

DE LA TUTELA A
DERECHOS DE
DETERMINACIÓN
DESARROLLO, PARTICIPACIÓN
CONSULTA Y CONSENTIMIENTO

DE LA TUTELA A LOS
DERECHOS DE LIBRE
DETERMINACIÓN DEL
DESARROLLO, PARTICIPACIÓN,
CONSULTA Y CONSENTIMIENTO:
FUNDAMENTOS, BALANCE
Y RETOS PARA SU
IMPLEMENTACIÓN

RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO

INSTITUTO INTERNACIONAL DE DERECHO Y SOCIEDAD, PERU

Resumen

Los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado hacen parte de un *corpus* de derechos colectivos de los pueblos indígenas que suponen el fin de la tradición tutelar en la relación entre dichos pueblos y los Estados. Este artículo analiza los fundamentos y contenidos tanto procesales como sustantivos de estos diferentes derechos a partir del Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989), la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007) y los avances jurisprudenciales de la región. Igualmente, señala avances, retos y propuestas para su implementación efectiva.

Palabras-clave: libre determinación del desarrollo, participación, consulta previa, consentimiento

Abstract

The free determination of development, participation, previous consultation, and free, previous and informed consent are part of a body of indigenous peoples' collective rights that presuppose the end of the traditional relationship between those peoples and the states based on pupillage. This article analyses the foundation and contents, both substantive and procedural, of these rights on the basis of the 169 International Labour Organization Convention on Indigenous peoples, the United Nations Declaration on the rights of indigenous peoples, and the Inter American court of human rights decisions. This article also analyses advances, challenges and proposals for the effectiveness of these rights.

Key words: Free determination of development, participation, previous consultation, consent

Resumo

Os direitos de livre determinação do desenvolvimento, participação, consulta prévia e consentimento prévio, livre e informado, fazem parte de um *corpus* de direitos coletivos dos povos indígenas que supõem o fim da tradição tutelar na relação entre tais povos e os estados. Esse artigo analisa os fundamentos e conteúdos tanto processuais como substantivos desses diferentes direitos a partir da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho so-

bre povos indígenas e tribais em países independentes (1989), a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas (2007) e os avanços jurisprudenciais da região. Igualmente, assinala avanços, desafios e propostas para sua implementação efetiva.

Palavras-chave: livre determinação do desenvolvimento, participação, consulta prévia, consentimento.

INTRODUCCIÓN

Los derechos de decisión autónoma o libre determinación del desarrollo, participación, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado hacen parte de un *corpus* de derechos colectivos enmarcado en nuevos principios de relación entre los estados y los pueblos indígenas, los cuales rompen con la tradición tutelar anterior. Antes de este nuevo marco de derechos, los estados consideraban que los territorios donde habitaban pueblos originarios, y los pueblos mismos, estaban bajo su dominio y tutela y, por ende, bajo su sola decisión. De ahí las políticas de asimilación, integración forzosa e, incluso, de desaparición física y cultural que caracterizaron eras pasadas.

Este nuevo *corpus* de derechos indígenas ha quedado establecido, y es vinculante, a partir de la ratificación del Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes en 1989¹ y los cambios constitucionales desatados en la última década del s. XX en la región. El mismo se ha enriquecido y desarrollado además con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas aprobada en setiembre 2007.²

En lo procesal, estos derechos obligan a los estados a no tomar decisiones que puedan afectar a los pueblos indígenas mientras tales no implementen procesos de diálogo, participación y consulta previa. En lo sustantivo, los estados quedan obligados a respetar las priori-

dades de desarrollo de los pueblos, sus formas de vida e integridad. En el caso de proyectos de desarrollo, en particular, están obligados a priorizar el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos indígenas de acuerdo a su propia visión de desarrollo.

De acuerdo al Convenio 169 de la OIT y la Declaración, los derechos de participación y consulta se aplican a todo tipo de campos en los que el Estado va a adoptar políticas, tomar medidas o implementar programas que puedan afectar a los pueblos originarios. Esto es, en el campo económico, social, político, cultural, educativo, laboral, de salud, justicia, seguridad, etc. Ningún campo queda exento.

Ahora, si bien estos derechos deben aplicarse a todo tipo de materias en la relación entre estados y pueblos indígenas, el tema es particularmente álgido cuando se trata de la realización de actividades extractivas en territorios indígenas.

Hay dos asuntos centrales que se ponen en cuestión en torno al acceso a recursos naturales en territorios indígenas. De un lado, las necesidades y demandas energéticas que provienen del modelo de desarrollo que asume el Estado o gobierno de turno en un contexto de mercado energético global; demandas que generan una presión por el acceso y explotación de recursos naturales que se encuentran en territorios indígenas. Y, de otro, el derecho de los pueblos indígenas a definir sus prioridades y modelo de desarrollo, el derecho a su territorio y, en última instancia, el derecho a su existencia e integridad física y cultural como pueblos; derechos que

pueden verse afectados por las actividades extractivas.

Del derecho de los pueblos originarios de existir de una determinada manera es que se deriva la obligación del Estado de crear los espacios para que tales pueblos puedan participar en las políticas de desarrollo nacional o regional que les puedan afectar y de consultarles antes de la adopción de medidas legislativas o administrativas concretas.

Estos derechos, consagrados en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración ONU, tienen diferentes desarrollos en cada país, tanto en lo que toca a la adecuación normativa interna, la implementación institucional en las políticas públicas, la protección jurisdiccional, el ejercicio efectivo por los pueblos indígenas y el cambio en la cultura jurídica. Un balance general de los mismos en la región arroja lo que el Relator Especial para las libertades y derechos indígenas ha llamado “la brecha de implementación”.

El presente documento busca anotar algunos elementos del balance de implementación, pero fundamentalmente retos y recomendaciones para la aplicación efectiva de tales derechos. Este documento tiene un objetivo propositivo. Está orientado a facilitar herramientas para la comprensión y aplicación de los derechos referidos, tanto para agentes estatales, dirigentes indígenas como incluso empresas o terceros que hacen algún tipo de intervención en territorios indígenas.

ELEMENTOS CONCEPTUALES ¿CÓMO SE IDENTIFICA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS?

En el derecho internacional se iden-

tifica a los pueblos indígenas por dos elementos objetivos y uno subjetivo, como se desprende del Convenio 169 de la OIT. Los elementos objetivos se refieren a un hecho histórico y a un hecho actual. El elemento subjetivo es la autoconciencia de la identidad, la que vincula ambos hechos (el histórico y el actual).

Se identifica como pueblos indígenas a aquellos pueblos que descienden de pueblos que pre-existen a los estados actuales (hecho histórico) y que en la actualidad conservan en todo o en parte sus instituciones sociales, políticas, culturales, o modos de vida (vigencia actual). El criterio subjetivo se refiere a la autoconciencia que tienen los pueblos de su propia identidad indígena, esto es, que descienden de pueblos originarios y que tienen instituciones propias.

Convenio 169 de la OIT

Art. 1. El presente Convenio se aplica:

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el **hecho de descender** de poblaciones que habitaban el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, **conservan todas sus propias instituciones** sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La **conciencia de su identidad** indígena o tribal deberá

considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

¿CUÁLES SON LAS FUENTES DE LOS DERECHOS INDÍGENAS?

Considerando el derecho internacional³, las fuentes del mismo son los instrumentos internacionales (los tratados ratificados por un Estado hacen parte del derecho convencional), el derecho consuetudinario internacional, los principios generales del derecho, la jurisprudencia de instancias internacionales y la doctrina de juristas reconocidos.

