

EL CASO GITXAALA NATION VS CANADÁ: LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS EN TIERRAS INDÍGENAS Y LOS PARÁMETROS PARA UNA ADECUADA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

Paule Halley¹

Université Laval (ULaval) |

Romeu Thomé²

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) |

Monique Reis de Oliveira Azevedo³

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) |

RESUMEN

El artículo analiza, desde la experiencia canadiense, los procedimientos de consulta con los pueblos indígenas utilizados en Brasil y su especial importancia en promover el diálogo sobre la investigación y la extracción de recursos minerales en tierras indígenas. El trabajo propone que la consulta forme parte de un proceso adecuado y comprometido con los deseos y temores de esas comunidades. Aunque el consentimiento con poder de veto sea una medida más protectora de los derechos de los pueblos indígenas, no puede considerarse un fin en sí mismo. Centrarse en el resultado considerado individualmente puede impedir el diálogo tan necesario para la pacificación de los conflictos. El documento concluye que el proceso de consulta no puede limitarse al cumplimiento de una mera formalidad y que las características señaladas en la decisión de la Corte canadiense presentan pautas y parámetros que pueden contribuir al perfeccionamiento del

1 Catedrática de la Facultad de Derecho de la Université Laval (ULaval). Profesora titular de Derecho Ambiental en la Canada Research Chair. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0272-5104> / e-mail: paule.halley@fd.ulaval.ca

2 Post-Doctor en Derecho Ambiental por la Université Laval, Canadá (Beca CAPES/Proceso Post-Doc 88881.120005/2016-01). Doctor en Derecho por la PUC-MG. Máster en Derecho por la UFMG. Experto en Derecho Ambiental por la Université de Genève, Suiza (becado por la Confederación Suiza). Profesor de Doctorado y Máster Académico en Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible en la ESDHC. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0180-4871> / e-mail: romeuprof@hotmail.com

3 Estudiante del Máster en Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible en el Programa de Postgrado en Derecho de la ESDHC. Especialista en Derecho Constitucional por la Universidade Cândido Mendes. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7966-1706> / e-mail: moniquereisdeoliveira@yahoo.com.br

sistema jurídico brasileño. La investigación se realizó en fuentes bibliográficas, y se utilizó el método hipotético deductivo, con la consulta de la legislación nacional, la jurisprudencia extranjera y los textos bibliográficos específicos.

Palabras clave: consentimiento; consulta previa; minería; tierras indígenas.

***THE GITXAALA NATION VS CANADA CASE: ECONOMIC
ACTIVITIES IN INDIGENOUS LANDS AND THE
PARAMETERS FOR CONSULTING FIRST NATIONS.***

ABSTRACT

Based on the Canadian experience, the article analyzes the procedures for consulting indigenous peoples and their special relevance in cases of research and mining of mineral resources in indigenous lands. The article proposes that the consultation must be part of a serious and committed process that really considers the concerns and fears of these communities. Although authorization is a more protective measure for the rights of native peoples, it cannot be considered the ultimate goal. Bringing the focus to the result can drive away the dialogue needed to pacify conflicts. The article concluded that the consultation process cannot be based only on the fulfillment of a formality and that the characteristics pointed out in the Canadian decision present guidelines and parameters that can contribute to the improvement of the Brazilian legal system. Searches were carried out in bibliographic sources. The deductive hypothetical method was used, with reference to national legislation, foreign jurisprudence and specific bibliographic texts.

Keywords: authorization; consultation; indigenous lands; mining.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Federal de 1988 reconoce los derechos de los pueblos indígenas a la preservación y protección de su cultura y diversidad étnica, además de los derechos originarios sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellos. La protección de las tierras indígenas da lugar a un mayor rigor en lo que toca a la explotación de los recursos existentes en ellas, llevándose en cuenta la estrecha relación cultural que los pueblos tradicionales mantienen con el territorio que ocupan.

Es bien sabido que la minería se considera una actividad que tiene un impacto efectivo o potencial sobre el medio ambiente. En ese contexto, la investigación y explotación de recursos minerales en tierras indígenas en Brasil está condicionada a la autorización del Congreso Nacional tras escuchar a las comunidades afectadas. La naturaleza jurídica de esa audiencia es controvertida y da lugar a legítimas discusiones. La consulta y el consentimiento son modalidades que se alternan en función de los intereses en juego. Esa es la situación que justifica la presente investigación.

No hay que perder de vista que el suelo y el subsuelo de las tierras indígenas contienen los más variados recursos naturales y minerales, que atraen el interés de los grandes emprendimientos.⁴ Esa realidad tiene el poder de hacer que la regulación de la extracción de minerales en tierras indígenas sea aún más relevante. Es un tema recurrente en la agenda de los Poderes Públicos y, por tanto, merece un análisis cuidadoso para poder delimitar con precisión los parámetros de dicha audiencia.

El objetivo del presente trabajo es precisamente analizar las características y parámetros de las consultas dirigidas a los pueblos originarios. Se pretende investigar qué modalidad de participación es capaz de promover la construcción de un diálogo exitoso entre las partes interesadas en el proyecto y los pueblos indígenas afectados.

Con fines didácticos, el documento se dividió en tres temas. El primero describe la relación establecida entre los colonizadores y los pueblos indígenas, la práctica asimilacionista de algunas políticas públicas y el tratamiento dado al indio en la Constitución brasileña de 1988. El segundo tema analiza algunos instrumentos constitucionales e infraconstitucionales relacionados con los mecanismos de participación de las comunidades

⁴ Según Silva, existen numerosas solicitudes de licenciamiento ambiental en relación a proyectos con potencial de impacto sobre los pueblos indígenas: “Nótese que en 2015 hubo más de tres mil solicitudes de licenciamiento ambiental registradas ante la FUNAI, sobre proyectos que afectarían a los pueblos indígenas, incluyendo la construcción de represas hidroeléctricas, [...], proyectos mineros, oleoductos, carreteras, entre otros” (SILVA, 2019, p. 165).

tradicionales. En el tercer tema, se presentan reflexiones sobre una decisión paradigmática del Tribunal de Apelación canadiense. Ese juicio retrata cómo un país que no es signatario del Convenio 169 de la OIT (BRASIL, 2019) se posicionó sobre el tema, arrojando luz sobre la contribución de tal entendimiento a la mejora del sistema jurídico brasileño.

¿Cuáles serían las características de una consulta previa comprometida con el proceso bidireccional de construcción del entendimiento entre las poblaciones originarias y los interesados en utilizar los recursos naturales de sus territorios? Esa es la pregunta que pretendemos responder en este trabajo a partir del análisis del modelo canadiense, reafirmado por la decisión de la Corte de Apelación en el caso *Gitxaala Nation versus Canadá*.

La investigación en fuentes bibliográficas y jurisprudenciales presentó las características de la consulta libre, previa e informada a las poblaciones tradicionales en los procesos de licenciamiento ambiental de las empresas mineras. Se utilizó el método hipotético deductivo, partiendo de la premisa de que el consentimiento de los pueblos originarios a la exploración minera en sus tierras no se caracteriza por ser un requisito legal indispensable para lograr una construcción dialógica entre todos los actores involucrados.

La escasa bibliografía sobre la audiencia de los pueblos originarios en los procesos de licenciamiento de empresas que impactan en el medio ambiente, asociada a la necesidad de revisión constante de los instrumentos jurídicos que buscan implementar los principios de información y participación popular en materia ambiental, justifica la elección del tema propuesto.

