, criminalización, y violencia contra miembros de COPINH y Río Blanco, desde 2013 hasta el momento, está detallado más abajo y en el Anexo al Informe de la Relatora Especial sobre Honduras.¹²⁰

No obstante, COPINH buscó una resolución al conflicto en el marco del Acta de Compromiso. COPINH se reunió con el Secretario de SERN el 25 de julio de 2014. En esta ocasión el Secretario firmó otro Acta de Compromiso, comprometiéndose a lo siguiente: revisar el primer Acta de Compromiso para darle continuidad y cumplimiento; entregar un informe sobre los proyectos hidroeléctricos “brindando especial atención al Proyecto HIDROELÉCTRICO AGUA ZARCA, ubicado sobre el río Gualcarque, en relación a la solicitud del COPINH para su cancelación”; verificar el cumplimiento de medidas ambientales y auditorías ambientales en los proyectos planteados en la demanda del COPINH; y revisar los dictámenes del INA en relación a la tenencia de la tierra para determinar la legalidad de los procesos de licenciamiento.¹²¹

Sin embargo, este nuevo Acta de Compromiso resultó ineficaz para resolver el conflicto y hacer efectivo los derechos del pueblo Lenca. En octubre de 2015, DESA trasladó construcción de la represa al otro lado del Río Gualcarque, quizás esperando obviar el conflicto con COPINH y Río Blanco. Sin embargo, el mismo tramo del Río Gualcarque sería afectado, con los mismos impactos ambientales y sociales en el territorio del pueblo Lenca de Río Blanco. COPINH y la comunidad Lenca de Río Blanco siguen oponiéndose al proyecto, exigiendo sus derechos al territorio y a la consulta y el

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ Informe de la Relatora Especial sobre Honduras, *supra*, nota 99, Anexo párrs. 1-28.

¹²¹ Expediente de prueba Darío Cardona (folios 383-84).

consentimiento, y defendiendo el Río Gualcarque como un recurso con importante significado cultural y espiritual para su sobrevivencia como pueblo.

Por otra parte, COPINH ha incoado tres acciones penales como acusador privado ante la Fiscalía de las Etnias, en contra de funcionarios públicos por abuso de autoridad en relación a la concesión de las licencias ambientales en violación al derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado. Actualmente, los procesos penales están en varias etapas de proceso en contra del ex Alcalde de Intibucá, Martiniano Domínguez Meza, el ex Subsecretario de SERNA, Marco Jonathan Láinez, y el ex Subsecretario de SERNA, Darío Roberto Cardona.

B. La Defensa del Río Gualcarque¹²²

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce que los pueblos indígenas mantienen una relación especial con sus territorios, que debe ser respetado dentro de su derecho al territorio. Es claro que el Río Gualcarque ocupa un lugar especial en la vida del pueblo Lenca de Río Blanco. En una entrevista, Berta Cáceres dijo:

En este río vive el espíritu femenino de la cosmovisión del pueblo Lenca, y siempre se nos ha enseñado que son las niñas las que custodian los ríos. Este río sirve para la alimentación y hay plantas medicinales. Toda esta agua sirve para mucha población río abajo y significa vida.¹²³

Esta cosmovisión fue confirmada durante una visita *in situ*, cuando se entrevistaron con miembros de la comunidad de Río Blanco, con Tomás Gomez Membreño, actual Coordinador de COPINH, y con Pascuala Vásquez del Consejo de Ancianos de la Cultura Lenca.

Según Myrna Benítez, una comunitaria de Río Blanco, “el Río Gualcarque lo defendemos porque forma parte de nuestra vida, somos como una familia, y nosotros formamos parte de ella¹²⁴.” Mientras tanto la señora Pascuala Vásquez también habló del Río como parte de la familia Lenca, por ser de “la crianza de Dios, junto con nosotros, los hombres y las mujeres¹²⁵.” Para el pueblo Lenca de Río Blanco, el Río Gualcarque es la fuente de vida central del territorio, y lo asocian con la abundancia de la tierra y su medio de vida y subsistencia, ya que sus principales trabajaderos están ubicados en las vegas del Río.

Varios miembros de la comunidad hablaron de como el Río Gualcarque recibe las aguas de otros siete ríos del territorio, confirmando su lugar como afluente central de vida

¹²² Esta sección se basa sobre todo en entrevistas a miembros de la comunidad Río Blanco y miembros de COPINH.

