

Minería y Derechos Humanos frente a las Comunidades Indígenas, Minería de los Fondos Marinos Oceánicos, frente a la Comunidad Internacional

*Mining and Human Rights Towards the Indigenous Communities,
Mining of Seabeds Towards the International Community*

Luz Dary Naranjo Colorado¹
Roxana Cely Soler²

Resumen

La actividad tendiente a descubrir y valorar los minerales y las rocas, a ejecutar labores específicas de explotación y realizar los procesos necesarios para obtenerlos en condiciones apropiadas para el uso de las industrias, ha sido, es y seguirá siendo preocupación de los hombres. La actividad minera tiene la característica de ser extractiva y destructiva; se desenvuelve en ámbitos distintos al de las actividades que realizan otros sectores de la industria, y su realización requiere el empleo de métodos de exploración y explotación de los recursos naturales.

Es por esto último que la comunidad internacional, concretamente desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha intentado regular esta actividad, buscando disminuir los daños significativos que genera en los territorios ocupados por pueblos indígenas y otras etnias. Es importante que los gobiernos, las transnacionales y los particulares entiendan que el territorio es parte esencial en la identidad y la supervivencia de estas comunidades. Proteger y respetar sus espacios vitales es reconocer su dignidad humana, al tiempo que ayuda a preservar los valores de su cultura y fortalece su autonomía.

Por otro lado, la escasez de minerales en el mundo ha conllevado a nuevas prácticas de explotación, desarrolladas ahora en los fondos marinos oceánicos, actividad minera encaminada a la búsqueda de los denominados “nódulos polimetálicos”. Esta práctica puede generar la destrucción de los ecosistemas y las especies que allí habitan, considerados como *patrimonio de toda la humanidad*.

La segunda parte de este artículo aborda este tema desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, mostrando los deberes de protección del fondo marino que, según la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), recaen sobre los Estados.

Palabras Clave

Derechos humanos, Minería, Comunidades indígenas.

Abstract

The activity of discovering and valuing minerals and rocks, carrying out specific mining operations and carrying out the corresponding processes, in order to obtain the mineral or metal in suitable conditions for the use of the industries, has been, is and will continue to be the concern of men.

DOI: <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2017v12n1.1469>

Fecha de recepción: 4 de agosto de 2016.

Fecha de evaluación: 13 de septiembre de 2016.

Fecha de aceptación: 29 de noviembre de 2016.



1 Doctora en Procesos Sociales y Políticos en América Latina, Mención en Ciencia Política. Universidad de Arte y ciencias. UARCIS Santiago de Chile. Magister en Derecho Procesal. Especialista en Derecho Administrativo. Abogada. Universidad Libre de Colombia. Licenciada en Ciencias sociales. Universidad Nacional de Colombia. Docente Investigadora, Universidad Autónoma de Colombia. Directora del Grupo de Investigación Flora Tristán. Correo electrónico: idnaranjo@yahoo.com. Enlace ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3689-8687>
2 Abogada, Universidad Autónoma de Colombia. Cursando estudios de Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social en la Universidad Libre. Integrante del grupo de investigación Flora Tristán, en el proyecto denominado: “Estudios de homologación internacional en la Universidad Nacional de San Juan en la República de Argentina y en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), en el Distrito Federal en la ciudad de México”. Actual abogada de consultorías en materia de derecho laboral y seguridad social en empresas privadas. Correo electrónico: roxanacely1602@gmail.com. Enlace ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3504-185X>

Mining activity has the characteristic of being extractive and destructive; Is carried out in areas other than the different activities carried out by other sectors of industry; For its realization, the use of methods of exploration and exploitation of the natural resources is required.

Therefore, the concern of the international community, especially the Inter-American Human Rights System, for regulating this activity, which causes significant damage to the territories and identity of indigenous and ethnic peoples, arises because their territories represent a process of Life and for life, guided by the law of origin, these territories guarantee their existence as peoples and their preservation must be adopted by governments, transnational corporations and individuals, as a maxim, respecting their cultural values and their own identity, Strengthening its autonomy, its territories, authorities and culture.

On the other hand, the development of mining activity and the shortage of minerals in the world has led to new exploitation practices, now developed in the oceanic seabed, a mining activity aimed at the search for so-called "*Polimetallic Nodules*". This practice can generate the destruction of the ecosystems and species that inhabit there, considered as *patrimony of the whole humanity*.

That is why the second part of this article, is aimed at achieving the reader's apprehension of this novel subject, showing a view from the Public International Law, about the duty of States to protect the seabed and ocean, with respect to development of activities in "THE AREA" from the perspective of the United Nations Convention on the Law of the Sea - CONVEMAR.

Keywords

Human Rights, Mining, Indigenous Communities.

Introducción

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha denunciado en reiteradas oportunidades las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por las industrias extractivas, específicamente en relación con las comunidades indígenas. En un incesante proceso de invasión de sus territorios ancestrales, que ha representado en muchos casos la destrucción de sus culturas (lengua, costumbres, cosmovisión, entre otros aspectos), estas empresas han generado graves alteraciones en la forma como las comunidades aborígenes sienten, ven, imaginan y se relacionan con su medio.

Para nadie es un secreto que, con la llegada del siglo XXI, la extracción minera se ha incrementado en América Latina³. Dado que las zonas ocupadas por comunidades indígenas o grupos étnicos son muy ricas en recursos naturales, razón por la cual resultan estratégicas para las compañías transnacionales, cada vez

se hace más evidente la necesidad de crear mecanismos de protección que garanticen la existencia de estas comunidades.

Más concretamente, resulta necesario que los gobiernos nacionales y la comunidad internacional concreten políticas de protección que les permitan a las comunidades indígenas participar directamente en el diseño, la ejecución y el control de los proyectos que se van a realizar en sus territorios. Esto puede conseguirse por medio del mecanismo de participación de la *consulta previa*, validada por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en 1989, y por la consulta en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Este artículo presenta algunas definiciones que abarcan la actividad del extractivismo minero, así como las obligaciones de los Estados para con las comunidades indígenas y étnicas. Además, se incluye la amplia jurisprudencia de la Corte IDH referente a la identidad de

3 Informe Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. (2015):

Diversas cifras dan cuenta de que la llegada del siglo XXI trajo consigo un aumento significativo de las extracciones mineras y petroleras en el continente y, más específicamente, en América Latina y el Caribe. Igualmente, ha aumentado significativamente la presencia de monocultivos de exportación que cubren amplios territorios, con altos impactos ambientales, y suman enormes volúmenes de producción. Por ejemplo, se encuentran monocultivos de soja que cubren grandes superficies, sobre todo en países del Cono Sur; así como cultivos de caña de azúcar o palma africana para biocombustibles en países como Guatemala o Colombia. Al mismo tiempo, se implementan grandes proyectos de infraestructura, como carreteras, canales, represas, centrales hidroeléctricas, parques eólicos, puertos, complejos turísticos o similares. Teniendo este panorama en cuenta, con la expresión 'plan o proyecto extractivo o de desarrollo'.

los pueblos indígenas y étnicos y al proceso de consulta previa de los pueblos aborígenes. Todo esto, con el propósito de ampliar la comprensión del contexto en que operan dichos mecanismos, los cuales se han convertido en objeto de conflictos jurídicos y económicos por delimitar el escenario donde se juegan la supervivencia los pueblos indígenas. Después de todo, si no se tienen en cuenta y respetan las normas culturales que rigen a estos pueblos, se está poniendo en riesgo la subsistencia de los mismos.

Como segunda parte se presenta al lector una nueva modalidad de exploración y extracción de minerales en los fondos marinos interoceánicos, que puede ocasionar daños aún mayores que la explotación terrestre, pues es muy escaso el conocimiento que existe sobre sus efectos nocivos y la biodiversidad que se encuentra en los fondos marinos. En el presente artículo se muestran y comentan las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Parte XII) para unir esfuerzos internacionales en torno al propósito de prevenir, reducir y controlar la contaminación en los fondos marinos.