1 EL DERECHO INDÍGENA EN BRASIL: EL ENCUENTRO CON EL COLONIZADOR Y LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1988

El proceso de colonización en Brasil estuvo marcado por una historia de violencia, opresión y sumisión de los pueblos nativos que vivían aquí. Existen numerosos informes sobre los abusos sufridos por ellos, como la violación de su cultura, sus formas de vida tradicionales y su libertad a través de la asimilación y la esclavización, así como, informa Peruzzo (2017, p. 9), violación sexual evidenciada por los “cuerpos de las mujeres indígenas que fueron violadas sistemáticamente por los colonizadores”. Se puede ver, por tanto, que la relación establecida entre los colonizadores y los pueblos indígenas no se basó en el reconocimiento entre pueblos libres e iguales.

Además, el encuadramiento de todos los pueblos nativos en una única clasificación, denominada “indio”, demuestra el etnocentrismo del colonizador. Esa subsunción única pasó por alto la pluralidad existente entre los propios pueblos originarios. En ese punto, el colonizador procedió a una identificación doble y polarizada, cuyo parámetro se cerró sobre sí mismo. El blanco europeo se comportó como un referente etnocéntrico de identificación en la medida en que todos los que no eran blancos eran considerados “indios”, sin tener en cuenta la heterogeneidad ya existente entre los pueblos indígenas. En ese sentido, Peruzzo (2017, p. 9) enseña que:

A pesar de los discursos impregnados de benevolencia, el colonizador abordó a los pueblos originarios de arriba a para abajo, de forma etnocéntrica, y así fue desde el primer contacto entre los representantes de esas culturas europeas y americanas, a partir de la heteroidentificación de los pueblos bajo el manto de un concepto abstracto que nunca tradujo la pluralidad de los pueblos que viven en Brasil, es decir, el concepto de “indio”.

Esa “mirada desde arriba” también estuvo presente en la actuación del Estado tras la Guerra del Paraguay (1864-1870) cuando, según el mismo autor (PERUZZO, 2017, p. 10), “el Estado brasileño inició un proceso de ocupación de las tierras amazónicas y de explotación del oeste del país, especialmente del Mato Grosso, otorgando títulos de propiedad irregulares y exterminando a los grupos indígenas”. En 1910 se creó el Servicio de Protección al Indio, que continuó con las prácticas de asimilación cultural bajo el manto de la “tutela” de esos pueblos, vistos como incapaces de decidir por sí mismos y como un obstáculo para el desarrollo nacional.

El discurso de la “tutela” guio la creación del SPI, que estaba destinado a custodiar a los indios, por un lado, pero en el fondo había una propuesta más decisiva, que era la de custodiar a los indios para que no se interpusieran en lo que se propagaba en la época como “desarrollo nacional” (PERUZZO, 2017, p. 10).

A mediados de los años 70 y 80, los movimientos sociales de los pueblos indígenas se fortalecieron, tanto a nivel nacional como internacional. Fue una lucha por el reconocimiento de su diversidad étnica, de sus formas de vivir, especialmente vinculadas al territorio que ocupan, así como una lucha por la autodeterminación. Según Rodrigues (2014, p. 51), “El derecho de autodeterminación como “derecho a la ciudadanía” abarca, como hemos visto, no sólo su aspecto político, sino también el económico, cultural y social”. El mismo autor afirma la importancia del poder de decisión de esas poblaciones; Todos los pueblos tienen derecho a decidir sobre su propia vida comunitaria, sus leyes, sus normas, sus instituciones, sus símbolos y

su propio destino político” (RODRIGUES, 2014, p. 51).

La autodeterminación de los pueblos indígenas abarca su identidad cultural, manifestada en su relación con el ambiente natural. En la lección de Rodrigues (2014, p. 51), “La exigencia de autodeterminación, en otras palabras, se centra en el derecho a la tierra, a los recursos históricos, así como a la organización cultural autónoma (que abarca la identidad cultural)”. Se observa que la manifestación cultural y la autonomía de los pueblos originarios constituyen valores inseparables del ambiente que ocupan, ya que están interconectados.

De ese modo, las luchas por los derechos de los indígenas pretenden “dar voz” a los que han sido silenciados durante tanto tiempo. Era necesario romper con el modelo asimilacionista e iniciar un proceso de reconocimiento con la participación de las comunidades indígenas en las cuestiones relativas a sus tierras, cultura y recursos, configurando así una nueva y (re) significada ciudadanía (RODRIGUES, 2014).

La Constitución Federal brasileña de 1988 dedicó un capítulo exclusivo a la protección de los indios. El art. 231 de la carta constitucional garantiza a los pueblos indígenas el reconocimiento de “su organización social, costumbres, idiomas, creencias y tradiciones, así como los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” (BRASIL, 1988). Además, el § 1 de la misma disposición reconoce el vínculo de los indígenas con su tierra, en una relación necesaria “para su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones” (BRASIL, 1988). Así, se observa que el legislador constituyente quiso asegurar la interculturalidad y la autodeterminación de los pueblos indígenas de manera especial en el art. 231, así como de manera general, como lo dispone el art. 216 en lo relativo a las formas de crear, hacer y vivir.

Un paso importante para ese debate es entender que la interculturalidad se extrae del propio texto constitucional, ya que, como se dijo anteriormente, además del art. 3, inciso IV, al haber elevado el bien de todos sin ninguna forma de discriminación a la condición de objetivo fundamental de la República, también el art. 231 reconoció a los indígenas su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones y el art. 216 reconoció las formas de crear, hacer y vivir (PERUZZO, 2017, p. 15).

Las conquistas logradas en el texto de la carta constitucional se materializan en el reconocimiento de las formas de vida tradicionales de los pueblos indígenas, así como en la garantía del mantenimiento de su diversidad étnica. Teniendo en cuenta la estrecha relación cultural que los pueblos indígenas mantienen con el territorio que ocupan, la Carta de 1988

también se preocupó por garantizar el uso y la preservación de esas tierras, adoptando un régimen más riguroso cuando se trata de actividades susceptibles de tener un alto impacto en el territorio indígena.

2 ACTIVIDAD MINERA EN TIERRAS INDÍGENAS Y LA CONSTITUCIONAL

El § 3 del art. 231 de la Constitución brasileña de 1988 prevé la posibilidad de investigación y explotación de las riquezas minerales en las tierras indígenas, así como el aprovechamiento de otros recursos (BRASIL, 1988). Sin embargo, en las tierras indígenas, esa explotación de los recursos hídricos, incluyendo el potencial energético, la investigación y la explotación de las riquezas minerales está condicionada a la autorización del Congreso Nacional, previa audiencia de las comunidades afectadas. Se observa que, al exigir la autorización del Poder Legislativo, el texto constitucional honró la protección de la diversidad étnica de los pueblos indígenas para corregir un pasado de despojo e invasión violenta, como enseña Joyceane Bezerra de Menezes:

El requisito de autorización del Congreso Nacional no pretende elevar la propiedad de las tierras indígenas frente a la propiedad civil. Es una medida adicional para proteger la diversidad étnica. Los indios han sido masacrados durante los últimos quinientos años y siguen siendo objeto de discriminación, sufriendo con la continua falta de respeto a sus derechos. Si la Constitución rodeó de protección la posesión indígena, fue para intentar acabar con la cultura integracionista que reinaba en Brasil desde la época colonial (MENEZES, 2007, p. 101).