En lo que toca a instrumentos internacionales sobre derechos indígenas cabe resaltar, entre otros,

- El Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989).
- Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007).

De otro lado, hay un desarrollo significativo de los derechos indígenas en la región a partir de los casos vistos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Hay importantes decisiones de Corte Interamericana de Derechos Humanos que desarrollan los derechos indígenas integrando tanto el Convenio 169, la Declaración de la ONU, su propia jurisprudencia e incluso recomendaciones del Relator Especial sobre las libertades y derechos fundamentales de los indígenas. Si bien estas decisiones son vinculantes para los casos concre-

tos, las mismas marcan la pauta de por dónde irá la jurisprudencia de la Corte en casos afines.

Igualmente, se ha ido desarrollando una doctrina progresiva a partir de las recomendaciones de órganos no-jurisdiccionales, como la Comisión Interamericana, el mencionado Relator Especial, y de órganos cuasi-jurisdiccionales como los mecanismos de control de la OIT.

La Corte Interamericana ha considerado como parte del derecho consuetudinario internacional algunos derechos indígenas, como el derecho a gozar de su propia vida cultural, entre otros.

En cuanto al derecho interno, la fuente más importante la constituyen las constituciones de la región, las cuales han incorporado un importante *corpus* de derechos indígenas. Estos derechos hacen parte del bloque de constitucionalidad y pueden ser objeto de garantías constitucionales para su protección.

Casi todas las constituciones de la región prevén mecanismos para integrar o interpretar sus normas a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos, debiendo buscar su armonización. En gran parte de los países de la región, las cortes o tribunales constitucionales han afirmado que los tratados de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad (Bolivia, Colombia, Perú, etc.), por lo que el Convenio 169 de la OIT queda bajo el amparo de las garantías constitucionales. Si las normas del derecho internacional fuesen más progresivas que las normas constitucionales, cabría interpretar éstas a la luz de las normas

más progresivas. Si normas de carácter infraconstitucional negasen o restringiesen derechos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, priman las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Cabe anotar que, en todo caso, es de aplicación el principio pro-homine o pro-indígena, por el cual rigen las normas o incluso acuerdos nacionales (sin importar el rango) que ofrezcan más derechos y ventajas a los pueblos indígenas, como establece el art. 35 del Convenio 169 de la OIT.

Es importante subrayar este punto porque usualmente son normas de carácter infraconstitucional las que restringen los derechos indígenas, no siendo dable que el Estado se justifique en su legislación interna para incumplir un tratado internacional (ya sea porque no ha hecho la adecuación respectiva, o porque sus normas secundarias no reconocen o regulan tales derechos).⁴ Y, en todo caso, siempre son de aplicación las normas más progresivas.

¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN, CONSULTA Y CONSENTIMIENTO?

Los derechos de participación, consulta y consentimiento se fundan en el principio de que los pueblos indígenas tienen igual dignidad a todos los pueblos y culturas, y tienen igual capacidad a todos los pueblos para controlar sus instituciones y determinar libremente sus formas de vida y modelo de desarrollo.

Este principio sienta nuevas bases para la relación entre el Estado y los pueblos indígenas, las que permiten supe-

rar el modelo de tutela indígena basado en la ideología colonial de la minoridad o incapacidad indígena.

Para comprender mejor el fundamento de estos derechos es útil una mirada diacrónica de los cambios producidos en los principios de la relación Estado-pueblos indígenas desde la *tutela* de raíz colonial que partía de la minoridad indígena, hasta el derecho de los pueblos a determinar libremente su modo de vida, basado en la igual dignidad de los pueblos y culturas (Yrigoyen Fajardo 2006: 537-567). Estos cambios han presupuesto una larga lucha de los pueblos indígenas, aunque las mismas no son materia de este artículo.⁵

La ideología de la “incapacidad” y la tutela indígena es una herencia colonial que se ha recreado bajo diferentes instituciones a lo largo de la historia republicana, y se resiste aún hoy en día.

Por el hecho colonial los pueblos originarios quedaron en una posición política subordinada, en permanente situación de despojo territorial y bajo condiciones de explotación económica. Tal situación fue justificada *a posteriori* mediante la construcción colonial de la ideología de la “inferioridad natural de los indios”, de base aristotélica. El derecho se encargó de perennizar tal ideología, echando mano de categorías castellanas medievales, por lo que los *indios* fueron definidos jurídicamente como “menores, rústicos y miserables” (Bartolomé 1986: página). Considerados como “hermanos menores” de los colonizadores, los pueblos originarios fueron encomendados al control y tutela de los “hermanos mayores”. Des-

de entonces, inferioridad e incapacidad se convirtieron en los descriptores indígenas de las políticas públicas y las prácticas sociales. La *tutela indígena* se convirtió en el instrumento legal del despojo de la capacidad de los pueblos para controlar su destino.

Para efectos prácticos - para poder gobernar colonias muy vastas -, la Corona reconoció autoridades indígenas con cierto control dentro de los *pueblos de indios*, pero subordinadas y con las limitaciones de las cargas coloniales. Bajo la justificación de la minoridad indígena, sólo cabía la aplicación de sus “usos y costumbres” mientras no chocaran contra la religión ni las leyes de Indias, y el fuero propio sólo para casos menores de pleitos entre indios.

Bajo liderazgo criollo, los nuevos estados independientes latinoamericanos adoptan formalmente el constitucionalismo liberal, las instituciones republicanas, el modelo de Estado-nación (un solo pueblo, cultura, idioma y ley para todos), y derechos y garantías individuales. La filosofía liberal asume que todos los ciudadanos tienen autonomía y derechos. Con relación a los pueblos originarios, los estados siguen considerándolos inferiores o menores, mientras no abandonen su cultura, y salvajes o bárbaros, mientras no se sometan a los planes de colonización republicana. Y son los estados los que asumen que tienen la atribución de definir el destino de los pueblos originarios, reafirmando el modelo tutelar.

A partir de la segunda década del s. XX empiezan a cambiar algunas políticas establecidas en el primer horizonte del

constitucionalismo liberal. Las políticas de disolución legal de tierras colectivas indígenas no habían dado lugar a la existencia de prósperos propietarios de parcelas privadas, ideal al que aspiraba Bolívar, sino a la expansión de las haciendas y a diversas formas de servidumbre indígena. De otro lado, las movilizaciones y levantamientos indígenas por tierras empezaron a azolar la región desde inicios del s. XX, generando ingobernabilidad. Los gobiernos de la región empezaron a darse cuenta de la necesidad de cambios. Así, luego de la Revolución Mexicana de 1910, la Constitución Mexicana de 1917 inicia una ruptura con el modelo liberal e incorpora la figura de la tenencia colectiva de la tierra y una serie de derechos sociales. Se abre así una nueva era del constitucionalismo, el constitucionalismo social, que busca superar el individualismo que caracterizó el constitucionalismo liberal del s. XIX.

En el marco del constitucionalismo social, los estados latinoamericanos reconocen tierras indígenas colectivas para las comunidades indígenas en tanto sujetos colectivos (como la Constitución peruana de 1920 y 1930, la Boliviana de 1932, etc.), a partir de la idea que “el problema indígena” está vinculado a la tierra.

Desde 1940, luego del Congreso de Pátzcuaro en México, los estados latinoamericanos definen “el problema indígena” como parte de un problema de marginación, por lo que adoptan políticas integracionistas. Se definen como “integracionistas” en tanto tales políticas buscan incorporar a los indígenas al

Estado y al mercado considerando sus especificidades, a diferencia de las políticas asimilacionistas del s. XIX que las buscaban desaparecer.⁶ Sin embargo, el integracionismo, en tanto modelo de incorporación de los indígenas a la sociedad dominante definido desde fuera de los propios indígenas sigue estando dentro del patrón tutelar y acaba siendo un modelo de destrucción cultural y, en este sentido, de asimilación.

