



LEUPHANA
UNIVERSITÄT LÜNEBURG

Leuphana Universität Lüneburg, Dra. María Cristina Blohm

Oficina del Alto Comisionado de las
Naciones Unidas para los Derechos Humanos- OACDH
Mecanismo de Expertos sobre los
Derechos de los Pueblos Indígenas

1211 Ginebra 10/Suiza

Dra. María Cristina Blohm
Leuphana Universität Lüneburg
Scharnhorststraße 1
21335 Lüneburg/Alemania

Innovation Management
Leuphana Universität Lüneburg
Institut für
Unternehmensentwicklung

Scharnhorststraße 1
21335 Lüneburg
Fax 04131.677-21 26

blohm@uni.leuphana.de
<http://www.leuphana.de/cristina-blohm.html>

Tema 4: Estudio y asesoramiento sobre el consentimiento libre, previo e informado
Ponente: Dra. María Cristina Blohm, Universidad Leuphana de Lüneburgo.

9 de Julio 2018

¡Gracias Señor/Senora Presidente,
Autoridades presentes,
Damas y Caballeros!

Gracias por concederme la oportunidad de transmitir mis reflexiones con respecto al tema 4, presentado por el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (MEDPI) en su excelente borrador estudio¹ sobre el *consentimiento libre, previo e informado*. A continuación me referiré brevemente (a) a los requisitos jurídicos, (b) al devenir histórico, y (c) a la relevancia y alcance práctico del principio.

a) El principio jurídico del *consentimiento libre, previo e informado* es un eslabón fundamental en el marco de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y una norma basada en el derecho a la *libre determinación*, y al derecho a la *participación en la adopción de decisiones* que afecten los territorios, la existencia física, psíquica, cultural de los Pueblos Indígenas. Los derechos recién enumerados, hoy en día, garantizados en varios instrumentos del derecho tanto internacional, como supranacional y nacional, son el resultado de un largo camino que recorrieron los Pueblos Indígenas luchando por la reivindicación del derecho a la libre determinación. Puesto, que a pesar de que los dos *Pactos Internacionales de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, garantizan en su primer artículo,² en 1966 por primera vez a todos los pueblos el derecho a la libre determinación,³ **no** incluyen a los Pueblos Indígenas, debido a que en aquel entonces, según el derecho internacional, el término pueblos (peoples) se refería únicamente a naciones, a estados y no comprendía a los Pueblos Indígenas (people). Esta interpretación restrictiva del término pueblos aún rige el *Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*, N° 169, de 1989, explícitamente en el Art. 1.3:

“La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.”

Estas disposiciones que le niegan a los Pueblos Indígenas el derecho a la libre determinación, acrecientan el movimiento indianista en pos de defender y reclamar los derechos de los Pueblos Indígenas en el ámbito internacional,⁴ teniendo, como afirma la Sra. Daes, “como meta principal y mas profunda aspiración, obtener el reconocimiento de las Naciones Unidas de su derecho a la libre



determinación”,⁵ logrando este gran objetivo finalmente con el reconocimiento de los estados miembro y con la aprobación por la Asamblea de la ONU de la *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* en el año 2007 con artículo 3 y 4.⁶

Consecuentemente el reconocimiento del derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas, genera, a mi entender, la base jurídica, el requisito indispensable para la implantación del *consentimiento libre, previo e informado* de los Pueblos Indígenas.

(b) Con respecto a la historia del concepto jurídico *consentimiento*, es interesante destacar que ya el Derecho Romano lo prescribe, refiriéndose empero al consentimiento de una persona a ser vendida⁷ o sea a la esclavitud consentida. Después de esta época transcurre “un largo período en el que se dejó de tener en cuenta al consentimiento de la víctima” afirma Jarque,⁸ y es recién a mediados del siglo pasado que nuevamente se le considera y define, ahora mas ampliamente, como *consentimiento voluntario e informado*. Este principio es introducido en el derecho internacional mediante el *Código de Núremberg* de 1947⁹, con el objetivo fundamental de prohibir torturas y crueles experimentos científicos con seres humanos. El principio del *consentimiento voluntario e informado* es, a mi entender, la manifestación del respeto por la dignidad y la autonomía de decisión de las personas en el ámbito del derecho y ética médica, principalmente por su poder de veto. En el contexto con estudios a realizarse con poblaciones indígenas, la bioética amplía el principio de *consentimiento* respetando el enfoque y derecho colectivo y los procesos de toma de decisiones de los Pueblos Indígenas, mediante el *principio del consentimiento comunitario*. (Blohm 2010: 198, 202; Blohm-Seewald/Simon 2005: 36–37)