Cabe recordar que el § 2 del art. 231 de la Constitución de 1988 otorga a los indios el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo presentes en las tierras tradicionalmente ocupadas por ellos (BRASIL, 1988). Si, por un lado, los indios tienen el usufructo del suelo y de sus riquezas, por otro, el subsuelo pertenece a la Unión, tal como lo dispone el art. 20, inciso IX, del diploma constitucional.⁵ Sin embargo, aunque la propiedad del subsuelo es de la Unión, su uso se condicionó al cumplimiento de dos requisitos, como son la autorización legislativa y la audiencia de los pueblos indígenas afectados, de lo que se desprende la voluntad del constituyente de frenar y/o equilibrar la acción del ejecutivo en la regulación del uso de esos recursos, prestigiando una vez más el respeto a la diversidad étnica de los pueblos indígenas y su relación tradicional con la tierra, así como su autodeterminación.

⁵ Así lo establece el art. 20 del CF/88: “Art. 20. El bien de la Unión es: [...] IX – recursos minerales, incluidos los del subsuelo; [...]” (BRASIL, 1988).

Según Brito y Barbosa (2015, p. 103), “la necesidad de preservar la tierra indígena para proteger los recursos ambientales esenciales para garantizar el modo de vida de los indios hace de ese locus un espacio territorial especialmente protegido. A ello se suma el hecho de que la minería es considerada una actividad efectiva o potencialmente contaminante y, según Menezes (2007, p. 99), puede causar daños irreparables en los territorios indígenas “[...] no sólo en el medio ambiente, sino también en la organización sociocultural de las comunidades indígenas, provocando la desintegración cultural y la introducción de enfermedades”. En ese contexto, el rigor constitucional dispensado a la materia está debidamente justificado.

No cabe duda de que el impacto causado por las actividades mineras en tierras indígenas es considerablemente más relevante que el impacto de la misma actividad en zonas no ocupadas por pueblos indígenas. La degradación ambiental intrínseca a la actividad minera afecta no sólo al medio natural, sino también al cultural,⁶ tan querido por las comunidades indígenas y puede causar la violación e incluso la extinción de la comunidad y sus formas de vivir y hacer, así como sus expresiones culturales y religiosas. En la misma línea, Brito y Barbosa (2015, p. 99) enseñan que: “En ese escenario de creciente degradación ambiental en las tierras indígenas es que se verifica que los espacios de vida de los indios, los espacios de libertad y reproducción físico-espiritual también están pasando por una crisis ecológica [...]”.

Sin embargo, a pesar de la solidez de la protección otorgada a los indios, a sus tierras y a su cultura, se observa que esos derechos son constantemente violados. La intensa búsqueda de recursos naturales, fomentada por el actual modelo económico, es uno de los factores responsables de las violaciones observadas.

Aunque la CR/88 reconoce expresamente en su art. 231 la importancia etnocultural de la tierra para los pueblos indígenas, existe una constante y real falta de respeto a ese derecho, una vez que ese espacio de vida de los pueblos indígenas se convirtió en el foco de polémicas demarcaciones, posesión irregular y explotación económica de sus recursos naturales. En fin, las tierras indígenas, como espacios ambientalmente protegidos, se han vuelto vulnerables en las últimas décadas desde el punto de vista socio-ambiental; y la garantía de los derechos constitucionales que se ocupan de su protección, además de toparse con obstáculos administrativos que dificultan su regularización, también ha sido rehén de un juego de fuerzas políticas y económicas (BRITO; BARBOSA, 2015, p. 102).

6 De acuerdo con la concepción defendida por Fiorillo (2013), el ambiente se puede clasificar en cuatro aspectos, a saber: ambiente natural, artificial, cultural y laboral.

La omisión legislativa, concretada en la ausencia de una ley que regule el art. 231, § 3 de la Constitución de 1988, dificulta enormemente el tratamiento de la cuestión y da lugar a un gran debate.⁷ La cuestión es, por ejemplo, si la audiencia constitucional tiene el carácter de una mera consulta, o si representa el consentimiento, en ese último caso con poder de obligar a la autorización del Congreso Nacional, requisito indispensable. Si se reconoce la naturaleza jurídica del consentimiento, la ausencia de esa audiencia impediría la autorización del Congreso Nacional y, por tanto, tendría poder de veto. Sin embargo, la cuestión divide la opinión de la doctrina. La elección del término “audiencia” por parte del constituyente abre los debates. Silva señala que

[...] durante la Asamblea Nacional Constituyente, los proyectos debatidos hablaban expresamente de que el consentimiento de los pueblos indígenas había sido sustituido por la expresión “audiencia” sólo en las etapas finales del proceso constituyente [...] y sin que hubiera un debate sobre el alcance y significado de ese cambio (SILVA, 2019, p. 167, nuestro énfasis).

Eso significa que al utilizar el término “audiencia” en lugar de “autorización” o “consentimiento”, que sólo se cambió en las etapas finales del proceso y sin el debido debate sobre dicho cambio, el constituyente abrió un margen para interpretaciones más restrictivas en relación a los derechos indígenas.

De esa manera, en la segunda sustitución presentada por el ponente de la Comisión de Sistematización, Bernardo Cabral, se sustituiría el requisito de “autorización” de las comunidades indígenas por el término “haber escuchado a las comunidades impactadas” ante la exploración minera y la explotación de potenciales hidroeléctricos y energéticos en tierras indígenas, que se mantendría hasta la versión aprobada (proyecto de Constitución C), y que hoy tenemos [...]. La sustitución de los términos terminó brindando la oportunidad de que se instalaran en la arena pública interpretaciones más restrictivas respecto a los derechos de los pueblos indígenas, dejando de lado interpretaciones constitucionales más emancipadoras y más acordes con el marco internacional de la consulta (SILVA, 2019, p. 57; 167).

Se observa que tales instrumentos de actuación popular se derivan también de los principios de participación comunitaria, así como del principio de información, ambos en materia medioambiental. En cuanto al principio de participación, Thomé (2020, p. 77) enseña que la visión actual

⁷ En la Cámara de Diputados está pendiente el proyecto de ley n. 191/2020, que busca reglamentar el § 1 del art. 176 y el § 3 del art. 231 de la Constitución, para establecer condiciones específicas para la investigación y extracción de recursos minerales e hidrocarburos y para el uso de recursos hídricos para generar electricidad en tierras indígenas, y establece una indemnización por la restricción del usufructo de las tierras indígenas.

de la democracia debe ser más amplia, en la medida en que “la democracia, hoy, no se satisface sólo con las instancias deliberativas de los representantes elegidos y de los órganos burocráticos fieles a los mandatos legales. Es necesario que haya medios de participación directa de la comunidad cuando se trata de cuestiones medioambientales:

Además, se requieren medios de participación directa del pueblo o de la comunidad tanto en lo que respecta a las macrodecisiones (plebiscito, referéndum e iniciativa legislativa popular), como en los procesos de toma de decisiones de ámbito sectorial (decisiones administrativas, de condominio y empresariales, por ejemplo), en la medida en que esas deliberaciones afecten directa o indirectamente a los individuos (THOMÉ, 2020, p. 77).