1.1. Extractivismo y Derechos Humanos de Comunidades Indígenas y Grupos Étnicos

“Con el corazón de la Tierra
Con los oídos de la Tierra
Con los ojos de la Tierra
Con la voz de la Tierra
Con la Madre Tierra”

(Primer congreso indígena del occidente colombiano, 1998)

El progreso del ser humano y de los Estados se encuentra íntimamente vinculado con la posesión y aprovechamiento de las substancias minerales, a tal punto que no se concibe el desarrollo y el avance de la civilización si no se cuenta con ellas.

El Centro Latino Americano de Ecología Social (CLAES) observa al extractivismo desde dos miradas:

Por un lado, siempre parte de una mirada local, ya que se enfoca en la actividad de extraer los recursos naturales que ocurre en territorios específicos, con sus comunidades afectadas y ecosistemas alterados. Por el otro, también contiene una dimensión global, ya que reconoce que esa apropiación tiene un destino que se orienta al comercio exterior [...].

La comunidad internacional y, específicamente, el Sistema Interamericano, impulsan el crecimiento y desarrollo de las economías nacionales, pero no desconocen que los efectos de la actividad extractiva son devastadores, más aun tratándose de las actividades de extracción de minerales que se desarrollan en las comunidades indígenas.

La instalación de proyectos mineros en territorios de pueblos indígenas y de campesinos ha generado transformaciones y reconfiguraciones de los procesos identitarios, tras las privaciones de la tierra que se llevan a cabo, desplazando a las comunidades locales e incurriendo en la violación a la integridad personal de las comunidades indígenas.

Es así como sucedió en el caso que enfrentó a la comunidad indígena Xákmok Kásek y el Estado de Paraguay, cuando este último de forma arbitraria vendió a compradores privados un tercio de la región del Chaco, a finales del siglo pasado. Mediante proceso administrativo del año 1990, los líderes de la comunidad buscaron sin éxito recuperar sus tierras tradicionales. En 1999, la comunidad solicitó al Congreso que se expropiaran en su favor 10,700 hectáreas por reivindicación. En 2002, las tierras objeto de litigio fueron adquiridas por una Cooperativa Menonita, sin tomar en cuenta la demanda de los Xákmok Kásek. En 2008, parte del territorio reclamado por la comunidad fue declarada área Silvestre Protegida por la Presidencia de Paraguay, impidiéndose de esta forma la compra de las tierras a favor de la comunidad. Valga resaltar que todos estos procesos se ejercieron sin ninguna consulta a la comunidad.

Finalmente, ante los atropellos señalados, la Corte IDH procedió teniendo en cuenta

la relación tan entrañable que existe entre la comunidad indígena Xákmok Kásek con esa región y, en los párrafos 85 y 86 de la sentencia del 24 de agosto de 2010, manifiesta:

85. Este Tribunal ha considerado que la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorpóreos que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana.

86. Además, la Corte ha tenido en cuenta que entre los indígenas:

existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras⁴.

La Corte Interamericana declara la violación del derecho a la vida digna de la comunidad por parte del Estado paraguayo, la violación al derecho a la propiedad, a un recurso efectivo, a la no discriminación y a la falla del Estado de asegurar la participación de la Comunidad en “todo plan o decisión que afecte sus tierras tradicionales y que pueda conllevar restricciones en el uso, goce y disfrute de dichas tierras”.

Asimismo reconoció la relación entre el territorio tradicional y la identidad cultural de la comunidad, ordenó entre otras cuestiones la devolución y titulación de 10,700 hectáreas identificadas con la participación de los líderes de la comunidad, la publicación de la sentencia de la Corte y un acto público de reconocimiento de responsabilidad.

La Corte ordenó además al Estado Paraguayo a adoptar medidas inmediatas para proteger los derechos económicos y sociales de la comunidad, incluyendo el agua, alimentación, atención médica, y ordenó la creación de un fondo de desarrollo comunitario.

En la medida en que las culturas ancestrales recrean su mundo, su historia, y van asimilando el conocimiento sobre su realidad, la preservación de sus territorios es el pilar fundamental para que los grupos étnicos recreen su cosmología. El lugar donde viven determina e interpreta los fenómenos naturales, tiene un concepto de su imagen, lo que constituye una manera particular de ver el universo; también es una forma de vivirlo y de sentirlo. El sistema de símbolos está generalmente arraigado en el mismo proceso histórico de la comunidad y pertenece por entero a su propia ordenación del mundo: su cosmovisión.

La preservación de los territorios ancestrales ha sido una la lucha constante por parte de las comunidades, en la búsqueda de la protección de sus derechos e identidad, los cuales se han visto vulnerados por la acción y omisión del Estado que ha permitido a través de todo un proceso histórico, que tanto instituciones religiosas como gubernamentales, así como particulares, lleven a cabo mecanismos de degradación cultural, a través de diferentes campañas que van desde la evangelización hasta la colonización y la imposición de programas educativos. A pesar de todo, los pueblos indígenas fundamentan su lucha en la preservación de sus territorios y de su identidad cultural como eje principal de resistencia.

⁴ En este caso la Corte IDH pide: Cfr. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, supra nota 20, párr. 118, y Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, supra nota 16, párr. 90.

Pero la lucha aún no termina, la realidad señala una constante persecución a los pueblos indígenas en tanto que los gobiernos de turno junto con las políticas y los impactos de la llamada globalización (megaproyectos, leyes forestales, orden territorial) están causando verdaderos estragos en dichas comunidades, haciendo cada vez más difícil la creación y el desarrollo de programas educativos propios de su cultura. El Artículo 8° de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas sostiene que:

Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura. [...] Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: [...] Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica [...].

La Corte IDH se ha manifestado frente a este concepto de violación a la integridad personal de las comunidades indígenas, y en su jurisprudencia reciente ha manifestado que en casos donde se afecte la propiedad de los pueblos indígenas, se está afectando también su modo de vida, no solo porque estas tierras son su medio de subsistencia, sino también porque son la conexión con su cosmovisión, su religión y, por ende, su identidad cultural (24 agosto de 2010, párr. 24)

Al restringirse esta identidad, así sea de manera temporal, se afecta la integridad psíquica y moral de todos los miembros del pueblo indígena. El Estado, al no otorgar a los pueblos indígenas las garantías necesarias para vivir en su territorio ancestral, puede estarlos sometiendo a situaciones de desprotección extrema que implican violaciones de los derechos a la integridad personal, a la vida y a la existencia digna (Corte IDH, 2005, párr. 157(d)).

Cuando los Estados protegen la integridad de los pueblos indígenas, este derecho obtiene unos contenidos adicionales: el primero es la supervivencia de las comunidades indígenas; el segundo, el desarrollo de su cultura. Este

último, requiere la garantía del derecho a la propiedad del territorio sobre el cual los pueblos han estado tradicionalmente asentados (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-235/11).

En el caso colombiano, las comunidades indígenas del país no solo se enfrentan a la burla legislativa que disfraza, bajo leyes fuera de los contextos culturales de las etnias, reglamentos que supuestamente incluyen a los pueblos indígenas en la políticas educativas, sanitarias, territoriales entre otras. En realidad, su situación es mucho más grave, pues estas etnias, además de la amenaza que representan para ellas las leyes sin ejecutar, ni vigilar, están bajo el control de la llamada globalización. La mayoría de estos pueblos sufren éxodos o desplazamientos ilegales debido a que los territorios indígenas son tierras fructíferas para la explotación de las multinacionales o transnacionales. Todo esto sin contar un conflicto armado interno que lleva más de 60 años y que ha dejado miles de muertes entre los civiles, gente inocente de todas las edades, además de secuestros, torturas, y otras formas de violación de los derechos humanos. Cabe destacar que este conflicto cuando no ha arrasado con poblaciones indígenas enteras, ha significado la desaparición y muerte de sabios y líderes indígenas, dejando a su paso una fractura enorme en las comunidades ancestrales.

