

Estándares internacionales sobre utilización y explotación de recursos naturales

*Amerigo Incalcaterra, Representante a.i. OACNUDH / Guatemala
Seminario “Reformas a la ley de minería,
propuestas de la mesa de diálogo sobre minería”
Hotel Panamerican, Salón Chichicastenango
Guatemala, jueves 11 de junio de 2009*

Este documento tiene por objeto sistematizar algunos elementos en relación con los estándares internacionales sobre utilización y explotación de recursos naturales desde la perspectiva de los derechos humanos. Para este efecto, se abordan cuatro aspectos que han de considerarse:

1. El derecho a un medio ambiente sano
2. La responsabilidad del Estado
3. La responsabilidad empresarial
4. Los derechos de los pueblos indígenas en relación con el medio ambiente y la explotación de los recursos naturales.

1. El derecho a un medio ambiente sano en el derecho internacional de los derechos humanos

La cuestión del medio ambiente y los recursos naturales, ha constituido una preocupación constante para los sistemas de protección de los derechos humanos. El Secretario General de la Organización de Naciones Unidas, el 5 de junio de 2009, en su mensaje del Día Mundial del Medio Ambiente, en el que señaló que “La crisis económica y financiera que está sacudiendo al mundo es un verdadero llamado de

atención, una señal de alarma sobre la necesidad de mejorar los antiguos modelos de crecimiento y realizar la transición a una nueva era que se caracteriza por un desarrollo más verde y limpio.” El Secretario General insistió en su mensaje en la necesidad de que el mundo realice lo que él llamó un “Nuevo Pacto Verde”, centrado en la inversión en fuentes de energía renovables, infraestructuras inocuas para el medio ambiente y eficiencia energética, como medios para impulsar la recuperación económica pero también para hacer frente a problemas ambientales de tanta gravedad como el calentamiento del planeta.

A partir de los principales instrumentos internacionales relativos al medio ambiente, puede definirse éste como el conjunto de recursos naturales – agua, aire, tierra, flora, fauna-, ecosistemas formados a través de la interacción de estos elementos y diversidad biológica, que constituyen como un todo, un elemento fundamental para el desarrollo de la vida humana en condiciones dignas y saludables.

La evolución de los sistemas de protección de derechos humanos, han determinado que múltiples tratados, convenios, declaraciones y otros instrumentos internacionales aborden la cuestión de los recursos naturales y el medio ambiente desde distintas dimensiones. Así, existen disposiciones internacionales de carácter obligatorio que se refieren expresamente al derecho humano a un medio ambiente sano, tal es el caso del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, conocido como Protocolo de San Salvador; el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que establece obligaciones para los Estados en materia de tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas; y el Convenio sobre Diversidad Biológica.

Asimismo, existe otra serie de compromisos asumidos por los Estados, que se refieren al tema de los recursos naturales y el medio ambiente, en cuanto a su vinculación o conexidad con otros derechos humanos. Este es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración sobre Derecho al Desarrollo (1986) y la Declaración de Río sobre el desarrollo y el medio ambiente (1992).

Estos instrumentos han contribuido a sentar la premisa de que la existencia de un medio ambiente sano y de condiciones adecuadas para disfrutar de las riquezas y recursos naturales de una manera que garantice la sostenibilidad presente y futura, son derechos inalienables, que se encuentran además íntimamente relacionados con el derecho al desarrollo, con el derecho de los pueblos a la libre determinación, con derechos sociales tales como el derecho a la salud y con derechos colectivos de los pueblos indígenas, cuya integridad e identidad dependen en gran medida de su relación con los recursos naturales.

2. La responsabilidad del Estado en materia de derecho a un medio ambiente sano

A partir de la aceptación y ratificación de estos instrumentos internacionales, la toma de medidas concretas y adecuadas en materia de medio ambiente y recursos naturales, deja de ser facultativa y se convierte en una obligación jurídica del Estado guatemalteco. De igual forma, se convierte en una responsabilidad del Estado, adecuar su legislación nacional a los estándares internacionales para garantizar la protección de los derechos.