En ese sentido, es sumamente importante que el Estado se comprometa a hacer realidad ese principio. En el mismo sentido lo entiende Thomé (2020, p. 79) cuando afirma que “La implementación efectiva del Estado de Derecho Socioambiental requiere fortalecer el principio de obligatoriedad de la acción estatal y el principio democrático [...]”. Se vuelve relevante, por lo tanto, el perfeccionamiento de los instrumentos y mecanismos que ayuden a la implementación de una efectiva participación comunitaria en materia ambiental.⁸

El principio de información se configura como un supuesto del principio de participación. No se puede participar sin la información necesaria sobre el objeto que se pretende discutir. Por ello, Thomé (2020, p. 78) explica que “el derecho a la participación presupone el derecho a la información, ya que existe un vínculo inseparable entre ambos”. No cabe duda de que “existe una dependencia lógica entre ellos: sólo habrá participación popular si hay acceso a la información medioambiental” (THOMÉ, 2020, p. 79).

En cuanto a la participación de las comunidades indígenas, es importante señalar que, tras la promulgación de la Constitución Federal de 1988, Brasil ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales. El citado instrumento

⁸ Como ejemplo, la audiencia pública a distancia que celebrará la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Sostenibilidad del gobierno del estado de Río de Janeiro. Según informa el INEA (2020): “La Comisión Estatal de Control Ambiental (Ceca), órgano de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Sostenibilidad (Seas), celebrará, el 22 de julio, a las 19:00 horas, una audiencia pública para la presentación y discusión del Informe de Impacto Ambiental (Rima) de la solicitud de licencia preliminar de la empresa Açú Petróleo para la implantación de dos oleoductos que conectarán la Unidad de Tratamiento de Petróleo del Puerto de Açú, en São João da Barra, con la estación Barra do Furado de Petrobras, en Quissamã. La audiencia pública se celebrará a distancia. La modalidad a distancia posibilita el acceso de la población y aumenta la participación popular, constituyendo una importante herramienta para la realización del principio de participación comunitaria en materia ambiental.

normativo fue elaborado por la OIT en 1989 e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Decreto Legislativo n. 143 de 20 de junio de 2002, y el instrumento de ratificación fue depositado ante el Director Ejecutivo de la OIT el 25 de julio de 2002. Entró en vigor a nivel internacional el 5 de septiembre de 1991, y para Brasil el 25 de julio de 2003, en los términos de su art. 38, promulgado el 19 de abril de 2004. Se consolidó a nivel nacional con la publicación del Decreto 10.088, del 5 de noviembre de 2019 (BRASIL, 2019).

El art. 6 del Convenio establece que los pueblos indígenas deben ser consultados siempre que las medidas administrativas o legislativas puedan afectarles de algún modo. El dispositivo prescribe, además, que la consulta debe realizarse “con el objetivo de llegar a un acuerdo y obtener el consentimiento sobre las medidas propuestas” (BRASIL, 2019). Por lo tanto, está claro que el objetivo de todas y cada una de las consultas, incluida la audiencia prevista en el § 3 del art. 231 del CF88, es buscar un acuerdo con las comunidades afectadas (BRASIL, 1988).

En ese sentido, Silva (2019, p. 150) afirma que “Toda consulta realizada debe presentar la intención de obtener un acuerdo o lograr el consentimiento, según la regla general establecida en el Convenio 169 de la OIT”. No se puede admitir la realización de consultas vacías que tengan como objetivo el mero cumplimiento de un protocolo o la mera “recolección de la opinión” de los pueblos indígenas sin la intención real de que sus demandas sean aceptadas, porque ese pensamiento va en contra de todo el tratamiento constitucional otorgado a los pueblos indígenas en el reconocimiento de su autodeterminación e importancia participativa.

Basándose en este marco internacional, algunos autores sostienen que el procedimiento de consulta, que también incluye audiencias constitucionales, debe dar lugar al consentimiento de las comunidades afectadas, sin el cual la medida no podría aplicarse. Según esta línea de razonamiento, la ejecución de la actividad estaría vinculada al poder de decisión de las comunidades indígenas.

No obstante, hay que señalar que la cuestión del veto indígena no es pacífica y ha suscitado muchos debates. Según Silva (2019, p. 150), “de entrada conviene destacar la diferencia entre el consentimiento como objetivo y el consentimiento como requisito jurídico para la adopción de la medida prevista”. La razón es que, si se entiende el consentimiento como un requisito jurídico, hay que concluir que su ausencia implica un poder de veto para llevar a cabo la medida prevista. Por otro lado, si se entiende

el consentimiento como un objetivo y no como un requisito jurídico, no se puede admitir que ejerza un poder de veto.

Sin embargo, la propia OIT ya se ha pronunciado al respecto, aclarando que el Convenio 169 reconoce el consentimiento como un objetivo y no como un requisito jurídico, descartando así el “veto indígena”. Así, Silva resume que el consentimiento no es un fin en sí mismo, y que la OIT no reconoce el poder de veto de las comunidades afectadas, es decir, los pueblos indígenas no podrían impedir, por ejemplo, la investigación y extracción de recursos minerales en sus tierras basándose en las disposiciones del Convenio de la OIT. Sin embargo, la posición de los pueblos indígenas debe tenerse en cuenta a la hora de tomar la decisión:

La Organización deja claro que, aunque el consentimiento es el objetivo que persigue una consulta adecuada, no es un fin en sí mismo, y no reconoce el llamado “veto indígena”. La OIT señala expresamente la imposibilidad de que los pueblos indígenas se opongan al uso de sus tierras, pero especifica que su opinión, valores y entendimiento deben ser tomados en cuenta por el Estado en la formación de la decisión, la cual debe ser simétrica al contenido de lo consultado, dando a los pueblos la oportunidad de participar en la formulación y aplicación de las medidas y programas que los afectan en todos los niveles (SILVA, 2019, p. 153).

Además, la propia OIT admite que no siempre se obtendrá ese consentimiento y, en esos casos, Silva sugiere que se consideren las razones para la negativa a los pueblos indígenas:

Incluso, la OIT ya se ha pronunciado en el sentido de que la consulta válida es aquella que tiene el objetivo sincero de obtener el consentimiento o llegar a un acuerdo, aunque no se logre. La consulta debe tener como objetivo ese entendimiento, los esfuerzos deben dirigirse a obtener el consentimiento, pero si no se obtiene, las razones deben contemplarse en el acto final. (SILVA, 2019, p. 150).

En ese punto, concluimos que el Convenio 169 de la OIT no determina que los países firmantes consideren el consentimiento como un requisito jurídico. Por otro lado, nada les impediría adoptar tal requisito, ya sea por la conjunción de principios presentes en el ordenamiento jurídico, como el principio de participación, de autodeterminación de los pueblos indígenas, o por disposición expresa en la legislación infraconstitucional.

Como ejemplo, se cita la Ley Federal n. 13.123 de 20 de mayo de 2015, por tanto, posterior a la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Esa norma prevé el acceso al patrimonio genético, así como el acceso a los conocimientos tradicionales asociados a él, con la participación de la población indígena y otras comunidades tradicionales. El art. 9 de la citada

ley exige que se obtenga el consentimiento previo como condición para acceder a los conocimientos tradicionales asociados de una determinada comunidad. Sin ese consentimiento no es posible acceder a los conocimientos tradicionales de dicha comunidad (BRASIL, 2015). En ese mismo sentido, el Decreto n. 8.772/2016, que reglamenta la Ley n. 13.123/2015, en su art.13, establece que “La población indígena, comunidad tradicional o agricultor tradicional podrá negar el consentimiento de acceso a sus conocimientos tradicionales asociados de origen identificable”. (BRASIL, 2016). En ese caso, la negación del consentimiento impide el acceso a los conocimientos tradicionales, lo que garantiza un poder de veto.