Desde mediados del s. XX, en toda la región se emprenden reformas agrarias que reconocen sujetos y tierras colectivas, pero no como pueblos indígenas, sino como comunidades, sindicatos o cooperativas campesinas. Los estados entienden que el desarrollo de los colectivos indígenas pasa por dejar de ser indígenas marginados y convertirse en campesinos integrados al mercado y al Estado. Los estados diseñan políticas agrarias y cooperativistas con el objeto de promover el desarrollo del campo. Ahora, si bien los indígenas se logran apropiarse en parte de procesos impulsados externamente para sobrevivir y recrear su identidad, el desarrollo indígena es definido, otra vez más, desde fuera, en este caso como parte del desarrollo rural.

LA TUTELA EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL INTEGRACIONISTA

El modelo de tutela/control es el eje de la normativa interna e internacional. Tal modelo tiene también el Convenio núm. 107 de la Organización Internacional del Trabajo sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes de 1957. Este Convenio,

por ejemplo, si bien reconocía el propio derecho consuetudinario, lo sujetaba a no afectar las políticas de integración que los estados podían imponer a los pueblos indígenas. Es decir, eran los estados los que tenían la titularidad jurídica para definir los términos de lo que era bueno o no para el desarrollo de los pueblos indígenas.

Convenio 107 de la OIT

Art. 2.1. Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su **integración progresiva** en la vida de sus respectivos países.

Art. 7.2. Dichas poblaciones podrán mantener sus propias costumbres e instituciones **cuando éstas no sean incompatibles** con el ordenamiento jurídico nacional o los **objetivos de los programas de integración**. (subrayado mío)

HACIA EL CUESTIONAMIENTO DEL MODELO TUTELAR

Las reformas agrarias y otras políticas sociales del s. XX, no obstante tenían objetivos integracionistas, permitieron a los colectivos indígenas reconstituirse (con base en las tierras y otros derechos sociales), y posteriormente levantar reivindicaciones de carácter político y étnico que les llevaron a cuestionar el modelo tutelar. Estas reivindicaciones por la autonomía adquirieron más forma hacia las últimas décadas del s. XX, al desarrollarse una visión crítica de la conmemoración de los quinien-

tos años de los procesos de ocupación europea.

De otro lado, en el caso de los pueblos de colonización tardía (como los pueblos ubicados en bosques húmedos sub-tropicales de la cuenca amazónica, la guajira y el Orinoco), la permanencia de regímenes legales diferenciados les permitió mantener cierta base territorial propia. Debido a diversos procesos, las dirigencias indígenas se articularon y elaboraron discursos reivindicativos.

DE LA TUTELA AL CONTROL DE LAS PROPIAS INSTITUCIONES Y FORMAS DE VIDA

En el plano normativo internacional, en 1982 Naciones Unidas crea un grupo de trabajo para tratar específicamente el problema de la discriminación indígena y convoca a líderes de pueblos originarios quienes levantan nuevas reivindicaciones. El Convenio núm. 107 ya no resiste a la crítica de su modelo tutelar integracionista. Así, entre 1987 y 1988 el Convenio núm. 107 es revisado —con cierta participación indígena—, y queda sustituido por el Convenio núm. 169, adoptado en 1989. El Convenio núm. 169 sienta principios de relación entre el Estado y los pueblos indígenas diferentes al modelo tutelar del Convenio núm. 107. Esto es, abandona de modo explícito las políticas asimilacionistas e integracionistas, las cuales se fundaban en el modelo de la tutela estatal indígena. Y reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a controlar sus instituciones y formas de vida, y su modelo de desarrollo. Así se desprende de sus considerandos.

Convenio 169 de la OIT

Considerando que la evolución de derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de **eliminar la orientación hacia la asimilación** de las normas anteriores; (Cuarto considerando)

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven” (Quinto considerando).

Al establecerse como principio central del Convenio núm. 169 el derecho de los pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida es que se explica el establecimiento de derechos y mecanismos específicos para hacer posible dicho control autónomo. Este es el origen y fundamento de derechos como la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado. Estos derechos posibilitan que los pueblos puedan tomar sus decisiones propias y también intervenir en los procesos de toma de decisiones de las políticas y medidas estatales que los vayan a afectar, asegurando el control de sus formas de vida y prioridades de desarrollo. Lo contrario sería

permitir la extinción física o cultural de dichos pueblos.

Los principios y derechos contenidos en el Convenio 169 de la OIT han sido recogidos y desarrollados con mayor claridad en la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas adoptada por la Asamblea General el 13 de setiembre del 2007. La Declaración, por primera vez en el derecho internacional, explicita que los pueblos indígenas tienen igual dignidad y derechos que todos los pueblos y que gozan de libre determinación. Descartando que esto constituya una autorización para la desintegración territorial o política de los estados, la Declaración define el derecho de los pueblos indígenas a determinar libremente su condición política y desarrollo económico, social, cultural, etc. En este sentido, fortalece y amplía el principio ya afirmado por el Convenio 169 de la OIT, relativo al reconocimiento de las aspiraciones de los pueblos indígenas al control de sus instituciones, formas de vida y desarrollo dentro de los estados en los que viven.

La Declaración entierra definitivamente la posibilidad legal para políticas de asimilación o integración forzada. E, incluso, la participación depende de la voluntad de los pueblos.⁷

Legalmente, los estados ya no pueden disponer, como hacían antes, de los recursos naturales en territorios indígenas de modo inconsulto y sin contar con la participación de los mismos en la definición de las políticas y programas de desarrollo que les vayan a afectar. Los pueblos indígenas son pueblos con igual dignidad y derechos que otros

pueblos. No son menores de edad o incapaces sometidos a tutela. Sólo en el marco de la participación y consulta se pueden dar relaciones democráticas y pacíficas entre todos los pueblos y sectores que habitan en el país.

A la fecha, unos 14 estados de Latinoamérica y el Caribe, incluyendo todos los países andinos, han ratificado el Convenio 169 de la OIT. Este Convenio es de obligatorio cumplimiento.

En el plano interno, algunas constituciones, como la colombiana de 1991 y la venezolana de 1999 reconocen explícitamente la “igual dignidad de todas las culturas”, en el marco de una valoración de la identidad y diversidad cultural, valoración que también hacen otras constituciones. Así mismo, las constituciones latinoamericanas incluyen un conjunto de derechos indígenas. El reconocimiento de la igual dignidad y capacidad de los pueblos indígenas ya no permite justificar ideologías de superioridad y tutela por parte de otros pueblos o culturas respecto de los pueblos originarios. El principio del “control indígena de sus propias instituciones y formas de vida y desarrollo, dentro de los estados en los que viven” constituye un principio tanto del derecho internacional como interno, y hace parte esencial del orden jurídico.

¿QUÉ DERECHOS TIENEN LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA DECISIÓN DE ASUNTOS QUE LES AFECTAN?

Considerando el desarrollo del derecho internacional y constitucional a la fecha, cabe anotar por lo menos cuatro tipo de derechos relativos a las atri-

buciones que tienen los pueblos en la toma de decisiones sobre los asuntos que les incumben. A saber:

- (1) El primer derecho es el referido a la atribución para decidir autónomamente o determinar de modo libre su modelo de desarrollo.