En Colombia los indígenas han adoptado múltiples estrategias de resistencia a la violencia: la dispersión hacia lugares inhóspitos; las sublevaciones y enfrentamientos; el apego a su cosmovisión; la transmisión del conocimiento de sus pueblos de generación en generación; la movilización por sus derechos; la recuperación de tierras y, más recientemente, la participación política en el sistema que han inventado quienes en ocasiones los avasallan.

Todo ello con el propósito y la esperanza de levantar de las ruinas de la guerra los restos de sus culturas, construidas con sacrificio al paso de los siglos. En Colombia viven cerca de 85 pueblos indígenas. Aunque no hay un censo exacto de esta población, se estima que suman cerca de 800.000 personas, o sea, alrededor de un 2% de la población colombiana. Sus datos

poblacionales están, sin embargo, sesgados por las inconsistencias de los censos. Estos pueblos están organizados en poblaciones disímiles que pueden ir desde los 200.000 habitantes, como es el caso de las Guayusas y de los Paeces, hasta etnias con apenas 300 miembros. Se destaca el hecho de que sus dinámicas poblacionales son en varios casos mayores que los promedios de los demás sectores de población nacional.

Por otra parte, se reconocen más de 1.000 asentamientos o comunidades agrupadas local o zonalmente, con presencia activa en unos 200 municipios del país. Es de resaltar que, contrario a los pronósticos que se pusieron en boga en la década de los setenta acerca de la inevitable extinción de gran parte de los pueblos indígenas, tanto demográfica como culturalmente a causa de su inserción en la estructura económica del país, muchos de ellos experimentan ahora una revitalización poblacional y una nueva forma de asumir los retos culturales, demostrando así su gran posibilidad de supervivencia.

En el escenario actual, la violencia en los pueblos indígenas es factor degradante de la estructura social e identidad cultural de estas comunidades. La violencia en estos sectores es facilitada por las propias autoridades del Estado, cuyos funcionarios toman decisiones sobre la implementación de megaproyectos en territorios ocupados por estas comunidades.

La insurgencia, la contrainsurgencia, las empresas multinacionales y los megaproyectos estatales son fuerzas que operan conjuntamente con gran magnitud e impacto, y por su peso económico son capaces de desestabilizar las grandes estructuras ambientales, territoriales, culturales y sociales de cualquier comunidad, de imponer su dominio y precipitar altos niveles de violencia. La evidencia demuestra que los impactos tienden a ser peores en aquellos territorios o comunidades indígenas que no han logrado plena consolidación porque el Estado no les ha legalizado sus territorios.

Si la guerra es la continuación de la economía por otros medios, como lo expresara el poeta Roque Dalton, en Colombia las armas, independientemente de las manos en que estén,

sirven para impulsar lógicas de sociedad y de desarrollo que distan mucho de las aspiraciones de los grupos étnicos.

Sin embargo, la resistencia indígena constituida por los líderes de las comunidades, es un ejemplo de lucha e irreverencia ante las injusticias sociales, políticas, económicas y culturales de nuestro país. Por eso hoy podemos decir que las comunidades indígenas se siguen manteniendo en la lucha a través de huelgas, caminatas por zonas estratégicas del país, en el diálogo con los gobernantes de turno, con la creación de organizaciones indígenas que respalden y sean las voces en las mesas de concertación y en el Congreso. Es así como las comunidades indígenas enfrentan el presente haciendo uso de su lógica cosmológica en defensa de su cultura.

Es precisamente por esa lucha incansable por la defensa de sus derechos y la preservación de su cosmovisión y cultura, que en este texto se hará referencia a sendas sentencias de la Honorable Corte Constitucional colombiana. Así, en la sentencia T-387/2013, se hace referencia al derecho a la *propiedad colectiva de grupos étnicos sobre su territorio*, considerándolo como un derecho fundamental, ampliamente reconocido por instrumentos internacionales como parte del bloque de constitucionalidad. Además, consideran los territorios indígenas como inembargables, inalienables e imprescriptibles. De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT, la Corte expresa sus consideraciones sobre este tema en los siguientes términos:

El Convenio 169 de la OIT, ratificado por Colombia mediante Ley 21 de 1991 (...) reconoce la especial protección del territorio de los pueblos indígenas y establece que los Estados se encuentran obligados a protegerlos. Este tratado internacional es de especial importancia, por dos razones. En primer lugar, porque como lo ha indicado esta Corte forma parte del bloque de constitucionalidad. De conformidad con el artículo 93 de la Constitución ‘Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se

interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia'. En segundo lugar, como se señaló con anterioridad, el Convenio 169 ha servido a la jurisprudencia de esta Corte para reconocer el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva.

Desde la sentencia T-188 de 1993, esta Corte ha reconocido que el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas tiene el carácter de fundamental. Para llegar a esta conclusión el Tribunal señaló como fundamento la ratificación por el Congreso del Convenio 169 y las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente. Asimismo, estableció que sin el reconocimiento del derecho fundamental al territorio “quedarían inactuadas disposiciones constitucionales en materia de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana”.

El carácter de derecho fundamental de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas ha sido reconocido en sentencias posteriores. En el fallo SU-510 de 1998, el tribunal constitucional señaló que:

Con base en las declaraciones constitucionales (C.P., artículos 58, 63 y 229) e internacionales respectivas (Convenio N° 169 O.I.T. [Ley 21 de 1991], artículos 13 a 19), que la propiedad colectiva que las comunidades indígenas ejercen sobre sus resguardos y territorios tiene el carácter de derecho fundamental, no sólo porque tales territorios constituyen su principal medio de subsistencia sino, también, porque forman parte de su cosmovisión y religiosidad. En tanto propietarias de sus territorios, las comunidades indígenas son titulares de todas las prerrogativas que el artículo 669 del Código Civil otorga a los titulares del derecho de propiedad, lo cual apareja el deber de los terceros de respetar el anotado derecho.

Como lo afirmó esta Corte, en la sentencia T-652 de 1998, se ha reconocido el derecho

fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos

no sólo por lo que significa para la supervivencia de los pueblos indígenas y raizales el derecho de dominio sobre el territorio que habitan, sino porque él hace parte de las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales características.

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido el derecho fundamental al territorio colectivo de los pueblos indígenas, el cual se encuentra directamente relacionado con su supervivencia y con su integridad étnica (Sentencia T-387/13).

Los pueblos indígenas tienen un fuerte lazo con la tierra, elemento fundamental que sirve para la identidad cultural y su modo de vida. De ahí que no sea raro hallar que la denominan como “madre tierra” o con otros nombres que denotan una relación basada en un profundo respeto (Lima Báez, 2013). Actualmente, la Corte IDH ha desarrollado jurisprudencia en los asuntos de litigio sobre el derecho a la propiedad privada colectiva tanto de los pueblos indígenas como de los pueblos tribales (Corte IDH, 2007). Esta corte ha afirmado que el Derecho a la propiedad de las comunidades indígenas se deriva de su propia gestión de la tierra, es decir, de su uso y ocupación tradicional. En otros términos, afirma que la posesión de la tierra conforme a sus usos y costumbres es suficiente como prueba de existencia del derecho de propiedad. Aquí es necesario aclarar que los indígenas no tienen la obligación de justificar un título de propiedad acordado por el Estado y el Derecho Estatal (dependiendo de cada Estado) (Corte IDH, 2001).

El artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos protege tanto las tierras de las comunidades indígenas o tribales como los recursos naturales que en ellas se encuentren, necesarios para su supervivencia física o cultural. Al respecto, la Corte IDH estableció que los pueblos indígenas tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han

usado tradicionalmente dentro de su territorio. Sin estos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos estaría en riesgo (Corte IDH, 2010). En el caso Xákmok Kásek, la Corte encontró que la falta de acceso y goce de sus recursos naturales había condenado a las comunidades a condiciones de miseria y marginalización (Corte IDH, 2010).