Para Silva (2019, p. 172), al exigir el consentimiento previo como requisito jurídico para el acceso a los conocimientos tradicionales, tanto la Ley n. 13.123/2015 como el Decreto n. 8.772/2016 están en consonancia “con las formas más modernas y emancipadoras de interpretación sobre el derecho a la consulta que se han ido afianzando en la escena internacional, buscando obtener el consentimiento libre e informado de las poblaciones indígenas, y no sólo una participación formal [...]”. Se trata de garantizar la autodeterminación de los pueblos indígenas de forma más amplia.

A pesar de los progresos realizados en la legislación con respecto a la protección de los derechos de los pueblos indígenas, en la práctica esos derechos siguen siendo violados. Mientras que, por un lado, Brasil ha avanzado mucho en la consolidación del principio de participación como instrumento de protección de los derechos de los pueblos indígenas, como ejemplifica la Ley 13.123/2015, por otro lado, las empresas multinacionales brasileñas de diversos sectores, incluido el minero, no asumen públicamente compromisos en materia de consulta o consentimiento previo:

Oxfam Brasil publicó en 2018 un estudio sobre el comportamiento de 21 de las principales empresas multinacionales brasileñas que operan en América Latina y África en los segmentos de la minería, el petróleo y el gas, la construcción, la siderurgia y la agroindustria, evaluando sus declaraciones y compromisos públicamente declarados sobre el consentimiento previo, la consulta, la participación comunitaria y los derechos humanos. Desafortunadamente, el estudio fue concluyente en cuanto a la ausencia de compromiso por parte de las empresas brasileñas para llevar a cabo la consulta y obtener el consentimiento de las poblaciones indígenas y tradicionales afectadas por las empresas económicas de gran impacto potencial (SILVA, 2019, p. 156).

Está claro que la participación de los pueblos tradicionales en los procesos de toma de decisiones es la medida que confiere mayor eficacia en lo que respecta a la autodeterminación de los pueblos indígenas. Para ello,

el Estado debe escuchar a esos pueblos dentro de un proceso de consulta previa, libre, informada y adecuada, de buena fe y de acuerdo con los protocolos establecidos con las comunidades indígenas, respetando su diversidad étnica y cultural. Si, al final de ese esfuerzo real, no se obtiene el consentimiento, se deben buscar las formas más adecuadas para ajustar los proyectos a las preocupaciones de los pueblos indígenas, así como buscar una compensación completa para la comunidad afectada.

Concluimos que dirigir el debate hacia la posibilidad o no del veto indígena limita el abanico de posibilidades y alternativas existentes para la puesta en marcha de un proceso democrático participativo efectivo, que puede darse de diversas maneras. Silva (2019, p. 154) demuestra que en 2009 el relator de la ONU, James Anaya, lamentó la discusión formada en torno al veto indígena, que “sólo contribuiría a difundir y enardecer el discurso antiindígena de sectores de la sociedad que promueven la falsa idea de antagonismo entre el desarrollo y los derechos de los pueblos indígenas” y la imagen errónea de los pueblos indígenas como una minoría incómoda para el proceso de desarrollo.

Así, se arroja luz sobre la finalidad de la consulta y su carácter de negociación, frente a la idea de imposición unilateral de voluntades, ya sea por parte del Estado o de los pueblos indígenas. Priorizar la discusión en torno al veto indígena es lo mismo que priorizar el punto de llegada despreciando el punto de partida y el camino recorrido. Poner a disposición de los indígenas el derecho de veto sin comprometerse con el proceso de diálogo convierte a la consulta en un instrumento vulnerable que puede representar aún más la violación de los derechos indígenas. En la misma dirección, aclara Peruzzo (2017, p. 19) que

El veto puro y duro descarta el diálogo y el entendimiento, mientras que las propuestas alternativas o la abstención los presuponen. La consulta previa es un instrumento que, si se regula en ese sentido, puede no sólo asegurar el pleno ejercicio de los derechos garantizados a los indios en la ley, sino también contribuir al arraigo de la práctica de la democracia participativa como ejercicio de la ciudadanía activa, estructurando, de abajo hacia arriba.

El resultado de una consulta con los pueblos indígenas debe provenir de un diálogo efectivo y comprometido por ambas partes. El consentimiento resultante de una consulta inadecuada y sin compromiso no sería un resultado deseable. Según Milanez (2020, p. 2),

Los sistemas basados en el Consentimiento Previo pueden ser distorsionados y generar la ilusión de autonomía, ya que las negociaciones tienen lugar en contextos de desequilibrios de poder, derivados del acceso a los recursos financieros, el control

de la información y la predisposición de los gobiernos a favorecer los proyectos extractivos.

El diálogo y el entendimiento entre las partes son las vías que hay que fomentar. La imposición unilateral de la voluntad de cualquiera de las partes y la falta de compromiso en la construcción del proceso de participación vacían los resultados de las consultas. Peruzzo (2017, p. 23) afirma:

En esa línea, considerando la consulta previa con respecto a las asimetrías existentes entre los distintos grupos culturalmente diferenciados y aclarando el papel del entendimiento como algo que va más allá del “sí” y del “no”, es necesario aclarar, a modo de conclusión, lo que sería el acuerdo o el consentimiento cuando se considera conjuntamente con el derecho a decir “no”. Esa aclaración es importante para reforzar el papel del entendimiento, porque incluso en el consentimiento lo que se cuestiona no es sólo el derecho de veto.

También es importante destacar que la indefinición y la demora por parte del Poder Público para realizar la consulta previa y regularizar la actividad económica en tierras indígenas puede causar innumerables daños socioambientales, como está ocurriendo en la mina Buenos Aires, ubicada en el norte de Ecuador, donde miles de personas están extrayendo oro ilegalmente debido a la ausencia del Estado (LIÉVANO, 2019). Una serie de males económicos, sociales y medioambientales pueden derivarse de la explotación ilegal de minerales en tierras indígenas, como el blanqueo de dinero, el trabajo en régimen de esclavitud, la prostitución, los daños medioambientales y el no pago de impuestos a la caja pública. En los países cuya estructura administrativa ambiental es débil y desechada, los explotadores ilegales de tierras indígenas han ejercido la actividad económica sin la participación de las poblaciones tradicionales y también sin la sanción oficial de los instrumentos de mando y control del Estado.

La regularización de la actividad minera, cuando es ambiental y socialmente viable, es, por lo tanto, pertinente y debe ocurrir con base en los preceptos del principio de participación comunitaria. La paciencia y el cuidado por parte de los actores implicados, especialmente el Poder Público, son elementos esenciales en un ambiente que pretende contar con la participación efectiva de la comunidad. El fracaso en el proceso de consulta puede dar lugar a graves conflictos que, si no se subsanan administrativamente, serán finalmente resueltos por el Poder Judicial.

El poder judicial ecuatoriano, por ejemplo, está tratando un conflicto socioambiental relacionado con uno de los proyectos mineros más importantes de ese país, relativo a la explotación de yacimientos subterráneos de oro y plata en la mina de Río Blanco, una localidad situada

en la cordillera de los Andes, a 3.550 metros sobre el nivel del mar. Las comunidades nativas de la región montañosa de Cuenca afirman que no se les consultó previamente sobre el proyecto de exploración minera de una empresa china en sus tierras. El caso está en los tribunales y espera el pronunciamiento de la Corte Constitucional (LIÉVANO, 2019).