Los demás derechos están referidos a formas de relación entre el Estado y los pueblos indígenas:

- (2) Participación en todo el ciclo de las políticas,
- (3) Consulta previa a medidas legislativas o administrativas, y,
- (4) Consentimiento, previo libre e informado en casos específicos donde se pone en riesgo la integridad.

Aparte, los instrumentos internacionales aluden a otras formas de relación como “colaboración”, ayuda, etc., que por ahora no serán materia de este documento.

DERECHO DE DECIDIR AUTÓNOMAMENTE O DETERMINAR LIBREMENTE SU DESARROLLO

Este derecho está consagrado tanto en el derecho internacional como interno. Supone la potestad de los pueblos de organizarse y tomar decisiones que les incumben sin interferencia estatal o de terceros. En todo caso, podrían contar con presupuesto o ayuda estatal o de terceros, pero en ningún caso el Estado o terceros están autorizados a interferir. Este es el caso de la definición y elección de sus propias autoridades, la definición de sus prioridades de desarrollo, el establecimiento de programas educativos o de salud, etc. Este derecho fue consagrado originalmente

por el Convenio 169 como el derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo, bajo el principio de que los pueblos controlan su modo de vida. Y ha sido potenciado con la Declaración ONU que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a determinar libremente su modo de vida.

Convenio 169 de la OIT

Art. 7, 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 éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. (...)

Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

Art. 3. Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho **determinan libremente** su condición política y persiguen libremente su **desarrollo** económico, social y cultural.

Aplicación

- En algunos países, como Colombia, los pueblos indígenas elaboran los llamados “planes de vida”. Estos instrumentos pueden ser útiles en tanto sirvan para reflejar las prioridades indígenas, pero no si se vuelven requisitos para la negociación con el Estado.

- En el caso del Perú y Guatemala los pueblos realizan las llamadas “auto-consultas” a falta de consulta estatal. Estas “auto-consultas” no sustituyen al Estado en su deber de consultar. Sin embargo, eso no significa que tales expresiones de voluntad de los pueblos no sean válidas o incluso que sean “ilegales”. Por el contrario, deben ser tenidas en cuenta por el Estado como parte del ejercicio del derecho de los pueblos a definir sus prioridades y visión de desarrollo propio.

DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LA ELABORACIÓN, APLICACIÓN Y EVALUACIÓN DE POLÍTICAS Y PROGRAMAS

El derecho de participación consiste en la intervención de los pueblos en todas las fases del ciclo de elaboración, aplicación y evaluación de políticas y programas de desarrollo nacional o regional que les puedan afectar. No sólo en la fase inicial, como en el derecho de consulta previa, sino en todo el ciclo.

Convenio 169 de la OIT

Art. 7, 1. (...) **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.

La Declaración refuerza el derecho de participación ya consagrado en el Convenio 169 de la OIT, incluyendo su naturaleza potestativa (si lo desean los pueblos). He aquí las principales provisiones de la Declaración al respecto:

Art. 5. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a **participar plenamente**, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Art. 23. Los pueblos indígenas tienen derecho a **determinar** y a elaborar **prioridades** y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a **participar activamente en la elaboración y determinación de los programas** de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

El objetivo sustantivo del derecho de participación es que a través de la intervención de los pueblos se asegure que en las políticas, programas o proyectos a adoptarse por el Estado estén plasmadas las prioridades de desarrollo de tales pueblos, que los proyectos prioricen el mejoramiento de la vida de dichos pueblos, y que no se afecte su integridad.

Convenio 169 de la OIT

Art. 7, 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su **participa-**

ción 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.

En lo procesal, la participación o intervención de los pueblos se puede implementar mediante cupos permanentes en entidades electivas como el Congreso, o administrativas, mediante representantes permanentes, o de modo puntual cuando el Estado va a adoptar ciertas políticas.

Convenio 169 de la OIT

Art. 6, 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;

Declaración ONU

Art. 18. Los pueblos indígenas tienen derecho a **participar** en la **adopción de decisiones** en las cuestiones que afecten a sus derechos, por **conducto de representantes** elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Aplicación

- Por ejemplo, en Colombia y Venezuela, hay un cupo indígena en el Congreso para garantizar un mínimo de presencia de indígenas proporcional a la población. Esto permite que las decisiones que se adopten en el Congreso (ya sea en la Asamblea Nacional como en las estatales en el caso de Venezuela), cuenten con participación indígena por lo menos al nivel de otros sectores de la población.
- En algunos países, los organismos encargados de las políticas sobre indígenas cuentan con representación indígena (aunque en su mayoría estos organismos son institucionalmente precarios y cambiantes).
- En Guatemala, la Defensoría de la Mujer Indígena (DEMI) está a cargo de mujeres indígenas. (Sin embargo, el problema es su falta de autonomía institucional, recursos y capacidad para dictar políticas públicas).
- Prácticamente no se ha desarrollado el derecho de participación en todo el ciclo de políticas relativas a actividades extractivas, generando mucho descontento entre los pueblos indígenas, los cuales sólo son consultados puntualmente para medidas concretas, pero no han sido parte del diseño y adopción de las políticas que enmarcan dichas medidas.

El derecho de participación, siendo imprescindible al momento de adoptarse políticas, programas y proyectos,

no exime, sin embargo, de que el Estado convoque la consulta previa respecto de medidas concretas a adoptar en el marco de dichas políticas. Por ejemplo, si se ha adoptado la política petrolera, minera o de transportes y comunicaciones, y en ese marco se han definido prioridades o proyectos específicos, ello no exime al Estado de su obligación de consultar por la licitación de un lote, o una actividad de exploración o explotación específica, o el trazado de una carretera, a darse en el marco de la política correspondiente. Pasada la consulta, seguirá funcionando el derecho de participación, pues este comprende además la aplicación y evaluación de las políticas, programas y proyectos de desarrollo.

El derecho de participación tampoco exime al Estado de asegurar el derecho de consentimiento previo, libre e informado en los casos que correspondan, como se anota líneas abajo.

DERECHO DE LOS PI DE SER CONSULTADOS FRENTE A MEDIDAS CONCRETAS QUE LES PUEDAN AFECTAR

Por este derecho el Estado está obligado a implementar procesos de diálogo de buena fe con los pueblos indígenas antes de adoptar medidas administrativas o legislativas concretas que puedan afectarles.

Convenio 169 de la OIT

Art. 6 1. (...) 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;

Art. 6, 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.

Declaración ONU

Art. 19. Los Estados **celebrarán consultas** y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar **medidas legislativas y administrativas** que los afecten, **para obtener su consentimiento** libre, previo e informado.

Art. 32, 2. Los Estados **celebrarán consultas** y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a **fin de obtener su consentimiento** libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos

minerales, hídricos o de otro tipo.

El objetivo es obtener el consentimiento del pueblo indígena respecto de la medida propuesta o, llegar a un acuerdo. Los procedimientos que implemente el Estado deben estar orientados a instaurar un proceso de diálogo que permita lograr dicho consentimiento o acuerdo. De ahí que la consulta no pueda consistir sólo en una audiencia informativa, o un acto de votación. Supone información previa, pero no se agota en ella. En la consulta previa, el Estado debe garantizar, en lo procesal, el diálogo y la negociación de buena fe. Y, en lo sustantivo, asegurar que la medida propuesta beneficiará al pueblo en cuestión, de tal modo que ello permita lograr el acuerdo o el consentimiento de la misma. Ahora, si instalado un proceso de diálogo, el pueblo en cuestión, en principio, no acepta la medida propuesta, cabría entrar en un proceso de negociación orientado a llegar a un acuerdo, donde ambas partes puedan revisar sus planteamientos iniciales. Si se llega a un acuerdo, el Estado queda vinculado. Si no se llega a un acuerdo, el Estado tiene la atribución de tomar una decisión. Sin embargo, no se trata de un acto arbitrario, sino que, como todo acto estatal, el Estado está obligado a motivarlo.