Además de lo anterior, conviene aclarar que las afectaciones a los recursos naturales pueden presentarse de manera directa e indirecta. Así lo observó la Corte en el caso Saramaka respecto del agua limpia y natural en relación con actividades de subsistencia como la pesca, o de los bosques y sus frutos que sirven como hogar y sustento de distintos animales de caza necesarios para su sobrevivencia (Corte IDH, 2007).

Cabe destacar que el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en el artículo 14 dice, tácitamente:

Reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

1.2. Derecho a la Consulta Previa

El derecho a la consulta previa es una facultad de la que gozan los pueblos indígenas y tribales. Permite que, dentro de un proceso de diálogo intercultural, puedan escuchar al Estado sobre los proyectos que tiene pensado aplicar, con el fin de evaluar, estudiar y analizar los posibles cambios, beneficios o perjuicios que tal proyecto tendría sobre su vida y su cultura. En este sentido, la consulta es un principio fundamental del Convenio 169 de la OIT, la cual exige que tenga lugar cuando se estudie, planifique o aplique cualquier medida susceptible de afectar directamente a los pueblos interesados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Pueblos Kaliña Y Lokono vs. Surinam, especificó que:

Para que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales o Indígenas no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debe cumplir con las siguientes garantías:

1. Efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala;
2. la realización de un estudio de impacto ambiental; y
3. compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la CADH), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones. (Corte IDH, 2012).

Cabe decir que en este caso también aplica el criterio de precaución incorporado como principio No. 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, a saber:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

Este principio de precaución contribuye a reforzar estándares legales que se han plasmado no solo en tratados internacionales, sino también en declaraciones referidas, sobre todo, a la protección del medio ambiente, de la salud, al desarrollo sustentable, el comercio, entre otros.

En el caso de Colombia, la Sentencia T-129/2011 de la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, sentó un importante precedente al proferir fallo a favor de las comunidades indígenas de la etnia Embera Katio del Resguardo de Chidima-Tolo. Con esta acción constitucional se buscaba la protección de los derechos fundamentales de este pueblo a la consulta previa, a la participación, a la propiedad colectiva y al debido proceso, a no ser desplazados y al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación en congruencia con el derecho a la vida y a la subsistencia como pueblo. Esto, debido a que su territorio estaba siendo vulnerado por la construcción del proyecto vial Titumate-Balboa-San Miguel Acandí, conocido también como “vía Unguía-Acandí”. A esto se suma la ejecución de algunas obras de infraestructura para la interconexión eléctrica binacional, la explotación minera de oro y la invasión y ocupación ilegal de su territorio ancestral.

En la sentencia, la Corte Constitucional ordenó suspender la carretera con el fin de que se cumpla el requisito de consulta previa, considerando la posibilidad de modificar el trazado de las obras. También pidió parar los proyectos de explotación minera. Además, exigió traducir los apartes más importantes de la jurisprudencia a la lengua Embera para su divulgación entre los miembros de la comunidad indígena. La sentencia se expresa en los siguientes términos:

Como medida amplificadora de las garantías contempladas en la Constitución, la Ley 21 de 1991 aprobó el Convenio 169 de la OIT ‘Sobre Pueblos indígenas y Tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la conferencia general de la OIT, Ginebra 1989’. En dicha norma, entre otros aspectos, se especificó que los gobiernos deberán consultar previamente a los pueblos indígenas y tribales cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Medidas que armonizadas con lo estipulado en el Preámbulo del referido Convenio atienden a la evolución del

derecho internacional y a los cambios que padecen los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, de los cuales no se escapa Colombia en pleno inicio del siglo XXI. En virtud de ello y con el objetivo de materializar las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, al igual que su desarrollo económico, cultural, social y político, se erige el derecho fundamental de las comunidades indígenas a la consulta previa cada vez que se proyectan medidas administrativas o normativas.

De esta forma, el Convenio 169 contempla el derecho de las comunidades indígenas y tribales de participar en la toma de decisiones que afecten sus territorios, prerrogativa que además contribuye a la protección del patrimonio material e inmaterial del país. En virtud de ello el artículo 6º y 7º del citado convenio establecen lo siguiente:

ART. 6º— 1. Al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán:

- a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan, y
- c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la

finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

ART. 7º— 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

De las normas citadas se puede concluir que el Convenio 169 de la OIT es el instrumento a través del cual el Estado colombiano se comprometió con sus habitantes y la comunidad internacional a garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales de la Nación a la supervivencia social,

económica y cultural ante la disyuntiva que surge al adoptar medidas administrativas que pueden afectar sus territorios. Este instrumento hace parte ya del bloque de constitucionalidad (Corte Constitucional, Sentencia T-129/2011).

Conclusión

La realidad que afrontan hoy las comunidades indígenas y los grupos étnicos es mucho más difícil que en otras épocas, ya que los enemigos de estos pueblos se encuentran fortalecidos por el auge de las políticas neoliberales y los procesos de globalización. Durante las últimas décadas se han estado destruyendo sus sistemas productivos y de reproducción cultural, mientras la violencia ejercida contra ellos por el Estado y los particulares los ha ido empujando hasta el mismo borde de la extinción.

El interés de la explotación de los recursos encontrados en los territorios de comunidades indígenas, campesinas y negras, origina violencia y asesinatos de acompañantes de procesos populares y defensores de derechos humanos. Además, genera constantes amenazas a líderes y asesores de movimientos cívicos y populares que defienden sus derechos frente a los megaproyectos adelantados en sus territorios.

La consulta y concertación de proyectos que ha sido reconocida e implementada en gran parte de las legislaciones de América Latina y se ha convertido en una denuncia incansable por parte del Sistema Interamericano de Derechos humanos al realizarse en los territorios, es una conquista de los pueblos indígenas, campesinos y comunidades negras, a la que no han renunciado ni van a renunciar porque ahora es parte de las políticas de defensa de su integridad cultural y territorial y es una de sus más sentidas reivindicaciones: la autonomía.

Los gobiernos y particulares están en la obligación de recordar que no se debe desnaturalizar su contenido, ya que las comunidades tienen derecho a conocer los proyectos que se planean en sus territorios, toda vez que afectan directamente sus formas de vida. Lamentablemente, el procedimiento

de consulta previa en la actualidad se realiza únicamente buscando cumplir el requisito para el otorgamiento de la licencia ambiental y con el objetivo de que las comunidades no se puedan oponer a dichos proyectos .

2. Deber de los Estados de Protección al Fondo Marino y Oceánico Respecto del Desarrollo de Actividades en “La Zona” desde la Perspectiva de la Convemar

La Convención de la Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar⁵ (en adelante “CONVEMAR”), fue aprobada el 30 de abril de 1982, en la III conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que culminó en Montego Bay (Jamaica).

Previo a dar a conocer la definición de lo que se conoce como “la zona”, es preciso en las palabras de (Barbosa, J. 2008), y según la Convemar, definir en primer lugar, los espacios sometidos a la soberanía o control de los Estados que se componen de:

- **Aguas Interiores:** Son aguas interiores aquellas situadas en el ámbito del territorio terrestre, al interior de la línea de base del mar territorial (artículo 8.3).
- **Mar Territorial:** Está formado por una franja de aguas adyacente al territorio y situada más allá de las aguas interiores del Estado. La Convención de 1982, fija su extensión en 12 millas marinas, medidas desde las líneas de base.
- **Zona Contigua:** Es la zona adyacente al mar territorial, que empieza en el límite exterior del mar territorial, y donde el estado ribereño tiene ciertas facultades exclusivas de carácter funcional. La Convención de 1982, la fija en 24 millas marinas, medidas desde las líneas de base utilizadas para medir la anchura del mar territorial; es decir de 12 millas marinas a partir del límite exterior de dicho mar.
En esta zona se reconoce al Estado ribereño competencia para prevenir y sancionar las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración y

sanitarios, cometidos en su territorio o mar territorial.