En Brasil, el Tribunal Regional Federal de la 1ª Región determinó, el 30 de noviembre de 2016, la suspensión de la licencia ambiental de la Central Hidroeléctrica de Teles Pires, situada en la frontera entre los estados de Pará y Mato Grosso, hasta que se realice la “consulta libre, previa e informada” a los pueblos indígenas Kayabi, Munduruku y Apiaká, afectados por la obra. (DECISIÓN, 2016). Además de la ausencia de consulta previa sobre el uso de los recursos hídricos que se producirá en sus tierras, los pueblos tradicionales alegan la violación de áreas consideradas por ellos como sagradas.

Se constata, por tanto, que el debate sobre la consulta previa a los pueblos tradicionales está cada vez más presente en los tribunales de los países mineros, por lo que consideramos relevante analizar la decisión paradigmática de la judicatura canadiense en el caso de la Nación Gitxaala *versus* Canadá.

3 LA CONSULTA PREVIA Y LA JURISPRUDENCIA CANADIENSE

A nivel internacional, hay una importante decisión judicial dictada en Canadá sobre la inadecuada aplicación de la consulta previa a los pueblos nativos. Se trata del caso de la Nación Gitxaala *versus* Canadá, juzgado en 2016 por la *Federal Court of Appeal*⁹ (FCA). La acción fue interpuesta por diferentes comunidades aborígenes de la región de la Columbia Británica, así como por asociaciones, fundaciones y otros miembros de la sociedad, contra la emisión de una orden del gobierno canadiense que permitía la ejecución de un gran proyecto de exploración económica en la región.

El proyecto consistía en la construcción de dos oleoductos de 1.178 km e instalaciones asociadas para transportar petróleo y condensado. A lo largo de su recorrido, los oleoductos atravesarían o estarían cerca de numerosos territorios de los pueblos tradicionales canadienses (pueblos indígenas), afectando a las comunidades de diversas maneras, impactando en las zonas de recolección, en los lugares tradicionales de las aldeas, en

⁹ Tribunal Federal de Apelación.

los lugares de culto espiritual, en los cursos de agua, en las áreas de caza, pesca, uso de la madera, etc. (CANADA, 2016, p. 8-12). El tribunal reconoció que la magnitud del proyecto implicaba que sus efectos también serían significativos y, por lo tanto, tendrían una importancia considerable (CANADA, 2016, p. 132).

El Tribunal canadiense consideró que la orden emitida, por sí misma, es decir, individualmente considerada, habría cumplido todos los requisitos del derecho administrativo y estaría dentro de los parámetros legales. Sin embargo, la orden sólo podría haberse emitido si Canadá hubiera respetado previamente su deber constitucional de consultar a los pueblos indígenas que se verían afectados por el emprendimiento. La corte analizó el procedimiento llevado a cabo y concluyó que hubo un fallo en la ejecución de un punto concreto de la consulta y, por ello, decidió la anulación de la orden concedida a las empresas responsables del proyecto.

Se trata de un caso en el que el ordenamiento jurídico canadiense exige el deber de consultar a los pueblos nativos. En Canadá, la base jurídica del deber de consulta se encuentra en la Constitución (CANADA, 1982) y se basa en el honor de la Corona¹⁰. Los deberes de consulta forman parte del proceso de reconciliación y negociación justa entre Canadá y las primeras naciones que habitaban el territorio en el momento de la llegada del colonizador (CANADA, 2016, p. 74). El deber implica consultar a los pueblos indígenas y si es necesario acomodar, es decir, ajustar, alterar, modificar los proyectos o medidas para que el proceso de reconciliación y negociación justa sea efectivo. Al tratarse de una empresa de gran envergadura, el Tribunal consideró que la consulta debía realizarse de forma exhaustiva, teniendo en cuenta las preocupaciones de los pueblos tradicionales.

Para los procedimientos de consulta, la jurisprudencia canadiense no exige el cumplimiento de una norma “perfecta”. El tribunal sostuvo: “Para determinar si se ha cumplido el deber de consulta, ‘no se requiere una satisfacción perfecta’”¹¹ (CANADA, 2016, p. 78, nuestra traducción). Lo que se espera es que haya un compromiso real con el proceso de consulta a través de esfuerzos razonables (CANADA, 2016, p.79) que sean suficientes para cumplir con el deber de consulta. Por lo tanto, el tribunal sostiene que no es necesario tener un estándar de consulta que se acerque a la perfección, pero se vuelve esencial demostrar que la Corona ha hecho esfuerzos dentro de estándares razonables.

10 Según el § [171] de la decisión: “The duty to consult is grounded in the honour of the Crown”. El deber de consulta se basa en el honor de la Corona (nuestra traducción).

11 En el original: “In determining whether the duty to consult has been fulfilled, ‘perfect satisfaction is not required’”.

Una de las normas razonables se revela en el deber de buena fe que debe ser recíproco para ambas partes. Eso significa que la Corona debe demostrar una verdadera intención de abordar las preocupaciones aborígenes de manera sustancial, considerable y comprometida (CANADA, 2016). Del mismo modo, según la FCA, los pueblos de las Primeras Naciones no deben frustrar los intentos de buena fe de la Corona y “[...] tampoco deben adoptar posturas poco razonables para impedir que el gobierno tome decisiones”¹² (CANADA, 2016, p. 78, nuestra traducción).

Es importante señalar que en el caso que nos ocupa el proceso de consulta no atribuye poder de veto a los pueblos nativos canadienses. Por lo tanto, no se reconoce el consentimiento como requisito legal para la adopción de la medida plasmada en la emisión de la orden. La consulta tiene el deber de informar, dialogar y, si es necesario, ajustar el proyecto económico a los deseos de los pueblos tradicionales:

El proceso de consulta no determina un resultado sustantivo particular. Así, el proceso de consulta no otorga a los grupos aborígenes un veto sobre lo que se puede hacer con la tierra hasta la prueba final de su reclamación. La consulta tampoco equivale a una obligación de acuerdo, sino que lo que se requiere es un compromiso con un proceso de consulta significativo¹³ (CANADA, 2016, p. 77, nuestra traducción).

De ese modo, la consulta se caracteriza como un importante instrumento de construcción dialógica en el que se observa su bidireccionalidad. Para el Tribunal, no basta con realizar una simple consulta; es necesario que ésta tenga un carácter significativo. Por lo tanto, para el Tribunal Federal de Apelación de Canadá, la consulta significativa “no pretende simplemente permitir a los pueblos aborígenes ‘desahogarse’ antes de que la Corona haga lo que siempre ha pretendido. La consulta carece de sentido cuando excluye desde el principio cualquier forma de adecuación”¹⁴ (CANADA, 2016, p. 98, nuestra traducción).

Así pues, una consulta significativa sería aquella en la que la Corona está dispuesta a introducir cambios en las propuestas, teniendo en cuenta la información que ha recibido, así como a proporcionar información a las

¹² En el original: “nor should they take unreasonable positions to thwart the government from making decisions”

¹³ En el original: “The consultation process does not dictate a particular substantive outcome. Thus, the consultation process does not give Aboriginal groups a veto over what can be done with land pending final proof of their claim. Nor does consultation equate to a duty to agree; rather, what is required is a commitment to a meaningful process of consultation”.

¹⁴ En el original: “is not intended simply to allow Aboriginal peoples ‘to blow off steam’ before the Crown proceeds to do what it always intended to do. Consultation is meaningless when it excludes from the outset any form of accommodation”.

partes interesadas que participan en el proceso (CANADA, 2016, p. 98). El deber de consulta no es sólo el cumplimiento formal de un protocolo pre-establecido. Es necesario desterrar la idea de que la consulta es un proceso que busca un intercambio superficial de información entre las partes implicadas, porque en realidad requiere que la Corona esté dispuesta a implementar las modificaciones necesarias para adaptar el proyecto económico a la realidad de las poblaciones aborígenes que puedan verse afectadas por el emprendimiento.