Es fundamental en cuanto a este aspecto, recordar que los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aceptada y ratificada por Guatemala, establece dos principios básicos frente al cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados internacionales. El primero de ellos, es conocido como *pacta sunt servanda* y establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. El segundo principio establece que los Estados parte no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado internacional.

En términos generales, tal y como ocurre con otros derechos humanos, la existencia de un medio ambiente sano y de condiciones adecuadas para gozar de los recursos naturales, imponen a los Estados, varios tipos de obligación: la obligación de respetar, la obligación de proteger y la obligación de garantizar.

Por un lado, la **obligación de respetar** implica que el Estado debe abstenerse de cometer abusos en el ejercicio de sus funciones, lo cual para el caso del medio ambiente y recursos naturales, se refiere a que el Estado debe abstenerse de realizar o de omitir acciones que comprometan o afecten las condiciones necesarias para gozar de un ambiente sano y de los recursos naturales.

La **obligación de proteger** conlleva el deber de los Estados de generar un sistema de medidas que proteja a los particulares contra los abusos cometidos por actores no estatales, incluyendo las empresas, lo cual en el caso del derecho al medio ambiente, supondría el establecimiento de un sistema que regule y limite adecuadamente la explotación de recursos naturales de tal manera que no se afecten los derechos humanos de las personas.

Por otro lado, la ***obligación de los Estados de garantizar*** corresponde a la obligación del Estado de tomar medidas administrativas, legislativas, políticas, judiciales y de cualquier otra índole que el Estado de Guatemala y los demás que han ratificado instrumentos internacionales, para asegurar el ejercicio pleno de los derechos. Parte de la obligación de garantizar es poner a disposición de las personas los mecanismos para acceder a un recurso efectivo, investigar las violaciones al derecho, sancionar a los autores y reparar adecuadamente a las víctimas.

Parte de estas obligaciones, también incluye la de regular adecuadamente el tema de la exploración y explotación de recursos naturales –a propósito de las reformas a la ley de minería-, y de incorporar a esa regulación el principio de que la persona humana es el sujeto central del desarrollo y que por tanto debe ser participante activo y beneficiario de las políticas respectivas, así como los demás principios del derecho internacional de los derechos humanos.

3. La responsabilidad empresarial

La Alta Comisionada ha señalado que las empresas, a veces intencionalmente y más frecuentemente por inadvertencia, pueden también desarrollar actividades que tienden a impedir la realización de los derechos humanos directa e indirectamente. De aquí la importancia de considerar como parte fundamental en cualquier regulación sobre recursos naturales y medio ambiente, disposiciones relacionadas con las obligaciones de las empresas privadas frente a los derechos humanos.¹ Cabe mencionar que las afectaciones a los derechos humanos causadas por las empresas, pueden verse profundizadas por Estados cuya institucionalidad es débil, por lo que resulta de suma importancia para

¹ Annual Labour and Social Policy Review: The corporate responsibility to respect: A human rights milestone by Navanethem Pillay, United Nations High Commissioner for Human Rights.

proteger el derecho al medio ambiente, fortalecer las instituciones y las normas de protección y control.

En respuesta a esta realidad, además de las obligaciones asumidas por los Estados en virtud de los instrumentos ya mencionados, paulatinamente los sistemas de protección de derechos humanos, han empezado a reconocer la existencia de deberes a cargo de las empresas, debido a que los efectos de su actividad, incluyendo entre muchos otros la exploración y explotación de recursos naturales, incide directa o indirectamente, en el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos.

De allí, que el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas – máximo órgano político de la ONU en materia de derechos humanos, que sustituyó en el año 2006 a la Comisión de Derechos Humanos-, invitara al Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales, Sr. John Ruggie a presentar un marco conceptual y de políticas, así como recomendaciones en torno al debate sobre las actividades empresariales y los derechos humanos.