En cuanto a lo procesal, el Estado debe explicar cómo aplicó el derecho de consulta y cómo ha tenido en cuenta los planteamientos indígenas. En cuanto a lo sustantivo, aunque no se llegue a un acuerdo, el Estado debe asegurar igualmente el máximo respeto posible

a las prioridades de desarrollo de los pueblos, priorizar —en caso de proyectos de desarrollo— el mejoramiento de sus condiciones de vida, garantizar los beneficios o ganancias, así como las indemnizaciones que correspondieran, y, explicar cómo dicha medida no va a afectar la integridad biológica o cultural de dicho pueblo, adoptando, en todo caso, las medidas necesarias de minimización de riesgos correspondientes.

La consulta la debe hacer siempre el Estado, pues es el Estado (y no las empresas) el que adopta medidas administrativas (como concesiones) o legislativas (como leyes, reglamentos y otras normas). La consulta debe hacerse a través de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, de buena fe, brindando información previa y suficiente, y mediante procedimientos adecuados (por ejemplo, en los idiomas que comprendan los pueblos indígenas, en fechas, tiempos y lugares adecuados para que puedan participar, etc.).

La consulta tiene la característica de ser previa a la medida que va a adoptar el Estado. Si se trata de actos complejos o procesos largos como actividades extractivas donde el Estado adopta varias medidas a lo largo del ciclo de un proyecto, deberá garantizarse que los pueblos participen en todas las fases del proyecto en cuestión. Además, deberá implementarse consultas puntuales antes de la adopción de medidas concretas: por ejemplo, antes de una lotización, concesión, ampliación, exploración, explotación, estudios de impacto ambiental, etc. Igualmente,

deberán convocarse consultas para acciones concretas, como la determinación de posibles ganancias, o de posibles daños y perjuicios, y por tanto indemnizaciones.

La realización de una consulta para un acto puntual no exime al Estado de las consultas por otras medidas. Por ejemplo, si se hace una consulta respecto de estudios de impacto ambiental solamente, ello no autoriza a la realización de la actividad de explotación en sí. O si se realiza una consulta respecto de una concesión minera bajo ciertos parámetros, ello no autoriza la extensión de canchas de relave, por ejemplo. Y la consulta respecto de indemnizaciones por posibles daños y perjuicios no exime la relativa a las ganancias o beneficios.

En caso de medidas concretas que puedan afectar la integridad de los pueblos, como traslados poblacionales y otros, no basta la consulta, sino que se requiere el consentimiento efectivo, como se indica líneas abajo.

DERECHO AL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO

El derecho al consentimiento previo, libre e informado es un derecho reforzado de carácter específico que constituye un requisito adicional al ejercicio de otros derechos (como la participación o la consulta previa) para que el Estado pueda tomar una decisión, cuando la materia en cuestión está referida a hechos que puedan afectar derechos fundamentales de los pueblos indígenas y poner en riesgo su integridad.

Aquí cabe distinguir el consentimiento como la “finalidad” de un proceso de consulta, del consentimiento como “requisito” para que el Estado tome una decisión. El consentimiento como finalidad del proceso de consulta significa que el Estado debe organizar los procedimientos de tal modo que estén orientados al logro del consentimiento o acuerdo. Sin embargo, si aún instaurados dichos procedimientos de buena fe, no se logra dicho consentimiento o acuerdo, la consulta sigue siendo válida y el Estado está facultado a tomar una decisión.⁸

En cambio, hay otras situaciones en las que el consentimiento no es sólo el horizonte o finalidad de un procedimiento, sino que dicho consentimiento es un requisito para que el Estado tome una decisión. Este es el caso de situaciones en las que se puede poner en riesgo la integridad de un pueblo, como ocurre en los traslados poblacionales o casos afines.

El Convenio 169 de la OIT establece que, antes de un traslado poblacional, el Estado debe contar con el consentimiento previo, libre e informado del pueblo en cuestión, o que, en su caso, debe darse un procedimiento legal correspondiente donde dicho pueblo haya estado suficientemente representado. Sin tal requisito, el Estado no puede tomar una decisión de traslado.

Convenio 169 de la OIT

Art. 16, 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, **sólo** deberán efectuarse **con su consentimiento**, dado **libre-**

mente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de **procedimientos adecuados** establecidos por la **legislación** nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar **efectivamente representados**.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas (2007) también establece ciertos casos en los que se requiere el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos para que el Estado pueda tomar ciertas decisiones dado que ellas son de alto riesgo para la integridad de los pueblos, como realizar desplazamientos poblacionales, actividades militares en territorios indígenas, almacenar residuos tóxicos, etc.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007)

Art. 10. Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. **No** se procederá a ningún traslado **sin el consentimiento libre, previo e informado** de los pueblos indígenas interesados, **ni sin un acuerdo** previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Art. 29, 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para ga-

rantizar que **no** se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas **sin su consentimiento libre, previo e informado**.

Art. 30, 1. **No** se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, **a menos** que lo justifique una amenaza importante para el interés público pertinente o que **se hayan acordado libremente** con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia en el caso Saramaka vs. Surinam (2007) ha establecido que en el caso de megaproyectos que puedan afectar el modo de vida de los pueblos (como pasa en los supuestos de traslados por la construcción de presas o ciertas actividades extractivas) no basta la consulta, sino que se requiere el consentimiento previo, libre e informado.

“135. [L]a Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia en el caso Saramaka vs. Surinam, 2007).

¿CUÁL ES EL OBJETO DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN, CONSULTA Y CONSENTIMIENTO? ¿QUÉ SE DEBE GARANTIZAR?

Los derechos de participación, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado tienen una doble naturaleza y objeto.

De un lado, se trata de derechos propios, con su propio contenido sustantivo vinculado a la dignidad de los pueblos. Un test de cumplimiento debe asegurar que tales derechos se verifiquen. De otro, se trata de derechos que buscan realizar o viabilizar otros derechos en el marco de la relación entre Estados y pueblos indígenas, y están vinculados a la capacidad de los pueblos para controlar sus instituciones, definir su modelo y prioridades de desarrollo, la protección de territorio, su integridad física y cultural, etc. En este sentido, se trata de derechos fundamentalmente procesales que permiten el ejercicio de otros derechos. Por lo tanto, el test de cumplimiento de estos derechos exige analizar además si se están garantizando los derechos a los que están vinculados.

Los derechos de participación, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado tienen como objeto el asegurar que los pueblos indígenas hagan parte en los procesos en los que los estados toman decisiones que los pueden afectar. Los derechos de participación están estrechamente conectados a la idea de los pueblos indígenas como pueblos con igual dignidad y capacidad a otros pueblos. El respeto a la dignidad de los pueblos como colectivos supone que el Estado no debe

tomar decisiones sin tenerles en cuenta. El respeto a su capacidad, supone que el Estado valora y asegura que tales pueblos mantengan o recuperen el control de su vida y destino.

Para verificar el cumplimiento del objeto de estos derechos, entonces, hay que tener en cuenta su componente procesal o formal. Esto importa verificar objetivamente la participación indígena en los procesos de toma de decisiones que les afectan. Pero como también estos derechos tienen un contenido sustantivo que no se agota en asegurar la formalidad de la participación indígena en tales procesos, es necesario verificar que dichos contenidos sustantivos se han cumplido.