Además, la Corte determina la forma en que se deben abordar las consideraciones y preocupaciones de los pueblos originarios. No acepta que las preocupaciones relativas a puntos concretos y determinados se traten de forma generalizada, abstracta o imprecisa. De esa manera, considera que puntos específicos sobre el proyecto económico, elaborados por las Primeras Naciones, merecen respuestas específicas por parte de Canadá, así como las debidas consideraciones y explicaciones relacionadas a ellos (CANADA, 2016, p. 100).

En el caso que nos ocupa, el proceso de consulta se elaboró en cinco fases, subdivididas en: (I) fase preliminar; (II) fase previa a la elección; (III) fase de audiencia; (IV) fase posterior al informe; y (V) fase de regulación (CANADA, 2016). La construcción del proceso demostró que se realizaría una consulta amplia, capaz de cumplir con los objetivos de conciliación y negociación justa que exige el precepto constitucional que regula la materia. En general, el tribunal canadiense consideró que el proceso de consulta se llevó a cabo de manera razonable, con una amplia participación de los pueblos originarios.¹⁵

Sin embargo, reconoció que la ejecución de la fase IV no estuvo a la altura de lo deseado. En esa fase concreta, las partes debían dialogar sobre el informe formulado en las fases anteriores y el organismo gubernamental encargado de la mediación, la Agencia Canadiense de Evaluación Ambiental, debía realizar y responder específicamente a las preocupaciones de los pueblos originarios. El principal fallo observado en esa fase fue la falta de diálogo significativo entre las partes.

El tribunal consideró que Canadá no había tenido en cuenta ni discutido varias preocupaciones planteadas por las primeras naciones. Los funcionarios del gobierno dijeron durante el proceso que no tenían la fa-
15 Ejemplos de participación activa de grupos aborígenes: la comunidad Gitxaala presentó 7.400 páginas de material escrito, testimonios orales de 27 miembros de la comunidad y 11 informes de expertos sobre diversos temas. La comunidad Haisla presentó un estudio de uso tradicional que describía su cultura, su sistema de tenencia y sus leyes y cómo el proyecto interferiría en el uso y la ocupación de sus tierras, aguas y recursos. La comunidad Haida presentó un estudio de conocimientos marinos tradicionales de 336 páginas con información sobre plantas marinas, invertebrados y otros (CANADA, 2016, p. 22-24).

cultad de hacer consideraciones o cambios en el proyecto con respecto a las preocupaciones de los grupos tradicionales. Dichos agentes demostraron que sólo estaban autorizados a tomar nota de los asuntos sin tener, sin embargo, el poder de sugerir soluciones o decidir sobre cualquier tipo de asunto. Así, el tribunal consideró que: “Faltaba alguien por parte de Canadá con capacidad para hacer algo más que tomar notas, alguien capaz de responder de manera significativa en algún momento”¹⁶ (CANADA, 2016, p. 116, nuestra traducción).

Así, no bastaría con “anotar” las cuestiones planteadas por las poblaciones tradicionales. También sería necesario entablar un diálogo con las partes interesadas. En ese sentido, el Tribunal concluyó que “La jurisprudencia es clara: Canadá, actuando bajo el deber de consulta, debe entablar un diálogo sobre los impactos que el proyecto propuesto tendrá en las Primeras Naciones afectadas”¹⁷ (CANADA, 2016, p. 120, nuestra traducción). El Tribunal sostuvo que, incluso antes de que se presentaran condiciones atenuantes para el proyecto, la Corona tenía la obligación de discutir la profundidad y la naturaleza de los impactos sobre los pueblos afectados. Presentar cualquier solución de mitigación antes de escuchar a los pueblos afectados representaba una postura incompatible con el principio de trato justo y reconciliación.

En nuestra opinión, no era coherente con el deber de consulta y la obligación de trato justo que Canadá se limitara a afirmar que el impacto del proyecto se mitigaría sin discutir primero la naturaleza y el alcance de los derechos que iban a ser impactados. Para que el solicitante / las Primeras Naciones recurrentes evalúen y consulten sobre los impactos del proyecto en sus derechos, primero debe haber un diálogo respetuoso sobre los derechos reclamados. Una vez que se reconoce el deber de consultar, no se puede justificar la falta de consulta pasando directamente a la acomodación. Hacerlo es incompatible con el principio de la negociación justa y la reconciliación¹⁸ (CANADA, 2016, p. 126, nuestra traducción).

La decisión de la Corte Constitucional canadiense analiza, en detalle, las particularidades de un proceso de consulta que involucra el uso racional de los recursos naturales en tierras habitadas por poblaciones tradicionales, además de señalar las posibles fallas que empañan la construcción de

¹⁶ En el original: “Missing was someone from Canada’s side empowered to do more than take notes, someone able to respond meaningfully at some point”.

¹⁷ En el original: “The case law is clear that Canada, acting under the duty to consult, must dialogue concerning the impacts that the proposed project will have on affected First Nations”.

¹⁸ En el original: “In our view, it was not consistent with the duty to consult and the obligation of fair dealing for Canada to simply assert the Project’s impact would be mitigated without first discussing the nature and extent of the rights that were to be impacted. In order for the applicant/appellant First Nations to assess and consult upon the impacts of the Project on their rights there must first be a respectful dialogue about the asserted rights. Once the duty to consult is acknowledged, a failure to consult cannot be justified by moving directly to accommodation. To do so is inconsistent with the principle of fair dealing and reconciliation”.

un entendimiento bidireccional. Es importante mencionar que Canadá no adopta el entendimiento que considera el consentimiento como un requisito jurídico, y no es signatario del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, los puntos señalados en la decisión judicial demuestran que el país se ha preocupado por llevar a cabo el proceso de consulta de manera que se promueva el diálogo, el entendimiento y los ajustes, así como los cambios necesarios para acomodar las demandas de las *first nations*.

No se trata de refutar la importancia del Convenio 169 de la OIT. Por el contrario, no cabe duda de que, al ratificar el Convenio, Brasil adoptó uno de los instrumentos más modernos para la protección de la autodeterminación de los pueblos indígenas. Lo que pretendemos demostrar es cómo un país, aunque no sea firmante del Convenio, ha entendido y aplicado la consulta previa. Se puede ver, por lo tanto, que, a pesar de no haber ratificado la Convención, la *Federal Court of Appeal* de Canadá, en su decisión, adoptó un entendimiento que puede contribuir a la mejora del sistema jurídico brasileño de consulta previa, en la medida en que presenta un camino hacia un diálogo respetuoso y solidario con sus primeras naciones (*first nations*).

CONSIDERACIONES FINALES

Los pueblos originarios brasileños han sido objeto de violaciones desde el inicio de la colonización. Aunque la Constitución de 1988 dio especial importancia a las cuestiones indígenas y a la protección de su cultura y sus tierras, es evidente que aún hoy siguen siendo objeto de explotación basada en el ideal del desarrollo.

En el subsuelo de las tierras indígenas se puede encontrar una gran variedad de recursos naturales y minerales. Los impactos derivados de la explotación de esos recursos, a través de la investigación y la minería, representan una amenaza no sólo para el territorio físico, sino también para la cultura de esos pueblos.