Como producto de este trabajo, ha surgido un marco conceptual que contiene tres principios básicos, aplicables también a las actividades empresariales de explotación de recursos naturales y que deben necesariamente ser tomados en consideración al discutir cualquier regulación en materia de recursos naturales y medio ambiente. Estos principios son: a) el deber del Estado de proteger frente a los abusos cometidos por las empresas; b) la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos; y c) la necesidad de crear y fortalecer vías efectivas para la resolución de conflictos, tanto mediante mecanismos

judiciales adecuados como de mecanismos no judiciales de reparación de agravios que sean legítimos, accesibles, previsibles, equitativos y transparentes.²

La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, señaló que la resolución emitida por el Consejo de Derechos Humanos en junio del presente año, que establece que las corporaciones transnacionales y otras empresas tienen responsabilidad de respetar los derechos humanos, después de una década de discusión sobre este tema, establece un novedoso y claro punto de referencia y representa un importante hito en la comprensión evolutiva de los derechos humanos en nuestras sociedades. De acuerdo con la Alta Comisionada, el sector privado es cada vez más una fuerza vital para el desarrollo económico y social, el cual está inextricablemente conectado con los derechos humanos y la seguridad.³

4. Los derechos de los pueblos indígenas en relación con el medio ambiente y la explotación de los recursos naturales.

Como también sucede en otros Estados, en el caso de Guatemala la cuestión de la exploración y explotación de recursos naturales, está relacionada con los derechos de los pueblos indígenas, por cuanto éstos están generalmente ubicados en tierras y territorios ocupados tradicionalmente por comunidades indígenas. Asimismo, es un hecho que la integridad, identidad y subsistencia de estos pueblos dependen de su relación con los recursos naturales. Por esta razón, el derecho internacional de los derechos humanos protege mediante las

² A/HRC/8/5, párr. 10 y ss.

³ Annual Labour and Social Policy Review: The corporate responsibility to respect: A human rights milestone by Navanethem Pillay, United Nations High Commissioner for Human Rights.

disposiciones del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los derechos de estos pueblos en relación con los recursos naturales.

El Convenio 169 de la OIT imponn al Estado las siguientes obligaciones mínimas que deben necesariamente estar incluidas en la legislación que se apruebe sobre explotación de recursos naturales:

- Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Estas consultas 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 (artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT).
- Asimismo, es obligación del Estado, establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos indígenas aún en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, como en el caso de la minería, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (Art. 15.2). Este artículo es particularmente relevante para el caso de Guatemala, en el que la Constitución establece que son bienes del Estado el subsuelo, los yacimientos de hidrocarburos y los minerales, así como cualesquiera otras sustancias orgánicas o inorgánicas del subsuelo. Lo anterior, de conformidad con el derecho internacional no libera de la obligación jurídica de consultar y tomar medidas para la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

En Guatemala el derecho a la consulta ha sido percibido erróneamente, como un elemento generador de confrontación y conflictividad social, sobre todo en el ámbito municipal y comunitario. Sin embargo, esta concepción debe ser superada y el concepto de la consulta, debe ser entendido como un proceso de diálogo permanente de naturaleza constructiva, como una oportunidad, como una herramienta necesaria para garantizar certeza jurídica y la protección de los derechos de quienes de una u otra forma se encuentran vinculados a procesos de exploración y explotación de recursos naturales. Diversas experiencias positivas, demuestran que la comunicación y la consulta pueden proteger adecuadamente los derechos humanos.

Cabe mencionar, que la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas le otorga a la consulta la finalidad de **obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas** (Artículo 19).

Cabe destacar que el derecho a la consulta, no debe considerarse un obstáculo al desarrollo, sino un elemento del mismo. Debe tenerse claro que el concepto de la consulta a los pueblos indígenas implica que el Estado establezca las condiciones para un diálogo genuino entre ambas partes caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el objetivo de llegar a un acuerdo y de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, tal y

como lo señala la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas⁴.