Los contenidos sustantivos de estos derechos tienen como objeto garantizar:

- Que los pueblos mantengan un control, el máximo posible, sobre sus formas de vida y desarrollo, realizándose sus prioridades de desarrollo (Convenio 169, art. 7)
- Que las políticas de desarrollo emprendidas por los estados tengan como prioridad el mejoramiento de las condiciones históricamente melladas de dichos pueblos.
- Que, en ningún caso, se afecte la integridad física o cultural de tales pueblos. Es decir, el Estado, bajo ninguna circunstancia tiene autorización para tomar medidas que puedan llevar al genocidio o la destrucción cultural.

Las instituciones públicas, las organizaciones indígenas y los tribunales no sólo deben preguntarse si se ha verificado la realización de los procesos de

participación, consulta y consentimiento de acuerdo a los requisitos de buena fe, representatividad, antelación, etc., sino que también debe hacerse una verificación sustantiva o material.

El test de cumplimiento o verificación sustantiva o material de estos derechos supone preguntarse

- Si las políticas, medidas o proyectos específicos garantizan el máximo control posible de las instituciones, formas de vida y desarrollo de los pueblos en cuestión;
- Si las políticas o programas de desarrollo tienen como prioridad el mejoramiento de las condiciones de salud, trabajo, vida de los pueblos, y
- Si, en todo caso, las medidas a adoptarse no afectan la integridad física o cultural de tales pueblos, o tal afectación es la mínima posible y es legítima, es decir, está justificada razonablemente. Bajo ningún caso cabe un supuesto interés “superior” que justifique el genocidio o la destrucción cultural.

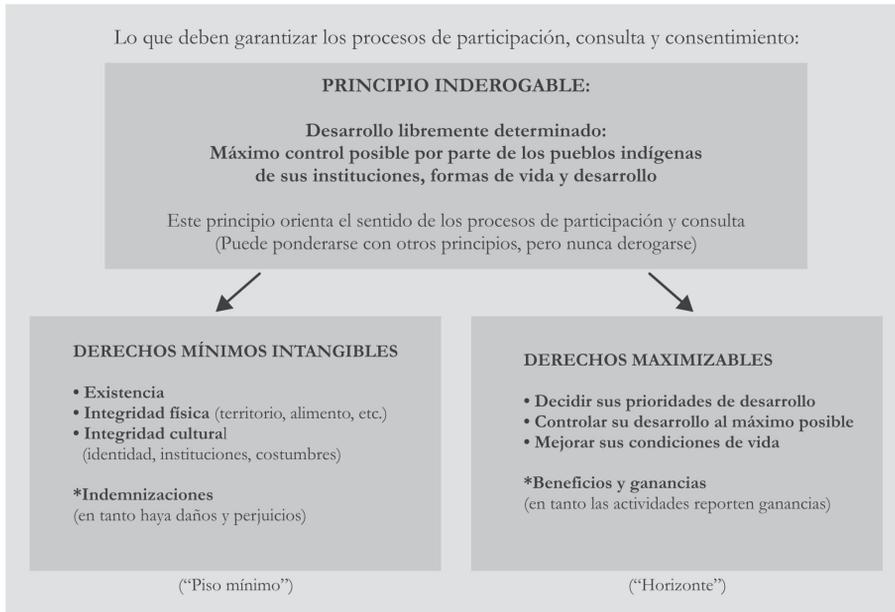
Para ilustrar el objeto sustantivo que deben asegurar los procesos de participación, consulta y consentimiento, cabe distinguir entre los mínimos intangibles y los derechos de obligatorio cumplimiento que deben ser maximizados, todos bajo el principio inderogable de buscar que los pueblos indígenas tengan el máximo control de su destino. Los derechos maximizables de obligatorio cumplimiento constituyen el horizonte al que se busca llegar a través de los procesos de participación y consulta, mientras que los mínimos intangibles son como la alarma roja de lo que dichos

procesos deben evitar. Usualmente sólo se ha considerado los mínimos intangibles (es decir, proteger la no afectación de la integridad, pero no se ha buscado garantizar las prioridades de desarrollo de los pueblos, sus ganancias, etc.).

El principio del “máximo control posible por parte de los pueblos indígenas de sus instituciones, formas de vida y desarrollo”, al estar vinculado al principio de la igual dignidad de los pueblos indígenas, es un principio inderogable y debe ser ponderado al entrar en conflicto con otros principios constitucionales. Este principio está contenido en el Convenio 169 de la OIT (Quinto considerando y artículo 7), y tiene un desarrollo en la Declaración, que explicita el derecho de los pueblos indígenas a determinar libremente su modelo de desarrollo. Se debe buscar su cumplimiento en armonía con otros principios y puede ser objeto de ponderación, pero nunca puede ser ignorado o derogado. Este principio orienta la aplicación de los derechos de participación, consulta y consentimiento.

Este principio orienta los dos conjuntos de derechos que son de obligatorio cumplimiento sustantivo en los procesos de participación, consulta y consentimiento. Un conjunto de derechos constituye el horizonte u objetivo maximizable. Y el otro está constituido por los derechos mínimos intangibles.

CUADRO QUE ILUSTRA EL OBJETO SUSTANTIVO QUE DEBEN GARANTIZAR LOS PROCESOS DE PARTICIPACIÓN Y CONSULTA PRINCIPIO INDEROGABLE



DERECHOS MÍNIMOS INTANGIBLES

De un lado, debe de preguntarse cómo los procesos de participación y consulta proyectos o programas garantizan los derechos maximizables. En el otro extremo, deben preguntarse si tales proyectos, programas o políticas no afectan la vida o integridad de los pueblos, o cómo se pueden determinar indemnizaciones por posibles daños y perjuicios, en tanto tales sean mínimos razonables, y qué medidas debe tomar el Estado para minimizar riesgos. En ningún caso se debe admitir un proyecto que afecte la vida o subsistencia o vulnere la integridad cultural.

Los derechos que siguen constituyen mínimos intangibles cuando se verifican los procesos de consulta, participación y consentimiento:

- El derecho de los pueblos a su existencia (está prohibido el exterminio de los pueblos indígenas, el genocidio o cualquier forma de afectación de su vida).
- Integridad física y existencia de medios para su subsistencia (alimentos, territorio). La privación del territorio o las posibilidades de acceder a recursos naturales para alimentarse pueden constituir una amenaza a su integridad física.
- Integridad cultural: identidad y modo de vida de los pueblos. Si bien hay una indelible relación entre la integridad física y cultural, la protección de la integridad cultural alude a la identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, sus instituciones y formas de vida de los pueblos indígenas, las

cuales se pueden ver afectadas por traslados, migración, actividades extractivas o de infraestructura en sus territorios. Si bien el impacto de estas actividades pueden tener grados, se debe cuidar que no se vulnere la integridad de los pueblos.⁹

Así como las personas individuales, los sujetos colectivos no pueden sufrir, bajo ninguna justificación dentro del estado de derecho, muerte directa o indirecta o falta de respecto a su dignidad y capacidad. Estos derechos son intangibles, es decir, no cabe siquiera justificar su incumplimiento. Estos derechos constituyen el “piso” o lo mínimo que los estados deben asegurar en los procesos de participación, consulta y consentimiento, para efectos de la implementación de políticas, proyectos o programas de desarrollo.