- **Aguas archipelágicas:** La Convención define al Estado archipelágico como el constituido “totalmente por uno o varios archipiélagos y que podrá incluir otras islas”, definiendo al “archipiélago” como un grupo de islas, incluidas partes de islas, las aguas que las conectan y otros elementos naturales que estén estrechamente relacionados entre sí tales islas, aguas, elementos naturales formen una entidad geográfica, económica y política intrínseca o que históricamente hayan consideradas como tal.
- **Zona Económica Exclusiva:** La Convención la define como “una zona situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, sujeto al régimen jurídico establecido en esta Parte”. La Zona podrá extenderse hasta las 200 millas marinas contadas desde la línea de base utilizada para medir la anchura del mar territorial. Es decir, teniendo en cuenta las 12 millas del mar territorial. Es decir, teniendo en cuenta las 12 millas del mar territorial, medirá 188 millas marinas como máximo.
- **Plataforma Continental:** La actual Convención la define como la prolongación natural del territorio del Estado costero “hasta el borde externo del margen continental o hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial en los casos que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia”.
La plataforma continental y la Zona Económica Exclusiva, se asemejan en la extensión y en la función. En ambos el Estado ribereño tiene derechos de finalidad económica, pero se diferencian en la extensión de esos derechos, ya que en la plataforma continental tienen **carácter exclusivo**, y en la ZEE un **carácter preferencial**.

En la (Fig. 1.), se exponen las definiciones descritas anteriormente:

Es así como clarificados algunos conceptos necesarios para generar el contexto pretendido,

⁵ Cfr: 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, adopted in Montego Bay, Jamaica.

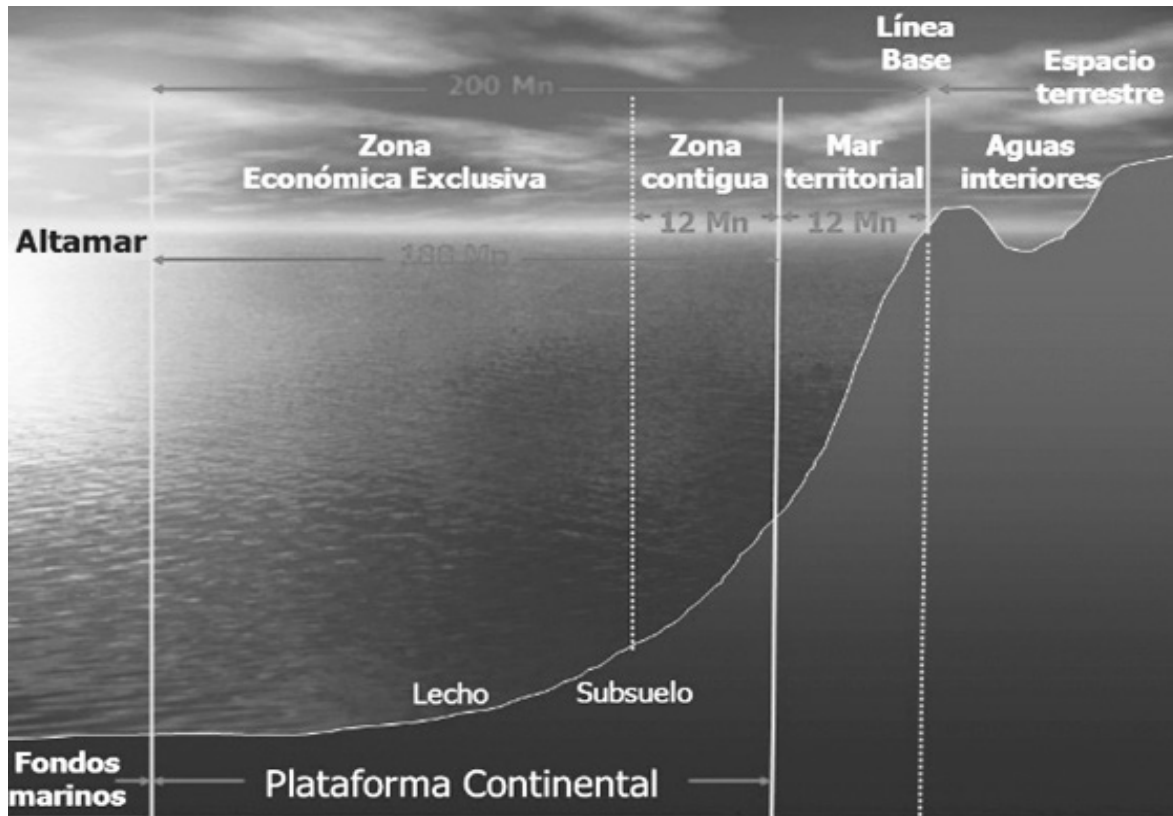


Figura 1. Protección de la Zona Económica Exclusiva

Fuente: Garfias (2014)

se analiza a continuación el espacio público internacional en el derecho del mar conocido como Alta Mar.

Alta Mar: Se define a esta zona por exclusión, es decir, todas las partes del mar no incluidas en la ZEE, en el mar territorial o en aguas interiores de un Estado, o en aguas de un Estado Archipelágico. En alta mar existe libertad de pesca, de sobrevuelo, libertad de tender cables y tubería submarinos, libertad de pesca, libertad de construir islas artificiales, libertad de investigación científica.

En el año 1970, la Asamblea General de las Naciones Unidas, sentó el principio de los fondos marinos y oceánicos fuera de los límites de las jurisdicciones nacionales, eran “patrimonio de la humanidad”, y luego en el año 1982 en la Convención de Montego Bay

se creó este nuevo espacio denominado “La Zona”, quedando excluido de la soberanía de los estados y los recursos que en él se encuentren deben ser explotados e interés de toda la humanidad.

La CONVEMAR define a “La zona” como, el espacio considerado como los abismos marinos y oceánicos y su subsuelo, fuera de los límites de la jurisdicción nacional, es decir, de las plataformas continentales de los Estados.

Este espacio es rico en manganeso, cobre, níquel, cobalto, molibdeno, zinc, plata, oro y platino; cortezas de hierro y manganeso depositadas en las laderas de los volcanes submarinos inactivos, con alto contenido de cobalto; nuevos microbios descubiertos, nuevos compuestos para aplicaciones industriales y químicas, etc”⁶.

6 Tomado de: <http://derecho.isipedia.com/tercero/derecho-internacional-publico/parte-4-las-competencias-su-contenido-y-limites/19-derecho-del-mar-iv>

Los regímenes de exploración y explotación son organizados por la Autoridad y se dividen en dos sistemas diferentes, según si la explotación sea realizada directamente por la empresa o en asociación con la Autoridad, los Estados Partes, las empresas estatales o empresas privadas con patrocinio estatal (sistema paralelo).

Todas las actividades desarrolladas en la Zona, así como la prevención de su monopolización (artículo 150 g y Anexo 3, artículo 6,3 c) se realizarán de acuerdo a un plan de trabajo aprobado por el Consejo previo examen de la Comisión Jurídica y Técnica (artículo 153, y Anexo 3, artículos 3 y 4)⁷.

La Empresa, por sí sola o junto con un Estado o un consorcio, será la encargada de extraer los minerales en la parte reservada; cuenta para ello con la ventaja de que los estudios previos fueron solicitados por el solicitante del área.

La Empresa tendrá a su disposición la tecnología que el solicitante utilice en la Zona, y que le deberá transferir si la Empresa determina que no puede obtener en el mercado la misma tecnología en condiciones comerciales equitativas y razonables (Anexo 3, artículo 5)⁸. Tras la acción normativa de las Naciones Unidas y la negociación y posterior adaptación de la Convención de 1982, el marco jurídico de los fondos marinos internacionales venía teóricamente dado por dos principios básicos: el que la Zona constituye “Patrimonio común de la humanidad” y el de su “Utilización en beneficio de la Humanidad”.