Las Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas emitidas por el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo en febrero de 2008, establece que el consentimiento libre, previo e informado que se trata de alcanzar mediante el procedimiento de consultas implica:

- Libre: que no debe haber coerción, intimidación ni manipulación.
- Previo: lo que supone que se realiza la consulta y se obtiene el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades.
- Informado: lo que obliga a que se suministre información que abarque, por lo menos, los siguientes aspectos: a) naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; b) razones o el objeto del proyecto o actividad; c) duración del proyecto o actividad; d) lugares de las zonas que se verán afectados; e) una evaluación del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de

⁴ Sobre la obligatoriedad de las normas de esta Declaración, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, en su informe presentado al Consejo de Derechos Humanos en agosto 2008, estableció que: “Aunque es evidente que no tiene el carácter vinculante que posee un tratado, la Declaración se refiere a obligaciones preexistentes de los Estados en relación con los derechos humanos, como ha demostrado la labor de los órganos de las Naciones Unidas establecidos en virtud de tratados y otros mecanismos de derechos humanos, y por lo tanto puede considerarse que encarna en determinado grado los principios generales del derecho internacional. Además, en la medida en que tienen conexión con una pauta de práctica internacional y estatal continuada, algunos aspectos de las disposiciones de la Declaración también pueden considerarse que reflejan las normas del derecho internacional consuetudinario. En cualquier caso, como resolución aprobada por la Asamblea General con los votos de una mayoría abrumadora de Estados Miembros, la Declaración representa un compromiso asumido por las Naciones Unidas y sus Estados Miembros dentro del marco de obligaciones establecido por la Carta de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos humanos de modo no discriminatorio.” Párrafo 41. A/HRC/9/9

precaución; f) el personal que intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto; g) procedimientos que entraña el proyecto. En este sentido, debe recalcar la relación que existe entre el derecho a la consulta y el derecho de libre acceso a la información. Estos elementos deben necesariamente considerarse al regular los asuntos relativos a la consulta de pueblos indígenas.

La falta de respeto del derecho a la consulta en Guatemala, ha sido un tema de grave preocupación para la Alta Comisionada de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos que en los informes de actividades de la Oficina en Guatemala de 2005, 2006 y 2007, ha recomendado reiteradamente “adecuar los mecanismos de consulta a los pueblos en conformidad con el Convenio 169 de la OIT y a ponerlos en práctica en las políticas públicas y procesos legislativos y administrativos que afecten a su identidad o desarrollo”⁵ y ha destacado la falta de procesos de consulta a los pueblos indígenas tanto en actividades mineras como en otros ámbitos de exploración y explotación de recursos naturales. Si bien la Alta Comisionada, al igual que la OIT⁶, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Relator

⁵ Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su Oficina en Guatemala, A/HRC/4/49/Add.1, párrafo 97

⁶ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio 169 de la OIT. Reclamación presentada por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad FTCC en 2005.

Especial sobre el Derecho a la Alimentación⁷, han recomendado la emisión de una ley que regule las consultas y la armonización de la normativa nacional al Convenio 169, es importante reiterar que aún cuando esta ley no sea emitida, el Estado de Guatemala, mantiene su obligación jurídica internacional de garantizar este derecho, estableciendo mecanismos prácticos para su ejercicio.

Además del derecho a la consulta, otros dos elementos que deben estar garantizados en cualquier legislación que se emita en materia de recursos naturales y minería, de acuerdo con el Convenio 169 son:

- El derecho de los pueblos indígenas a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras, que deberán protegerse especialmente (Art. 15.1 Convenio 169).
- El derecho de los pueblos interesados a participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten las actividades de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras y a percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (Art. s en sus tierras, los cuales deberán protegerse especialmente (art. 15.1).