(c) Pero ¿cuándo, cómo, y con qué finalidad se induce específicamente el principio que aquí nos atañe, el del *consentimiento libre, previo e informado* en el derecho internacional? El estudio de los instrumentos jurídicos pertinentes a los Derechos Humanos especialmente de los Pueblos Indígenas¹⁰, nos brinda las siguientes respuestas:

- (1) Los instrumentos anteriores a la *Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas* (UNDRIP)¹¹ se refieren al *consentimiento* utilizando los siguientes términos:
 - a. Simplemente *consentimiento* (ICERD, Art. 12; OIT N° 169, Art. 6.2; OIT N° 107 Art. 4b);
 - b. *libre consentimiento* (PIDESC, Art. 10 y 11; PIDCP, Art. 7; OIT N° 107, Art. 12) y
 - c. *libre y pleno consentimiento* (DUDH, Art. 16, PIDCP, Art. 23.3).
- (2) El principio jurídico *consentimiento libre, previo e informado*, es implantado por primera vez con el UNDRIP,¹² “como finalidad de las consultas de los estados”.¹³
- (3) El *consentimiento* definitivamente **no** es considerado como un derecho en ninguno de los 8 documentos analizados.
- (4) Los instrumentos **no** proporcionan un derecho de veto. Por lo tanto no es posible negar el consentimiento¹⁴, no es voluntario, es una obligación.

(d) Resumiendo, con respecto al alcance y a la relevancia del *consentimiento libre, previo e informado*, a mi entender, se puede afirmar, que los instrumentos jurídicos que lo implantan, (las declaraciones de la ONU y la de la OEA¹⁵), lo contemplan como un mero procedimiento, un requisito para asegurar el derecho a la consulta previa. Por lo tanto, corre el riesgo de convertirse en una construcción jurídica por medio de la cual los Pueblos Indígenas otorgan a terceros su consentimiento a interferir en sus derechos.¹⁶

El valor inherente empero radica en la obligación de los Estados en entrar en diálogo, e informar con anterioridad y de forma transparente y exhaustiva, posibilitando así a los Pueblos Indígenas a participar en la toma de decisiones. ¡Esperemos que el CLPI se convierta realmente en un instrumento de buena gobernanza, que respete la dignidad y los derechos de los Pueblos Indígenas !

¡Muchas gracias por su amable atención!



Bibliografía:

Bergemann, Benjamin: *Der „informed consent“ im Datenschutz: Eine politikwissenschaftliche Analyse*. Kiel und Hamburg: ZBW - Deutsche Zentralbibliothek für Wirtschaftswissenschaften, Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft, 2017.

Blohm, María Cristina: *Zugang zu humangenetischen Ressourcen indigener Völker Lateinamerikas. Eine Stakeholderanalyse*. Wiesbaden: Springer, 2010.

Blohm-Seewald, Cristina/Simon, Jürgen: Group consent in population based research. Paper presented in: *Property in Human Genome, Property Regulation in European Science, Ethics and Law (PropEur)*. Alternative Models of Human Genome Governance, Workshop II: Patenting and Group Consent, Bilbao, 2nd–3rd December 2005.

Código de Núremberg. Tribunal Internacional de Núremberg, 1947. → United States. Traducción al español → <http://www.bioeticanet.info/documentos/Nuremberg.pdf>

Consejo Indio de Sud América (CISA), Asamblea Estatutaria del Consejo Indio de Sud América: *Estatuto del Consejo Indio de Sud América*. Taquile-Puno, 30 -31 de Enero y 1o de Febrero de 1998.

Daes, Erica-Irene A.: Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations. En: U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/22, annex III , Aug. 27, 1985.

Daes, Erica-Irene A.: The Contribution of the Working Group on Indigenous Populations to the Genesis and Evolution of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. En: Charters, Claire; Stavenhagen, Rodolfo (Eds.): *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Copenhagen: IWGIA, 2009: 48, 49–50.

Daes, Erica-Irene A.: An overview of the history of indigenous peoples: Self-Determination and the United Nations. En: *Cambridge Review of International Affairs*. Volume 21, Number 1, Centre of International Studies, March 2008: 7 – 26. <http://www.sfu.ca/~palys/Daes-2008-HistoryOfIndigPeoplesAndSelf-Determination.pdf> (Consultado el 22 /06/18).

Jarque, Gabriel Darío: La relevancia penal del consentimiento. En: *Universität Freiburg*, 8/11/2011: 2 – 16. https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20111108_01.pdf (Consultado 05 de julio 2018)

Naciones Unidas, Asamblea General: *La Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH). 10 de diciembre 1948.