Convenio 169 de la OIT [**De-
recho a la integridad**]

Art. 5. b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

Art. 2 [Respeto de la integridad]

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el **respeto de su integridad**.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos so-

ciales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

Art. 3. [Prohibición de fuerza que viole derechos humanos]

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

Art. 4. [Salvaguarda de personas, cultura y medio ambiente]

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

Como parte de la protección de la integridad es necesario que el Estado adopte todas las medidas y cuidados posibles. Es factible que un proyecto

de desarrollo, aún considerando como prioritario el desarrollo de los pueblos indígenas, pueda tener incidencias o impactos de diverso tipo. Estos impactos deben ser evaluados por el Estado en cooperación con los pueblos indígenas, y, eventualmente, pueden dar lugar a que no se realice el proyecto en cuestión en tanto peligre la integridad biológica o cultural de tales pueblos. El Estado es garante de la vida e integridad de los mismos, debiendo asegurar la protección del medio ambiente de dichos pueblos, la minimización de daños y la indemnización por daños y perjuicios.

Convenio 169 de la OIT

Art. 7.3. Los **gobiernos** deberán velar por que, 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.

Aquí unas notas sobre los estudios relativos al impacto y posible afectación de la integridad.

- Hay una práctica extendida por la cual son las empresas postulantes a las concesiones las que realizan los estudios de impacto ambiental que deciden la concesión. Según el Convenio 169 de la OIT estos estudios deben hacerse por el Estado en cooperación con los pueblos interesados, para que los mismos reflejen claramente la visión de los pueblos indígenas. Esto se ve reforzado por la sentencia de la CIDH en el caso Saramaka vs. Surinam, que insiste en que los estudios deben ser independientes. No puede ser la propia empresa interesada la que los conduzca. Otro asunto es que el Estado traslade los costos a la empresa que resulte beneficiaria o cree un fondo para tales efectos, pero la empresa no puede ser juez y parte.
- Sobre la cobertura de dichos estudios, generalmente sólo evalúan impactos en el medio ambiente o impactos sociales generales. Sin embargo, el Convenio 169 de la OIT establece una cobertura mayor: que se debe evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente. De ahí la importancia de la participación indígena.

DERECHOS DE CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO A MAXIMIZARSE EN LO POSIBLE

El Convenio 169 de la OIT contempla varios derechos sustantivos vinculados al desarrollo respecto de los cuales propende su maximización. Se trata de derechos de cumplimiento obligatorio y constituyen el objeto material de los derechos de participación, consulta y

consentimiento. Los procesos de consulta, participación y consentimiento tienen como objeto sustantivo garantizar dichos derechos, y es la primera pregunta que debe hacerse en tales procesos: ¿Cómo asegurar las prioridades de desarrollo de los pueblos a través de la participación y la consulta?, ¿Cómo garantizar el máximo control de su desarrollo por los pueblos?, ¿Cómo asegurar que un proyecto de desarrollo tenga como prioridad el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos?, ¿Qué beneficios o ganancias le traerá el proyecto de desarrollo a los pueblos indígenas?. Sólo cuando se hayan completado dichas preguntas, es que debe pasarse a los mínimos intangibles, que se desarrollan luego.

Entre los derechos de cumplimiento obligatorio y maximización en lo posible, están los que siguen, a modo ilustrativo.

DERECHO A DECIDIR SUS PRIORIDADES DE DESARROLLO Y CONTROLAR EN LO POSIBLE EL MISMO

Los pueblos indígenas tienen derecho a que los programas de desarrollo regional o nacional a implementarse en sus territorios respeten sus prioridades de desarrollo. Así mismo, el derecho de controlar en lo posible su propio desarrollo. Estos derechos se deben aplicar de todas maneras, lo que depende de otras condiciones es sus posibilidades de maximización.

Convenio 169 de la OIT

Art. 7.1. Los pueblos interesados deberán tener el dere-

cho de **decidir sus propias prioridades** en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y **de controlar**, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. 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.

EL DERECHO DE LOS PUEBLOS AL MEJORAMIENTO DE SUS CONDICIONES DE VIDA COMO PRIORIDAD DE LOS PLANES Y PROYECTOS DE DESARROLLO

Cuando el Estado elabora planes de desarrollo regionales o especiales (como grandes obras de infraestructura, riego, explotación de recursos naturales, etc.), aparte de los mecanismos de consulta y participación, el gobierno central, regional o local está obligado a demostrar que el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos indígenas constituye una prioridad de tales planes. Esto no es opcional. Es mandatorio

Convenio 169 de la OIT

Art. 7.2. 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.

Suele ser una mala práctica extendida que los gobiernos enfatizan los beneficios “para la nación” de la explotación minera, petrolera o de grandes obras como hidroeléctricas, de irrigación, carreteras, etc. a realizarse en territorios indígenas o en regiones habitados por ellos, pero no demuestran cómo tales actividades van a beneficiar de modo concreto a los pueblos afectados. Donde hay una hidroeléctrica, el pueblo indígena desplazado por la represa suele carecer de luz, no recibe el gas que se saca de su territorio, y sólo ve los efectos de la contaminación de actividades de larga duración como mineras o petroleras.

El hecho sustantivo de que una política, plan o programa no respete las prioridades de desarrollo de los pueblos, o que un proyecto de desarrollo específico no tenga como prioridad el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos en cuestión, al afectar un derecho sustantivo obligatorio, puede dar lugar a una acción de garantía constitucional. Es como no realizar el proceso mismo de consulta o participación. Está por descontado que un proyecto de desarrollo, debiendo velar por el mejoramiento de los pueblos, tiene prohibido vulnerar la integridad física o cultural de los pueblos. De-

pendiendo del caso, esto puede incluso constituir delito contra la vida, la propiedad, etc.

DERECHO A BENEFICIOS Y GANANCIAS EN TANTO SE DEN

Más allá de la protección de la integridad, el medio ambiente y la indemnización por daños y perjuicios -que constituyen parte de los derechos mínimos intangibles-, los pueblos tienen derecho a beneficios y ganancias. Estos derechos dependen de la existencia de dichas utilidades o ganancias, pero en tanto se den, tienen derecho a las mismas. Esto les permitirá asegurar sus prioridades de desarrollo. Se trata de derechos aleatorios (dependientes de la existencia de dichas posibles utilidades o ganancias) y cuantificables, pero no son opcionales o voluntarios: “deberán”.

Es decir, al planificar un proceso de participación, consulta o consentimiento, o los proyectos de desarrollo mismos, no sólo hay que preguntarse si se está garantizando la indemnización, sino fundamentalmente si se está garantizando que tales proyectos reporten beneficios al desarrollo y ganancias a dichos pueblos.

Convenio 169 de la OIT,

Art. 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la **utilización, admi-**



nistración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos **deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar** a los pueblos interesados, a fin de **determinar** si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados **deberán participar** siempre que sea posible **en los beneficios** que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Si bien el objeto perseguido por todos los derechos arriba mencionados –participación, consulta y consentimiento– es afín a los mismos, hay algunas variantes en la forma en la que se ejercitan dichos derechos y el nivel de decisión que tienen los pueblos en cada uno de ellos. El cuadro adjunto (Anexo 1) permite observar algunas diferencias entre estos derechos en cuanto al objeto específico, el momento y el nivel de intervención tanto del Estado como de los pueblos indígenas en cada uno de ellos.

¿CÓMO DEBEN IMPLEMENTARSE ESTOS DERECHOS, CONSIDERANDO EL BALANCE BUENAS PRÁCTICAS Y LAS LECCIONES APRENDIDAS EN LA REGIÓN?