⁷ Véase Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su oficina en Guatemala, del 1 de enero al 31 de diciembre de 2007, A/HRC/7/38/Add.1 párrafo 91, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial al Estado de Guatemala en respuesta a los informes periódicos del 8 al 11, examinados el 24 y 27 de febrero de 2006, CERD/C/GTM/CO/11, párrafo 19 e Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, misión a Guatemala del 1 al 11 de septiembre de 2002, E/CN.4/2003/90/Add.2, párrafo 82 y Informe presentado por el Sr. Jean Ziegler, Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, misión oficial a Guatemala del 26 de enero al 4 de febrero de 2005 (A/CN.4/2006/44/Add.1, párrafo 58, inciso f

Cabe notar que el caso específico de la Ley de Minería vigente en Guatemala, se presentan una serie de debilidades y vacíos legales que dificultan que en la práctica se cumpla con los estándares internacionales sobre explotación de recursos naturales y las normas y principios constitucionales que disponen lo relativo a la explotación técnica y racional de los minerales, así como lo relativo a la protección del medio ambiente y equilibrio ecológico. Dichas debilidades y vacíos legales están relacionados con los temas siguientes:

i. *Protección y control ambiental*

- Falta de regulación sobre evaluación, control y seguimiento ambiental
- En cuanto al uso y aprovechamiento del recurso hídrico, no se establecen medidas de prevención de la contaminación de las aguas; prohibiciones de verter elementos nocivos, como por ejemplo cianuro.
- No existe armonización entre la legislación minera vigente y la legislación ambiental.

i. *Información, participación y consulta de los pueblos interesados*

- La ley no regula este tema.

i. *Áreas de exclusión para operaciones mineras*

- Falta de regulación de ordenamiento del territorio nacional para el desarrollo de actividades mineras, considerando aspectos relevantes como: uso y disponibilidad de recursos hídricos, biodiversidad, desarrollo turístico, aspectos socioeconómicos y culturales propios de cada región, en particular en áreas donde habitan poblaciones indígenas).

- i. *Fases de las operaciones mineras (reconocimiento, exploración, explotación)*
 - No se establecen límites en el otorgamiento de las licencias, en contradicción con el aprovechamiento racional de los recursos naturales.
 - La Ley no regula la fase de comercialización prevista en la Constitución (actividad relacionada con la extracción, transporte, transformación, almacenamiento, compraventa, exportación de minerales).
- i. *Procedimientos para el otorgamiento de las licencias para operaciones mineras.*
 - Normas imprecisas, dan lugar a aplicación de criterios discrecionales.
- i. *Obligaciones de los titulares de derechos mineros*
 - Falta de precisión sobre la compensación de daños y perjuicios por parte de los titulares de licencias de operaciones mineras, incluyendo las garantías que requiera tal compensación (obligación de contratar seguros por daños a terceros, fianza de garantía del cierre de la mina).
- vii. *Fiscalización e inspección de operaciones mineras*
 - Normas generales que limitan las posibilidades de fiscalización.
 - No se establecen normas relacionadas con la verificación de que los titulares de derechos mineros realicen sus actividades de manera técnica y racional.
- vii. *Regalías*
 - No se regulan beneficios para las comunidades afectadas.

Experiencias exitosas de legislación respetuosa del derecho al medio ambiente, del derecho al desarrollo y de los derechos de los pueblos

indígenas, existen ya en América Latina. Hay que recordar que estos derechos no son contrapuestos sino complementarios e interdependientes. Un excelente ejemplo de cómo incorporar los estándares internacionales a la legislación nacional está dado por la Constitución de Bolivia que entró en vigencia en febrero del presente año, que establece expresamente el derecho al medio ambiente, que innova contemplando el derecho al agua y que desarrolla ampliamente los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos, entre ellos, el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan, el derecho a la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros⁸. El Estado boliviano también incorporó íntegramente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas a su ordenamiento jurídico interno.

Para finalizar, la OACNUDH-Guatemala reitera la necesidad, ya expresada por distintos órganos de protección de derechos humanos, de que toda reforma a la ley de minería y aquellas relacionadas con la exploración y explotación de recursos naturales, cumpla estrictamente los estándares internacionales en materia de derechos humanos que han sido suscritos y ratificados por el Estado de Guatemala.

⁸ Artículos 30 al 32 de la Constitución Política de Bolivia actualmente vigente.