Naciones Unidas, Asamblea General: *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (ICERD). 21 de diciembre 1965.

Naciones Unidas, Asamblea General: *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP), 16 de diciembre de 1966.

Naciones Unidas, Asamblea General: *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC). 16 de diciembre de 1966

Ohly, Ansgar: *“Volenti non fit iniuria”*. *Die Einwilligung im Privatrecht*. (Jus Privatum 73). Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

Organización de Estados Americanos (OEA), Asamblea General: *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (DADPI). 14 de junio 2016.

Organización Internacional del Trabajo; La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: *Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. *Convenio N° 169*. Ginebra: OIT, 27 de junio 1989.

Organización Internacional del Trabajo; Programa para Promover el Convenio núm. 169 (PRO 169) y Departamento de Normas Internacionales del Trabajo (OIT 2013): *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169) - Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Ginebra: OIT, 19 de febrero de 2013. http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/WCMS_205230/lang-es/index.htm (Consultado el 22 /06/18).

United Nations, Human Rights Council, Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples: *Draft study on Free, Prior and Informed Consent: A human rights based approach*. Study of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples. Document N° A/HRC/EMRIP/2018/CRP.1. Agenda item 4 of the provisional agenda, Eleventh session, 9-13 July 2018.

United States: Nuremberg Code: Reprinted from *Trials of War Criminals before the 1947 Nuremberg Military Tribunals*. En: *Control Council Law*. No. 10, Vol. 2, 1949: 181-182. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1949.

World Council of Indigenous Peoples (WCIP), General Assembly of the WCIP: *World Council of Indigenous Peoples Declaration of Principles*. Panama City, 1984.



Notas al pie:

¹ Draft study on Free, Prior and Informed Consent: A human rights based approach. Study of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples. Documento N° A/HRC/EMRIP/2018/CRP.1, julio 2018.

² „1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.” (PIDCP/PIDESC, 1966, Art. 1).

³ Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, como el Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, documentos anteriores a los Pactos Internacionales de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, no definen a la libre determinación como un derecho.

⁴ Comparar la *Declaración del World Council of Indigenous Peoples* (WCIP) de 1984, y el *Estatuto del Consejo Indio de Sud América* de 1998. Ambos documentos proclaman el derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas.

⁵ “It is based on these abovementioned provisions that the world’s indigenous peoples, keeping in mind their own history, traditions, values, cultures and in particular their continued suffering and oppression, made UN recognition of their right to self-determination their ultimate goal and deepest aspiration.” (Daes 2008: 7-8)

⁶ “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.” (DRIP, Art. 3)

⁷ Según Ohly (2002: 25) en el contexto de la venta de personas, por ejemplo de un hijo.

⁸ “Juntamente con un fortalecimiento creciente del poder estatal —en su interpretación amplia, acorde con las distintas formas de gobierno—, y en desmedro del protagonismo, de los derechos y de las facultades del individuo, transcurrió un largo período en el que se dejó de tener en cuenta al consentimiento de la víctima, con fundamento en que la voluntad individual no podía afectar las disposiciones del derecho público.”

⁹ El Código de Núremberg, publicado el 20 de agosto de 1947, es el resultado de los juicios del Tribunal Internacional de Núremberg (de 1945–1946) en el cual se juzgaron médicos acusados de haber realizado experimentos con seres humanos. El Código de Núremberg recoge varios principios en el ámbito del derecho y ética médica y especialmente introduce por primera vez en el Derecho Internacional el principio del consentimiento voluntario e informado. (Schmidt 2001: 359)

¹⁰ Se trata de los siguientes documentos:

ONU: La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), 1948;

OIT: Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, (OIT N° 107), 1957/1959;

ONU: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, (ICERD) 1965/1969;

ONU: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), 1966;

ONU: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 1966;

OIT: Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (OIT N° 169), 1989/1991;

ONU: Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (UNDRIP), 2007;

OEA: Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI), 2016.

¹¹ O sea: DUDH, OIT N° 107, ICERD, PIDESC, PIDCP, OIT N° 169,

¹² En sus artículos 11.2, 19, 28, 29 y 32.

¹³ UNDRIP, Art. 19 y 32.

¹⁴ “Como lo estipula el Artículo 6(2), las consultas deberán efectuarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. En este sentido, el Convenio núm. 169 no proporciona un derecho de veto a los pueblos indígenas, ya que alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento es el propósito al iniciar el proceso de consulta, y no un requisito independiente.” (OIT: 2013: 17)

¹⁵ Como ya se informó, el Convenio OIT N° 169 no se refiere al CLPI, sino al libre consentimiento.

¹⁶ Comparar Bergmann 2017: 6.