Por ello, los procedimientos de consulta a las comunidades afectadas cobran especial importancia, en la medida en que promueven el diálogo y la participación efectiva de esas comunidades dentro de un proceso legítimo y comprometido con los temores de esas poblaciones en los casos de implantación de proyectos de exploración económica en sus territorios. Sin embargo, la consulta/iniciativa no puede ser vacía y superficial. Los temores, evaluaciones y sugerencias de los pueblos indígenas deben ser

considerados sustancialmente por las Autoridades Públicas en los procesos de licenciamiento ambiental de los proyectos económicos con el fin de evitar, mitigar o compensar eventuales impactos negativos en sus territorios.

Si bien es posible afirmar que el consentimiento entendido como poder de veto y requisito legal es acorde con el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas, se entiende que este instrumento de participación no debe ser considerado como un fin en sí mismo, ya que su adopción pura y dura puede llevar a un perjuicio para los pueblos originarios. Entender el consentimiento como resultado y punto de llegada supone prescindir del punto de partida y del camino, hitos tan importantes para la materialización de la participación de las comunidades implicadas.

La conclusión, por lo tanto, es que la consulta que está sustancialmente comprometida con un proceso bidireccional de construcción de entendimiento se revela como un instrumento de pacificación, mientras que el consentimiento obtenido a través de una consulta no comprometida tiene el potencial de violar aún más a las comunidades impactadas.

La decisión dictada por la *Federal Court of Appeal* de Canadá demuestra que una consulta satisfactoria no puede limitarse al cumplimiento de una mera formalidad, ya que el Estado debe tener en cuenta la opinión y las preocupaciones de las comunidades tradicionales implicadas. Las características de un procedimiento de consulta esbozadas en la decisión canadiense pueden contribuir a la mejora del sistema jurídico brasileño, en la medida en que presentan directrices y parámetros objetivos para llevar a cabo una consulta satisfactoria, con el fin de mejorar la comprensión de los principios de participación e información en Brasil.

Además, la adopción de parámetros para una consulta materialmente adecuada es relevante no sólo como medida de protección de los derechos de las comunidades tradicionales implicadas, sino también como medida de seguridad jurídica para el empresario, reduciendo las sorpresas e incertidumbres respecto a la cancelación de las autorizaciones y licencias ambientales de la empresa, como consecuencia de una consulta insatisfactoria.

Desde esa perspectiva, es necesario volver la mirada al camino, considerando que el proceso dialógico de consulta no representa más que un proceso en constante construcción. Esa constatación requiere, por parte de todos los actores implicados, la adopción de acciones capaces de buscar efectivamente un entendimiento sustancial, basado en parámetros socio-ambientales aceptables.

REFERENCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Decreto n. 8.772, de 11 de maio de 2016*. Regulamenta a Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8772.htm. Acesso: 09 de agosto. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm. Acesso: 09 de agosto. 2021.

BRASIL. *Lei n. 13.123/2015*, de 20 de maio de 2015. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso: 11 de mayo. 2020.

BRITO, A. L. C.; BARBOSA, E. M. A gestão ambiental das terras indígenas e de seus recursos naturais: fundamentos jurídicos, limites e desafios. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 12, n. 24, p. 97-123, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/viewFile/544/456>. Acesso: 11 de mayo. 2020.

CANADA. *Subsection 35(1) of The Constitution Act, 1982, Schedule B to the Canada Act 1982 (UK)*, 1982, c 11.

CANADA. *Federal Court of Appeal. Processo – Gitxaala Nation v. Canada – 2016 FCA 187*. Ottawa, 23 jun. 2016. Disponible en: <https://decisions.fca-caf.gc.ca/fca-caf/decisions/en/145744/1/document.do>. Acceso: 11 de mayo. 2020. The application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed with costs, 2017 CanLII 5370 (SCC).

COLOMBIA. Corte Constitucional. Acción de tutela. *Explotacion de recursos naturales en territorio indígena*. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Referência: expediente T-2.650.067. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-384a-14.htm>. Acceso: 9 de agosto. 2021.

DECISÃO: TRF1 suspende o licenciamento das atividades da Usina Hidrelétrica Teles Pires até que se realize consulta prévia aos povos indígenas. *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, 2016. Disponible en: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/noticias/412275138/decisao-trf1-suspende-o-licenciamento-das-atividades-da-usina-hidreletrica-teles-pires-ate-que-se-realize-consulta-previa-aos-povos-indigenas>. Acceso: 09 de agosto. 2021.

FIORILLO, C. A. P. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HALLEY, P. *JurisClasseur – Droit de l'environnement*, Coll. Droit Public. Montréal: LexisNexis, 2016.

INEA – INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE. Secretaria de Estado do Ambiente e Sustentabilidade promoverá audiência pública remota para implantação de oleodutos. *Notícias*, 8 jul. 2020. Disponible en: <http://www.inea.rj.gov.br/secretaria-de-estado-do-ambiente-e-sustentabilidade-promovera-audiencia-publica-remota-para-implantacao-de-oleodutos/>. Acceso: 7 de julio. 2020.

LIÉVANO, A. B. No Equador, luta contra mineradora se torna disputa por identidade indígena. *Diálogo Chino*, 1 jul. 2019. Disponible en: <https://dialogochino.net/pt-br/industrias-extrativistas-pt-br/28022-no-equador-luta-contramineradora-se-torna-disputa-por-identidade-indigena>. Acceso: 10 de marzo. 2021.

MENEZES, J. B. M. O direito dos índios à terra e a mineração em áreas de ocupação indígena. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 12, n. 2, p. 95-103, abr. 2007. Disponible en: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/843>. Acceso: 11 de mayo. 2020.

MILANEZ, B. A fumaça dos minérios: experiências internacionais de mineração em Terras Indígenas. *Versos – Textos para Discussão PoEMAS*, Juiz de Fora, v. 4, n. 1, 2020. Disponible en: <http://www.ufjf.br/poemas/files/2017/04/Milanez-2020-A-fuma%C3%A7a-dos-min%C3%A9rios.pdf>. Acceso: 11 de mayo. 2020.

PARDO, D. W. A.; NASCIMENTO, E. P. O direito à consulta prévia no Brasil e na América Latina. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 79, p. 95-130, 2015.

PERUZZO, P. P. Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil. *Rev. Direito Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 2708-2740, dez. 2017. Disponible en: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/24631>. Acceso: 11 de mayo. 2020.

RODRIGUES, S. T. Interculturalidade, autodeterminação e cidadania dos povos indígenas. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, v. 16, n. 1, p. 41-64, nov. 2014. Disponible en: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/2089/3767>. Acceso: 11 de mayo. 2020.

SILVA, J. H. C. *A legitimidade do uso da terra indígena a partir do protagonismo dos povos indígenas*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2019. Disponible en: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/36878/1/2019_Julianne-HolderdaC%a2maraSilva.pdf. Acceso: 11 de mayo. 2020.

THOMÉ, R. *Manual de Direito Ambiental*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

Artículo recibido el: 19/03/2021.

Artículo aceptado el: 10/08/2021.

Cómo citar este artículo (ABNT):

HALLEY, P.; THOMÉ, R.; AZEVEDO, M. R. O. El caso Gitxaala Nation vs Canadá: las actividades económicas en tierras indígenas y los parámetros para una adecuada consulta previa a los pueblos originarios. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 18, n. 41, p. 341-365, mayo/ago. 2021. Disponible en: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/2114>. Acceso: día mes. año.