¹²³ "Berta Cáceres, Ambientalista Asesinada, Entrevistada por El Universo," El Universo (Mar. 3, 2016), <http://www.eluniverso.com/noticias/2016/03/03/nota/5441511/berta-caceres-activista-premiada>.

¹²⁴ Entrevista realizada el 13 de diciembre de 2016 con miembros de la comunidad Río Blanco.

¹²⁵ Entrevista con Pascuala Vásquez, 12 de diciembre de 2016.

del territorio. Comentan que el Río Gualcarque nace en las montañas de Opalaca, territorio indígena Lenca. Lo sienten como “parte de su familia” y que ellos están unidos en este estrecho vínculo con el Río. Por eso se sienten responsables de hablar por el Río y defenderlo.

Por esta misma relación especial con el Río Gualcarque, lo sienten como un Río sagrado, animado por el espíritu femenino de las niñas guardianes del Río que dispensan sus bendiciones.¹²⁶ Honran al Río Gualcarque y sus espíritus protectoras con ofrendas durante ceremonias en tiempo de las cosechas. Estas creencias Lencas se han unido a la figura de Santa Irene en el culto católico. Según la señora Vásquez, hacen ofrendas al lado del Río “a Santa Irene y su herencia, que son las niñas que cuidan el Río”¹²⁷.

Los comunitarios tienen un conocimiento íntimo del Río, expresado en los nombres de lugares sobre el Río a lo largo de su curso a través del territorio, como “La Hamaca”, “El Encuentro Río Blanco”, “El Pozo las 14 Varas”, “La Vega del Culetón”, “El Remolino”, y “La Vega del Achotal”. Son estos los lugares que serán afectados por la desviación del Río en el proyecto Agua Zarca, sobre todo los trabajadores de la comunidad en las vegas del Culetón y el Achotal.

La señora Paulina Domínguez de la comunidad Río Blanco explica que desde la amenaza del proyecto hidroeléctrico han hecho “muchas ceremonias con los Maya de Guatemala y los pueblos indígenas de México para poder hablar en defensa del derecho del Río Gualcarque. Hacemos muchas oraciones, decir agradecimiento porque hasta ahora este Río no ha sido desviado. Sigue siendo Río sagrado porque no ha sido tocado por ningún transnacional.”¹²⁸ La comunidad siente la obligación de hablar por el Río, como parte de su familia, en defensa de su derecho de seguir siendo Río sagrado en su estado natural.

Mientras la comunidad de Río Blanco y el pueblo Lenca ven el Río como parte de su familia, como fuente sagrada de vida, ven el proyecto hidroeléctrico como un intento de privatizar el Río y convertirlo en mercancía. Al preguntarles sobre el impacto del proyecto si se llegara a realizarse, dijo la señora Benítez, “un lugar privatizado es un lugar que uno no puede utilizar.” Y la señora Domínguez dijo “ellos ven el agua como una mercancía, lo ocupan ellos solo para hacer dinero, extraen el agua del Río para la entrada de dinero para los dueños del proyecto.” Este mismo choque entre cosmovisiones respecto al territorio y los recursos naturales se hace patente en las luchas de la comunidad de Río Blanco por defender su territorio y resistir los intentos de privatización de la tierra en las riberas del Río. Denunciaron que familias poderosas de Santa Barbera cercaron ilegalmente tierras de la comunidad en las vegas del Río. Después metieron sus vacas en los sembraderos de la comunidad causando daños a su cosecha, e hicieron uso de otras medidas

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ *Id.* Según leyenda, Santa Irene fue una joven doncella asesinada y lanzada al Río Tajo de Portugal en el siglo VII. Véase https://es.wikipedia.org/wiki/Irene_de_Tancor.