El Sistema de protección de Fondos Marinos Oceánicos para actividades realizadas en la Zona se compone de:

La Autoridad: Deberá organizar y controlar las actividades realizadas en la Zona y la administración de sus recursos. Se compone de tres órganos: La Asamblea, El Consejo y una Secretaría.

El Consejo (órgano ejecutivo): Cuenta con (36) miembros:

- (4), por los Estados que han hecho las mayores inversiones en minería oceánica;
- (4), entre los principales consumidores o importadores de los minerales extraídos de los fondos oceánicos;
- (4), entre los exportadores terrestres de los mismos minerales;;
- (6), entre los representantes de los Estados con intereses especiales, (Estados sin litoral) en situaciones geográficas desventajosa, y principales productores.
- (18), sobre la base de distribución geográfica (por lo menos uno de cada región).

La Asamblea: Órgano financiado por los Estados partes y por el presupuesto de Naciones Unidas. Fija la política general de la Autoridad en colaboración con el Consejo.

La Empresa: Es el órgano por el cual la autoridad se desarrolla sus actividades industriales y comerciales.

La Secretaria: Formada por el Secretario General y personal necesario.

2.1. Solución de Controversias

Es manejado por un sistema voluntario de controversias con los recursos del art. 33 de la Carta.

En defecto de lo anterior, cualquiera de las partes podrá pedir que la cuestión se someta a la Corte o tribunal que sea competente.

Se instituyen cuatro tribunales:

1. Tribunal Internacional del Derecho del Mar;
2. La Corte Internacional de Justicia (CIJ);
3. Un tribunal arbitral de acuerdo al Anexo VII;
4. Un tribunal arbitral de acuerdo a lo dispuesto

⁷ Julio Barboza. (2008). Los Espacios Públicos para la Zona en la Convención del Mar. En Derecho Internacional Público (601). Argentina: Zavalia.

⁸ Julio Barboza. (2008). Los Espacios Públicos para la Zona en la Convención del Mar. En Derecho Internacional Público (602). Argentina: Zavalia.

por el Anexo VIII si se trata de diferencias sobre pesquerías, protección y conservación del medio marino, investigación científica marina, navegación, incluida contaminación por buques.

2.2. Exploración y Explotación de Nódulos Polimetálicos o Nódulos de Manganeso

Las actividades extractivas en los Fondos Marinos en la actualidad se enfocan en la prospección, exploración y explotación de los denominados “nódulos polimetálicos”⁹ (Fig.2.), ya que se consideran como el futuro de la obtención de minerales fundamentales para la industria moderna, ya que ellos poseen concentraciones extraordinarias de metales como el manganeso, níquel, cobre, cobalto, hierro, silicio, aluminio, sodio, potasio, titanio, bario, etc. Los nódulos se encuentran en los sedimentos de los océanos, tocándose unos con otros y recubren más del 70 % del sedimento.

Estos cuerpos minerales se encuentran en el lecho marítimo de los Océanos.

Índico, Pacífico y Atlántico. La mayor cantidad de nódulos y los que contienen mayores concentraciones de minerales se encuentran en el Océano Pacífico, donde los nódulos con alto contenido de cobre y níquel pueden alcanzar



Figura 2. Brito, P. (2011). Nódulos polimetálicos o nódulos de magnesio.

Recuperado de: <https://derechomaritimo.wordpress.com/2011/11/17/nodulos-polimetálicos-o-nodulos-de-magnesio/Modelo-de-nódulo-polimetálico>.

⁹ Los nódulos de manganeso oceánicos fueron descubiertos en 1.868 en el mar de Kara (Rusia) y, posteriormente, en 1873-76 al sur de la isla canaria de El Hierro por la famosa expedición Challenger. Por su parte, las costras de Mn fueron se encontraron en 1982 en campañas oceanográficas en las islas Hawaii.

hasta cien mil toneladas por milla cuadrada. Las características principales del ecosistema abisal donde se encuentran los nódulos son (Smith, C.R. 1998):

Áreas de baja productividad

- Baja abundancia de animales.
- Baja tasa biológica.
- Baja tasa de actividad.
- Animales macroscópicos. Ingestión de nutrientes en la superficie de los depósitos y digestión de bacterias y otros orgánicos.
- Otros nutrientes bajo la interfase agua-sedimentos.

Áreas de baja energía física

- Las tasas de erosión y redeposición son muy bajas. Ambiente muy controlado por los procesos biológicos.
- Nutrientes en suspensión muy escasos, predominan los animales que recogen los nutrientes fuera de la columna.
- La remoción de los nódulos remueve a la comunidad asociada.

Alta diversidad de especies

- De 1 a 10 millones de especies. Combinado con la baja densidad de población puede favorecer la desaparición de especies con alteraciones grandes.

El hábitat es amplio y continuo pero con gradientes ambientales y biológicos. Aunque aparentemente muestra una monotonía ecológica en grandes zonas, como es la Clarion-Clipperton, existen gradientes en los contenidos de materia orgánica procedente de la superficie, en el contenido de nódulos y en las estructuras de las comunidades del fondo.

Los posibles impactos de las actividades mineras serían: interferencias de los nutrientes de la superficie con los en suspensión; remoción de los sedimentos, nódulos y animales asociados; plumas de dispersión de grandes dimensiones en correlación con el gran tamaño de los yacimientos; enterramiento de comunidades.

Hay dos elementos fundamentales en el

arranque y carga, el recolector y el vehículo, que pueden provocar efectos dañinos tales como la dispersión de sedimentos, la compresión del lecho de sedimentos y la redeposición de los sedimentos a distancia.

El material transportado moverá un considerable volumen de agua. Las consecuencias serán el desplazamiento de aguas profundas, con sus nutrientes, a la superficie y la mezcla de nutrientes (Sánchez, R. 2013).

2.3. Fase de Prospección y Exploración de los Nódulos Polimetálicos en la Zona

Para la prospección y exploración de estos minerales ya existe un Reglamento denominado “Reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la Zona”. En donde a grandes rasgos las actividades de prospección y exploración se encaminan a:

1. La prospección es la búsqueda de Yacimientos de nódulos polimetálicos en la zona, se encamina a establecer el tamaño la proporción, composición y estimar el valor económico de estos minerales, sin ningún derecho exclusivo a estos recursos; sin embargo dicha prospección se debe hacer de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y solamente puede realizarse cuando el secretario de la Autoridad haya informado al prospector, que su notificación ha sido registrada, igualmente se deben de cumplir con ciertas formas como lo son:
 - a) Una descripción general del programa de prospección;
 - b) Información de coordenadas del área donde se hará la prospección;
 - c) Fecha de inicio y duración aproximada, el mismo reglamento dice que si se descubre que existe riesgo alguno o daño al medio marino la prospección no se realizara.
2. La exploración es la etapa en donde se procede a la búsqueda del mineral pero allí si se confieren DERECHOS EXCLUSIVOS, en donde se entran a considerar los equipos usados para la extracción sistema de transporte, realización de los estudios de factores, técnicos, económicos e industriales;

todo esto se hace en virtud a la aprobación de un plan de trabajo que se formaliza mediante la suscripción de un contrato con la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos.

El secretario general hará un examen de la notificación en donde se debe descartar que área solicitada incluya un área comprendida en un plan de trabajo para la exploración en donde un aparte será reservada para la Autoridad, (destinada para que los países en desarrollo presenten sus proyectos y otra para la entidad privada patrocinada, o Estatal que lo solicite).

La aprobación de planes de trabajo para la exploración puede ser solicitada, por la empresa o los Estados partes, las empresas estatales o las personas naturales o jurídicas que posean la nacionalidad de los Estados partes, o sean controlados por ellos o sus nacionales cuando las patrocinen dichos Estados.