¹²⁸ Entrevista realizada el 13 de diciembre de 2016 con miembros de la comunidad Río Blanco.

de coerción e intimidación para hacer compraventas dolosas y posesionarse de la tierra comunal.¹²⁹

Informaron que la forma consuetudinaria de tenencia de la tierra es colectiva, y no se permite la venta privada de tierra. No reconocen tales ventas en su territorio, y han puesto denuncias contra personas de Santa Barbera que han intentado posesionarse de tierras de Rio Blanco a través de la fuerza y la compraventa no autorizada. Por lo tanto, no reconocen los actos realizados por la municipalidad de Intibucá a partir del año 2000 de extender títulos privados sobre tierras de la comunidad que forman parte del territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado.¹³⁰ Según el comunitario Adolfo Gómez, “se han puesto denuncias, pero no tienen en cuenta nuestras denuncias. El gobierno mismo ha dado permiso, entonces no van a hacer caso a las denuncias.”¹³¹ Son estas mismas tierras bajo títulos contestados e impugnables que la empresa DESA pretendió adquirir para el proyecto, sin haber hecho la debida diligencia por encontrar el reclamo del pueblo Lenca en la comunidad Rio Blanco sobre estas tierras y respetar su derecho.

Asimismo, los comunitarios resaltan el contraste entre el Rio, que significa vida para la comunidad, y el proyecto hidroeléctrico, que se les ha demostrado ser “un proyecto de muerte.” “No era un proyecto de desarrollo sino un proyecto de muerte” explicó la señora Paulina Domínguez.¹³² Siguió detallando los efectos de muerte causados por el proyecto: 4 asesinatos (Berta Cáceres, Tomás Garcia, y los hermanos William y Maycol Rodríguez); una mujer muerta en accidente del carro de un funcionario público; amenazas a muerte que ella personalmente ha recibido, igual que otros miembros de la comunidad y de COPINH; talado de bosque ya realizado en las obras de acceso y construcción; y contaminación del Rio al llenar el “Pozo de 14 Varas”¹³³ con los escombros de la construcción.

Miembros de la comunidad de Rio Blanco afirman que nunca fueron consultados sobre el proyecto hidroeléctrico Agua Zarca. En cambio, dicen que en múltiples asambleas la comunidad rechazó el proyecto, incluso en una reunión de socialización con el alcalde de Intibucá y representantes de la empresa. Sin embargo, denuncian fuertemente el hecho de que después de esta reunión en que más de 200 personas votaron en contra del proyecto y solo 7 en favor, el alcalde produjo un acuerdo con firmas que no eran suyas y que no representaba lo sucedido en la asamblea.¹³⁴

¹²⁹ Entrevistas realizadas el 12 de diciembre de 2016 con Tomás Gómez Membreño y 13 de diciembre de 2016 con miembros de la comunidad Rio Blanco.

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ Entrevista realizada el 13 de diciembre de 2016 con miembros de la comunidad Rio Blanco

¹³² *Id.*

¹³³ Según cuentan los comunitarios, con la construcción de una calle de acceso al Rio y de un puente en las cercanías del pozo de 14 varas (aproximadamente 38 pies de profundidad), la compañía llenó con tierra el pozo hasta tal punto que ahora tenga una profundidad de apenas unas 7 varas (aproximadamente 19 pies).

¹³⁴ Entrevista realizada el 13 de diciembre de 2016 con miembros de la comunidad Rio Blanco. Véase también Informe de la Relatora Especial sobre Honduras, Anexo párr. 12.

C. Aplicación de los Estándares Internacionales.

a. Control de Convencionalidad de los derechos humanos.

Los derechos de los pueblos indígenas, como parte del *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos, están incorporados al derecho interno hondureño por medio de varios instrumentos internacionales ratificados por Honduras, que son directamente aplicables por operación de los artículos 15 y 16 de la Constitución. El artículo 15 establece que “Honduras hace suyos los principios y prácticas del derecho internacional que propenden a la solidaridad humana, el respeto de la autodeterminación de los pueblos, y la no intervención y afianzamiento de la paz y la democracia universales,” mientras tanto el artículo 16 establece que “los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros Estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno.” Además, como argumentan los juristas hondureños Joaquín Mejía y Josué Padilla Eveline:

...los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Honduras, y la jurisprudencia emanada de los órganos supranacionales con competencia para interpretar tales instrumentos, se incorporan a nuestra Constitución de la República a través de la cláusula abierta del artículo 63 y complementan los derechos expresamente contenidos en el texto constitucional.”¹³⁵

Por lo tanto los instrumentos internacionales de derechos humanos, además de tener rango constitucional, ejercen un control de convencionalidad sobre las normas jurídicas internas.¹³⁶ En materia de derechos humanos, y en particular en materia de los derechos de los pueblos indígenas, los jueces y juezas deben aplicar la jurisprudencia de la Corte Interamericana, dado la débil incorporación de los derechos indígenas en la normatividad interna. Este control es urgente dado que uno de los derechos humanos fundamentales y salvaguarda de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas es la protección jurídica, entendido como el acceso a un recurso sencillo, rápido y eficaz para la defensa de sus derechos.

Honduras ha ratificado los siguientes instrumentos utilizados por la Corte Interamericana para interpretar y aplicar el marco internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas: La Convención Americana de Derechos Humanos, el Convenio 169, la DNUDPI, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Es de suponer que utilizará también la recién aprobada Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como parte de la evolución del marco internacional de los derechos de los pueblos indígenas, para interpretar el significado y el alcance de tales derechos.

¹³⁵ Joaquín Mejía y Josué Padilla Eveline, “El Control de Convencionalidad en Honduras, Avances y Desafíos,” en: *El Control de Convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá*, Editorial Casa San Ignacio/Editorial Guaymuras, Tegucigalpa, 2016, p.76.

¹³⁶ *Id.* p. 77.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana en torno a los derechos indígenas y las correspondientes obligaciones estatales implicados en el caso Agua Zarca es clara y además directamente aplicable a través de los casos Garífuna, citados y analizados en la sección III.B. arriba. Estos derechos y obligaciones son: el derecho a la propiedad colectiva y la obligación del Estado de reconocer, titular, demarcar y delimitar las tierras que el pueblo Lenca tradicionalmente ha ocupado y utilizado; el derecho de determinar sus propias prioridades y estrategias para el desarrollo y la utilización de sus tierras, territorios o recursos; el derecho a la consulta, y la obligación del Estado de consultar en buena fe con el fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado antes de cualquier acción o medida que pueda afectar los derechos de los pueblos indígenas; derecho a la seguridad y protecciones jurídicas; y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivo los derechos de los pueblos indígenas.

b. Derecho a la propiedad colectiva; Obligación de reconocer, delimitar, demarcar, y titular las tierras que el pueblo Lenca tradicionalmente han ocupado y utilizado.

COPINH ha estado solicitando la titulación en forma comunal de los territorios Lenca en los departamentos de Intibucá, Lempira y La Paz desde mediados de los años 90. A pesar de algunos avances en el reconocimiento y titulación de tierras Lencas, el sector Río Blanco no ha sido beneficiado. Esto ha generado gran inseguridad y la falta de protección de estos derechos. Se ha repetido el mismo patrón de violación a la propiedad colectiva que se vio en los casos Garífuna, en lo cual, por medio de intimidación, apropiación hostil, ventas privadas y no autorizadas, terceros terminan adquiriendo un título con la aquiescencia de la municipalidad en perjuicio de los derechos del pueblo indígena.

Por lo menos desde el 28 de marzo de 1996, fecha en que entró en vigor el Convenio 169 ratificado por Honduras, el Estado ha tenido la obligación de dar seguridad jurídica a la tierra que el pueblo Lenca de Río Blanco ha ocupado y utilizado, y la Corte ha interpretado esta obligación de incluir el reconocimiento, titulación, demarcación, delimitación, y saneamiento del territorio indígena. El Estado no ha cumplido con esta obligación, lo cual ha dado origen a la falta de protección de los derechos de propiedad del pueblo Lenca de Río Blanco frente a los actos hostiles de terceros y las pretensiones de la empresa DESA, y ha agravado la falta de las salvaguardias de la consulta y los estudios de impacto ambiental respecto al proyecto Agua Zarca, discutido más abajo.

El pueblo Lenca tiene derecho a las tierras y territorios que tradicionalmente ha ocupado y utilizado, aunque el Estado no las haya reconocido o titulado todavía. Además, es obligación del Estado realizar con la participación del pueblo Lenca la delimitación, demarcación, y titulación de sus tierras y territorios. Aunque el pueblo tiene el derecho de acreditar el territorio que tradicionalmente ha ocupado y utilizado por varios métodos y solicitar su titulación de acuerdo con las normas internacionales y su derecho consuetudinario, cabe señalar que existen pruebas documentales de la donación de la denominada finca Río Blanco por la viuda y los herederos del ex Presidente Bográn como

ejidos para beneficiar el pueblo Lenca de Río Blanco. A pesar de su tinte colonial y paternalista, este acto ayuda a establecer la ocupación y uso del pueblo Lenca de las tierras de Río Blanco, y es una forma de reconocimiento de la misma que puede asistir a la titulación.

c. El derecho de determinar sus propias prioridades y estrategias para el desarrollo y la utilización de sus tierras, territorios o recursos.