En la solicitud de aprobación de un plan de trabajo para la exploración, el reglamento además exige la presentación de distintos requisitos entre otros:

1. Una descripción general del programa de exploración y el periodo de realización incluyendo los estudios propuestos en relación a los factores ambientales, técnicos económicos y otros pertinentes;
2. Una descripción de un programa de estudios de referencia oceanográficos y ambientales, que posibilite una evaluación de los posibles efectos sobre el medio ambiente de las actividades que se pretende emprender;
3. Una evaluación preliminar de los posibles efectos sobre el medio ambiente de las actividades de exploración;
4. Un detalle de las medidas sugeridas para la protección y preservación del medio ambiente.

Una vez aprobado el plan de trabajo de la exploración por el consejo y siendo examinado a detalle la normativa contemplada, tanto en la CONVEMAR como en este caso en particular en el reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la

zona y sulfuros polimetálicos por la comisión jurídica y técnica, se procede a redactar un contrato entre la Autoridad y el solicitante.

Los derechos que confiere dicho contratista esta la exclusividad en la exploración del área abarcada por el plan de trabajo y también el contratista contarán con prioridad con respecto a la explotación de dicha área en el momento en que se presenten los planes respectivos.

2.4. Obligaciones de los Estados frente a la Convemar y a la Comunidad Internacional

Lo anterior se establece la CONVEMAR en sus artículos 204, 205, 206 y 209, que se reproducen a continuación:

Artículo 204

1. Los Estados, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales competentes, procurarán, en la medida de lo posible y de modo compatible con los derechos de otros Estados, observar, medir, evaluar y analizar, mediante métodos científicos reconocidos, los riesgos de contaminación del medio marino o sus efectos.

2. En particular, los Estados mantendrán bajo vigilancia los efectos de cualesquiera actividades que autoricen o realicen, a fin de determinar si dichas actividades pueden contaminar el medio marino.

Artículo 205

Los Estados publicarán informes acerca de los resultados obtenidos con arreglo al artículo 204 o presentarán dichos informes con la periodicidad apropiada a las organizaciones internacionales competentes, las cuales deberán ponerlos a disposición de todos los Estados.

Artículo 206

Los Estados que tengan motivos razonables para creer que las actividades proyectadas bajo su jurisdicción o control pueden causar una contaminación considerable del medio

marino u ocasionar cambios importantes y perjudiciales en él evaluarán, en la medida de lo posible, los efectos potenciales de esas actividades para el medio marino e informarán de los resultados de tales evaluaciones en la forma prevista en el artículo 205.

Artículo 209

1. De conformidad con la Parte XI, se establecerán normas, reglamentos y procedimientos internacionales para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino resultante de actividades en la zona. Tales normas, reglamentos y procedimientos se reexaminarán con la periodicidad necesaria.

2. Con sujeción a las disposiciones pertinentes de esta sección, los Estados dictarán leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino resultante de las actividades en la Zona que se realicen por buques o desde instalaciones, estructuras y otros dispositivos que enarboles su pabellón, estén inscritos en su registro u operen bajo su autoridad, según sea el caso. Tales leyes y reglamentos no serán menos eficaces que las normas, reglamentos y procedimientos internacionales mencionados en el párrafo 1.

La Corte Internacional de Justicia también reconoce esta obligación en el caso Argentina vs. Uruguay, cuando advierte que:

[...] the obligation to “preserve the aquatic environment, and in particular to prevent pollution by prescribing appropriate rules and measures” is an obligation to act with *due diligence* in respect of all activities which take place under the jurisdiction and control of each party. It is an obligation which entails *not only the adoption of appropriate rules and measures, but also a certain level of vigilance in their enforcement and the exercise of administrative control applicable to public and private operators, such as the monitoring of activities undertaken by such operators, to safeguard the rights of the other party.*¹⁰ [Cursivas fuera del texto].

¹⁰ Case Concerning Pulp Mills in the River Uruguay (Argentina vs. Uruguay), Judgment, I. C. J. Reports 2010, p. 79, párraf. 197).

2.5. Principio 21 de Estocolmo

El principio 21 de Estocolmo sobre medio ambiente en su artículo 193 establece que:

“..., los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.” (Principio 21).

Según estos principios, los Estados tomarán las medidas individuales o conjuntas necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente; utilizarán para ello los medios más viables de que dispongan y se esforzarán por armonizar sus políticas respecto al (artículo 194.1).

Asimismo, tomarán las medidas necesarias para garantizar que las actividades bajo su jurisdicción o control se realicen en forma tal que no causen perjuicios por contaminación a otros Estado o su medio ambiente y que la contaminación causada por incidentes o actividades bajo su jurisdicción o control no se extienda más allá de las zonas donde ejercen derechos de soberanía de conformidad con la Convención (artículo 194.2).

Las medidas que se adopten de conformidad con esta parte de la Convención se refieren a todas las fuentes de contaminación del medio marino¹¹.

2.6. Estudio de Efectos en el Medio Marino

En la misma línea del criterio de prevención, los Estados deben hacer un estudio de efectos en el medio marino (*environmental assessment study*) antes, durante y después de las actividades en “la Zona”, pues ésta es una obligación internacional con fundamentos

convencionales y consuetudinarios, cuando un Estado se dispone a hacer o patrocinar actividades en aguas internacionales.

Se entiende por fundamentos consuetudinarios, en primer lugar, la práctica reiterada que ha reconocido la Corte en el caso *Argentina vs. Uruguay*:

204. [...] the obligation to protect and preserve [...] has to be interpreted in accordance with a practice, which in recent years has gained so much acceptance among States that it may now be considered a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context, in particular, on a shared resource. Moreover, due diligence, and the duty of vigilance and prevention which it implies would not be considered to have been exercised, if a party planning works liable to affect the *régime* of the river or the quality of its waters did not undertake an environmental impact assessment on the potential effects of such works.¹² [Cursivas fuera del texto].

Así pues, los accidentes que ocurran en la Zona, además de mostrar que los Estados no han implementado las medidas necesarias para prevenir el daño al medio marino, constituyen un incumplimiento de sus obligaciones internacionales, resaltado las, de carácter *erga omnes*, para proteger el medio ambiente, que según la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza y uso de armas nucleares, se presenta en los siguientes términos:

[...] The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment.¹³

¹¹ Julio Barboza. (2008). Los Espacios Públicos para la Zona en la Convención del Mar. En *Derecho Internacional Público* (598,599). Argentina: Zavalia.

¹² (Case Concerning Pulp Mills in the River Uruguay (Argentina vs. Uruguay), Judgment, I. C. J. Reports 2010, p. 83, párraf. 204).

¹³ (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I. C. J. Reports 1996, pp. 241-242, párraf. 29).

El art 145 establecido de la CONVEMAR, se refiere a la protección del medio marino, que pone de cargo de la Autoridad el establecimiento de normas para:

Prevenir y controlar la contaminación del medio marino y otros riesgos para este, incluidas las costas y la perturbación del equilibrio ecológico del medio marino, prestando atención a la necesidad de protección contra la consecuencia nociva de actividades tales como la perforación, el dragado la excavación, la evacuación de desechos, la construcción y el funcionamiento o mantenimiento de instalaciones, tuberías y otros dispositivos relacionados con tales actividades.

Proteger y conservar los recursos naturales de la zona y prevenir daños a la flora y fauna marina¹⁴.

Por consiguiente, el contratista deberá ajustarse a esta normativa tomando las medidas necesarias para reducir y controlar la contaminación del medio marino y otros riesgos derivado de las actividades en la zona, pero lo hará en la medida en que sea razonablemente posible y utilizando la mejor tecnología de que disponga.

La CONVEMAR reconoce la obligación general de los Estados de protección y preservación del medio marino estableciendo que:

“Los Estados son responsables del cumplimiento de sus obligaciones internacionales relativas a la protección y preservación del medio marino. Serán responsables de conformidad con el derecho internacional”.