Este es un derecho sustantivo de los pueblos indígenas, expresado en el artículo 7 del Convenio 169 y el artículo 32 de la DNUDPI. La determinación de prioridades de desarrollo por el gobierno, como por ejemplo en materia de los recursos hídricos en la Ley General de Agua, sin dar cabida al derecho de los pueblos indígenas de determinar sus propias prioridades y estrategias en sus territorios, representa una clara deficiencia tanto en la adopción de disposiciones internas como en la capacidad técnica de proteger este derecho. La forma en que se llegó a proponer y querer implementar el proyecto Agua Zarca manifiesta esta deficiencia en el respeto y la protección de este derecho por parte del Estado.

d. Obligación de consultar con el fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado.

Como salvaguardia de derechos sustantivos de territorio, cultura, identidad y libre determinación, la consulta, según el derecho internacional, debe realizarse antes de adoptar medidas legislativas o administrativas que puedan afectar estos derechos, y antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos, incluyendo para la explotación de recursos hídricos.¹³⁷ Las consultas deben realizarse de buena fe, con el fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado. Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que pueden afectar la sobrevivencia del pueblo indígena, el Estado debe obtener el consentimiento del pueblo afectado. La consulta es obligación del Estado que no puede ser delegada a las empresas que buscan desarrollar los recursos en territorio indígena. Incumbe al Estado realizar la consulta en las primeras etapas de planeación de un proyecto, antes de iniciar construcción u otorgar licencias, y la obligación existe aun si no existe una reglamentación o normativa para la consulta en el derecho interno.¹³⁸

Como parte de la información requerida en la consulta y como otra salvaguardia, deben realizarse en su caso estudios de impacto social y ambiental con la participación de los pueblos indígenas. Los pueblos deben tener acceso a sus propios expertos en el proceso. No puede haber coacción, y el proceso debe incluir medidas para eliminar el desequilibrio de poder entre el Estado y los pueblos indígenas.¹³⁹

¹³⁷ Convenio 169, artículos 6 y 7; Declaración de la ONU, artículos 19 y 31.

¹³⁸ Véase Parte III., *supra*, análisis de los tratados y la jurisprudencia.

¹³⁹ *Id.*

En caso de optar libremente participar en un proyecto de desarrollo de los recursos en sus territorios, los pueblos indígenas tienen derecho a participar en los beneficios del proyecto. Esto implicaría participación real en los beneficios (“royalties”) derivados de la explotación de los recursos, o bien podría implicar participación en las empresas a través de acciones o modelos de asociación. En este sentido, el proyecto como simple fuente de trabajo para la mano de obra indígena no califica como participación en los beneficios. Las regalías al Estado, como la construcción de carreteras, parques, edificios de salud, o proyectos de agua potable, tampoco califican de participación en los beneficios.¹⁴⁰

A través de la información recogida sobre los antecedentes del proyecto Agua Zarca y las acciones de defensa del territorio por parte de Rio Blanco y COPINH, parece a todas luces que no ha habido un verdadero proceso de consulta con el pueblo Lenca de Rio Blanco, y el pueblo no ha dado su consentimiento al proyecto. Es responsabilidad del Estado comprobar y acreditar tal consulta si la hubo. Sin embargo, después de que se dieron los primeros pasos en la aprobación y marcha del proyecto, fue COPINH quien demandó la consulta en el marco de su movilización “En Defensa de Nuestros Territorios, Autonomías y Vidas.” En el Acta de Compromisos firmado el 28 de julio de 2010, el Estado se comprometió en el punto 5.2.: “No autorizar la construcción de represas en las comunidades lencas sin la realización de las consultas libres, previas e informadas.”

COPINH denuncia que el gobierno no cumplió con el Acta, y no fue eficaz como mecanismo de conciliación. Posterior al Acta, el Estado otorgó la concesión de explotación del Rio Gualcarque en el proyecto Agua Zarca sin participación ni consulta al pueblo Lenca de Rio Blanco (2011). Tampoco hubo participación ni consulta en la aprobación de la licencia ambiental (2011) y la ampliación de la licencia ambiental (2013).