El deber de proteger el medio marino se fundamenta en que es un recurso patrimonio común de la humanidad de conformidad con el artículo 136 de la CONVEMAR y la primera definición de la Resolución 2749 de la Asamblea General de Naciones Unidas, que además define “la Zona”:

“Los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional (que en adelante se denominarán la zona), así

como los recursos de la zona, son patrimonio común de la humanidad”.

También la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (1974) habla del carácter común del medio marino:

Artículo 29. Los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, así como los recursos de la zona, son patrimonio común de la humanidad. Sobre la base de los principios aprobados por la Asamblea General en su resolución 2749 (XXV) de 17 de diciembre de 1970, todos los Estados deberán asegurar que la exploración de la zona y la explotación de sus recursos se realicen exclusivamente para fines pacos y que los beneficios que de ello se deriven se repartan equitativamente entre todos los Estados, teniendo en cuenta los intereses y necesidades especiales de los países en desarrollo; mediante la concertación de un tratado internacional de carácter universal que cuente con el acuerdo general, se establecerá un régimen internacional que sea aplicable a la zona y sus recursos y que incluya un mecanismo internacional apropiado para hacer efectivas sus disposiciones.

2.7. Responsabilidad de los Estados de un Hecho Internacionalmente Ilícito, por no Respetar un Recurso Común

Los Estados pueden incurrir en un hecho internacionalmente ilícito por no respetar un recurso común, según la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Argentina vs. Uruguay:

[...] the need to reconcile the varied interests of riparian States in a transboundary context and in particular in the use of a shared natural resource, but also the need to strike a balance between to use of the waters and the protection of the river consistent with the objective of sustainable development... such utilization could not be considered to be equitable and reasonable if the interests of the other riparian State in the

¹⁴ CONVEMAR, art 145.

*shared resource and the environmental protection of the latter were not taken into account.*¹⁵ [Cursivas fuera del texto].

También según la Opinión Consultiva los Estados incurren en un hecho internacionalmente ilícito, en virtud de que el incumplimiento de sus responsabilidades se ve complementado por la ocurrencia de un daño:

The liability of the sponsoring State arises from its failure to fulfill its obligations under the Convention and related instruments. Failure of the sponsored contractor to comply with its obligations does not in itself give rise to liability on the part of the sponsoring State.

The conditions for the liability of the sponsoring State to arise are:

- (a) failure to carry out its responsibilities under the Convention; and
- (b) occurrence of damage.

The liability of the sponsoring State for failure to comply with its due diligence obligations requires that a causal link be established between such failure and damage. Such liability is triggered by a damage caused by a failure of the sponsored contractor to comply with its obligations.

Finalmente, el Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos. Adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, contempla que si un hecho internacionalmente ilícito se extiende en el tiempo, constituye un hecho compuesto, lo cual es un agravante de la responsabilidad del Estado.

En este caso, el daño al medio marino por los accidentes con maquinarias utilizadas para actividades de prospección o exploración, a la luz del derecho internacional puede ser considerado como un primer hecho internacionalmente ilícito imputable al Estado y

la continuación de actividades por las empresas extractivas sin solución de continuidad, la extensión de la conducta ilícita:

Artículo 14

1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren.

2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.

3. La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación.

Artículo 15

1. La violación por el Estado de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito.

2. En tal caso, la violación se extiende durante todo el período que comienza con la primera de las acciones u omisiones de la serie y se prolonga mientras esas acciones u omisiones se repiten y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.

Conclusiones

Aunque hay muy poca investigación al respecto de las actividades en la Zona y de la biodiversidad que se encuentra en los fondos marinos en América Latina, los sectores de

¹⁵ (Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina vs. Uruguay), Judgment, I. C. J. Reports 2010, p. 74, párraf. 177).

la minería, la energía o la construcción naval han mostrado interés en el desarrollo de esta actividad debido a la escases de recursos naturales terrestres, la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos continuará elaborando los reglamentos para la exploración de los recursos minerales de la Zona, y más tarde los de explotación. Todas las normas que establezca en sus reglamentos para la protección del medio marino se fundamentarán en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, así como en cualquier otro convenio que sobre este asunto aprobara la Organización.

Es por ello que En virtud de las violaciones que se ocasionen respecto de las actividades de prospección, exploración y explotación de nódulos polimetálicos o de cualquier otro mineral hallado en un fondo marino,

la comunidad internacional condenará a los Estados patrocinadores de dichas actividades por no tomar las medidas necesarias y apropiadas de conformidad con el artículo 139 y el Anexo III de la CONVEMAR y demás instrumentos internacionales citados, teniendo en cuenta para efectuar su juzgamiento, los criterios que la CIJ ha establecido en el caso de las papeleras y el proyecto Gabčíkovo-Nagymaros.

Igualmente los Estados serán juzgados por no cumplir con sus obligaciones internacionales al demostrarse un daño al medio marino, y se verán obligados a reparar los daños ocasionados, deberán cesar las conductas violatorias de sus obligaciones internacionales, desmantelando el enclave minero y de exploración como forma de evitar la continuación del daño en el futuro.

Referencias Bibliográficas

Instrumentos internacionales

United Nations Convention on the Law of the Sea, adopted in Montego Bay Jamaica (1982). **Convenio 169 de la OIT**.(1989): Art.12 y 14. (Pags.32, 34); **Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas**. (13 de septiembre de 2007); **Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”**. 17 de noviembre de 1988: Art.8. (Págs.30 y 31). **Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996**, pp. 241-242, párraf. 29). **Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos**. Adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

Decisiones judiciales internacionales

Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina vs. Uruguay), Judgment, I. C. J. Reports 2010, p. 74, párrafo. 177, p. 79, párraf. 197, p. 83, párraf. 204.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Para. 24. **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No.125, párr. 157(d). **Caso del pueblo Saramaka Vs. Surinam**. **Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni VS. Nicaragua**, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2001 serie C, número 78 párrafo 151. **Caso Yakye Axa**, supra nota 14, párr. 137 y Sawhoyamaxa, supra nota 15, párr. 118 y121. **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214., párr. 215 y 275. **Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 122. **Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 157. **Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305, párr. 156.

Informes de Órganos Internacionales

CIDH, Informe Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. (2015).

Corte Constitucional Colombiana

Sentencia T-235/11, MP Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá D.C., 31 de marzo de 2011. **Sentencia T-387/13**, MP María Victoria Calle Correa, Bogotá, D.C., 28 de junio de 2013. **Sentencia T-129/2011**, MP Jorge Iván Palacio Palacio, Bogotá D.C., 03 de marzo de 2011.

Doctrina

Barboza Julio, Derecho Internacional Público, Buenos Aires Segunda Editorial: Zavalia (2008).pág. 338; **Brotans Remiro Antonio, Derecho Internacional Público**, Editorial: Tirant lo Blanch (2007), pág. 747; **Lima Báez Nayeli. Protección de la identidad cultural de los pueblos indígenas.** Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3536/9.pdf>. **Smith, C. (1998). The biological environment in nodule provinces of the deep sea.** En C. Smith, Deep-Seabed Polymetallic Nodules Exploration: Development of Environmental Guidelines. Proceedings of the International Seabed Authority's Workshop in Sany (págs. 2, 29).

Sitios web

(s.f.). **Obtenido de** https://www.up.edu.pe/SiteAssets/Lists/JER_Jerarquia/NewForm/Consulta%20y%20Participacion%20segun%20Ley%2029785.pdf.

(s.f.). **Obtenido de** https://www.up.edu.pe/SiteAssets/Lists/JER_Jerarquia/NewForm/Consulta%20y%20Participacion%20segun%20Ley%2029785.pdf.

(s.f.). **Obtenido de** <http://derecho.isipedia.com/tercero/derecho-internacional-publico/parte-4-las-competencias-su-contenido-y-limites/19-derecho-del-mar-iv>.