La reunión de “socialización” de información sobre el proyecto realizada por la empresa con la comunidad al principio de 2011 no cumple la obligación del Estado de realizar la consulta, ni califica en estas circunstancias como parte de un proceso de consulta. En la asamblea *ad hoc* con el alcalde de Intibucá sobre el proyecto, el pueblo de Rio Blanco afirma que hubo un rechazo completo al proyecto, y denuncian cualquier “acuerdo” allegado como producto de esta reunión como doloso. Aun así, esta asamblea *ad hoc* no tiene las características de un verdadero proceso de consulta en buena fe, dado la gran escala del proyecto y su impacto profundo para la vida de la comunidad.

Los hechos violentos, de intimidación y de criminalización de la comunidad Rio Blanco y COPINH, con responsabilidad directa del Estado, a raíz de la defensa de su territorio, han eliminado la posibilidad de un proceso de consulta o consentimiento “libre”. En su conjunto, el proceso de otorgamiento de las concesiones y licencias, y la puesta en marcha del proyecto, fue realizada sin un proceso de consulta con el objetivo de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Lenca, y hasta ha creado una situación hostil y violatorio de los derechos sustantivos que la misma consulta tiene el fin de salvaguardar.

¹⁴⁰ *Id.*

En tales condiciones, se hace difícil imaginar cómo el Estado puede dar garantías de buena fe para una consulta verdadera. El pueblo Lenca tiene que recurrir al último recurso de salvaguardia de sus derechos humanos como pueblo indígena, buscando la protección judicial de acuerdo con el artículo 25 de la Convención Americana. En tal recurso los jueces y juezas deben aplicar el control de Convencionalidad mencionado arriba, de acuerdo con los estándares internacionales desarrollados por la Corte Interamericana en su jurisprudencia, analizados en la sección III.B. arriba.

e. Obligación de adoptar disposiciones de derecho interno.

Por último, cabe analizar brevemente la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas. En este caso, se ve también como la falta de cumplimiento en esta materia ha afectado y vulnerado los derechos del pueblo Lenca. Como ya observaba la Relatora Especial, el marco de derecho interno hondureño es débil respecto a los derechos de los pueblos indígenas. La Ley General de Aguas no incluye ninguna provisión respecto a los derechos de los pueblos indígenas a los recursos hídricos en sus territorios. La ausencia muestra una falta de capacidad técnica y quizás una falta de voluntad política de adoptar disposiciones internas de incorporación de los derechos de los pueblos indígenas. En este sentido, es causa de consternación más que esperanza los esfuerzos de un proyecto de ley sobre la consulta, ya que el Estado no tiene una práctica de consulta idónea, y el mismo proyecto de ley debe ser el resultado de un proceso de profunda participación de los pueblos indígenas de Honduras y sus organizaciones representativas.

La reciente audiencia temática solicitada por COPINH y la Organización Fraternal Negra de Honduras (OFRANEH) ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la consulta libre, previa e informada, muestra que no se ha logrado un proceso idóneo de consulta y participación indígena respecto a este proyecto de ley.¹⁴¹ El Estado tampoco ha cumplido a cabalidad las sentencias en los casos Garífunas de Triunfo de la Cruz y Punta Piedra en torno a la consulta. Por lo tanto, incumbe al gobierno dar garantías de buena fe, entablando una negociación de igual a igual directamente con organizaciones representativas como COPINH y OFRANEH sobre los casos concretos afectando las comunidades Lencas y Garífunas.

El caso de Río Blanco y Agua Zarca muestra que, para avanzar en los recursos de protección de los derechos de los pueblos indígenas, además del control de la convencionalidad en los tribunales hondureños, se necesita el monitoreo continuo de organismos internacionales de derechos humanos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

¹⁴¹ Audiencia realizada el 1 de diciembre de 2016 en Panamá, en la 159 periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre la “Situación de los pueblos indígenas y derecho a la consulta en Honduras,” <http://www.oas.org/es/cidh/sesiones/docs/Calendario-159-audiencias-es.pdf>

Respetuosamente Presentada,

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'J. Berra', with a large, sweeping loop on the left side.

Joseph Berra
Director de Derechos Humanos en las Americas
Director de la Clínica de Derechos Humanos en Acción
Instituto de la Promesa de los Derechos Humanos
Facultad de Derecho de la Universidad de California Los Ángeles