Si bien hay un avance normativo importante, el problema es la brecha de implementación efectiva de estos derechos, lo que ha generado desconfianza en las organizaciones indígenas. Esta situación da lugar a varias preguntas: ¿Cómo reconstruir relaciones de diálogo democrático entre los estados y los pueblos indígenas?, ¿Cómo mejorar los mecanismos de participación y consulta, a fin de llegar a acuerdos y el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos?, ¿Cómo mejorar el control de las empresas extractivas respecto de su pago de tributos, el control ambiental, su respecto de derechos indígenas, y su responsabilidad social?, ¿Cómo prever mecanismos de resolución de conflictos entre actores Estado-pueblos-empresas?

Para efectos de mejorar la situación existente, es importante analizar ¿Qué se ha avanzado, qué buenas prácticas hay?, ¿Qué problemas y lecciones aprendidas hay en la región?, ¿Qué retos hay por superar?

Todas estas preguntas marcan una agenda de trabajo sobre el tema. Aquí solamente anotaremos algunas ideas.

AVANCES, PROBLEMAS Y RETOS

Avances. Hay un marco internacional de derechos de los pueblos indígenas que contempla el derecho de consulta y participación.

El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, y ahora también la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas han consagrado el derecho de los pueblos indígenas a definir su modelo y prioridades de desarrollo, a su modo de vida de acuerdo a su cultura dentro de su territorio, a su integridad. Y que, por ende, deben instaurarse mecanismos para el diálogo, el consenso y el acuerdo entre el Estado y dichos pueblos a fin de que el Estado, cuando le toca decidir sobre los recursos que pertenecen a toda la nación, pueda hacerlo en compatibilidad con el modelo y prioridades de desarrollo de los pueblos indígenas, priorizando su beneficio en los programas de desarrollo y, sin afectar su vida o integridad, o minimizando cualquier posible afectación.

El Convenio 169 de la OIT es vinculante en la mayor parte de países de la región y ello da un marco normativo común. Además, se cuenta con el desarrollo del derecho internacional en la materia con la aprobación de la Declaración de las Naciones sobre los derechos de los pueblos indígenas, la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc.

PROBLEMAS. Hay un gran reclamo de los pueblos indígenas de la región por la escasa implementación de los derechos de consulta y participación. Es más, en varios países hay muchas malas prácticas relativas al derecho de consulta detectadas por los órganos de control de la OIT que es necesario superar. Entre

ellas, cabe mencionar las que siguen:

- Un problema generalizado con relación a actividades extractivas o megaproyectos es que los estados de la región han venido actuando bajo la inercia de modelos anteriores, caracterizados por decisiones unilaterales del Estado, a impulso de concesionarios o denunciadores mineros.
- Otro problema frecuente es que los estados, usualmente, no se han responsabilizado por un suficiente control de tales actividades en territorios indígenas, por lo que las mismas se han hecho, en una gran parte de casos, con un alto impacto ambiental, social y cultural para los pueblos originarios, y sin generarles beneficios. Ello ha generado desconfianza en las organizaciones indígenas, las que, en no pocos casos, han empezado a oponerse de lleno a toda actividad extractiva en sus territorios, e, incluso, a los procedimientos mismos de consulta por haber sido mal llevados.
- Los estados no consultan por las prioridades de desarrollo que tienen los pueblos indígenas en la fase de la elaboración de políticas o planes de desarrollo, ni cuando el Estado define lotes sobre territorios indígenas a ser sometidos en concesión.
- Los estados no han implementado modelos adecuados de participación respecto de todo el ciclo de las políticas, planes o programas: elaboración, aplicación y evaluación.
- La “consulta” se realiza a posteriori de un acto administrativo por el cual el Estado ha seleccionado una

empresa o adjudicado una concesión de exploración o explotación, y no antes tal acto.

- La “consulta” se realiza luego de la concesión de exploración, considerando que es sólo la explotación la que afecta a los pueblos indígenas.
 - La “consulta” se realiza por una empresa y no por el Estado.
 - La “consulta” se realiza por una empresa para negociar indemnizaciones y compensaciones. Es decir es una negociación directa y no una consulta.
 - Los pueblos indígenas no son informados propiamente, en sus idiomas, y considerando su cultura, normas, usos y propio derecho.
 - La consulta es entendida como un acto y no como un proceso para llegar a acuerdos.
 - Hay estados que actúan de “mala fe” en la medida que van a la consulta con una pre-decisión, sin considerar lo que van a plantear los pueblos indígenas.
 - La “consulta” se reduce a actos informativos unilaterales, sin tener en cuenta lo que planteen los pueblos afectados.
 - La agencia estatal correspondiente no informa sobre posibles ganancias y no consulta sobre los beneficios que deben recibir los pueblos indígenas. Delega a las empresas la negociación directa sólo relacionada a compensaciones o indemnizaciones.
- tanto a nivel constitucional como de la legislación secundaria, que desarrolle los diferentes derechos: participación, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado. No enfocar todo en la consulta previa.
 - En algunos países de la región el derecho de consulta y participación están consagrados a nivel constitucional (como en Ecuador). La consagración constitucional es una buena práctica, aunque no es necesaria para la vigencia del derecho.
 - En pocos países hay una ley sobre la consulta (Se dio una en Colombia, observada; Hay una relativa a la consulta vinculada a hidrocarburos en Bolivia). Esta ley debe darse, ella misma, en consulta con los pueblos indígenas.
 - No se ha desarrollado normativamente el derecho de participación. (En Colombia hay unas mesas de concertación donde los indígenas sólo tienen competencias consultivas, no de co-decisión). Por lo general, la regulación sobre la consulta previa se da en el nivel reglamentario, y, salvo contadas excepciones, suele ser restrictiva (como el Reglamento de participación ciudadana relativo a actividades extractivas en Perú). Hay varios países que están discutiendo proyectos de ley sobre el derecho de consulta (ejem. Perú, Guatemala, etc.).

RETOS. Para que el marco internacional sobre los derechos de participación y consulta sea efectivo se requiere de:

1. Adecuación normativa interna,

Para efectos de legislar sobre estos derechos es necesario:

- Considerar todos los derechos: decisión autónoma, participación, con-

sulta, consentimiento previo libre e informado, y no sólo el de consulta.

- No reducir la participación a un acto consultivo. La participación supone co-decisión en todo el ciclo de elaboración, aplicación y evaluación.
- La participación y consulta deben darse desde la elaboración de la política, la identificación de “lotes”, etc., es decir, desde los primeros pasos del diseño del modelo de desarrollo.
- La consulta previa en ningún caso debe reducirse a la mera información.
- La consulta debe ser previa a la concesión y a cada medida concreta.
- Los procesos de participación y consulta deben garantizar procedimientos de buena fe orientados a llegar a acuerdos.
- Los procesos de participación y consulta deben garantizar, en lo sustantivo, que se respeten las prioridades de desarrollo de los pueblos, el máximo control de su desarrollo posible, el mejoramiento de sus condiciones de vida, ganancias y beneficios; y, en todo caso, la protección de su integridad física y cultural, indemnizaciones y minimización de daños.

2. Implementación institucional.

Esto es, la adopción de políticas públicas que, efectivamente, implementen el derecho de consulta y participación.

Hay pocos países que han adoptado como política pública la implementación efectiva del derecho de consulta previa o es parcial (Colombia ha desarrollado una política de consulta previa centrada en evitar afectación de la

integridad, pero no asegura beneficios, ni se vincula a la participación desde la elaboración de la política de desarrollo). La mayor parte de países de la región tienen algunas prácticas puntuales, pero sus políticas públicas no desarrollan de modo efectivo el derecho a la participación respecto de las políticas en las que se enmarca la consulta de una medida concreta; los reglamentos son restrictivos, sus presupuestos ínfimos y carecen de modelos de gestión adecuados a la cultura e idioma de los pueblos indígenas. Y, al no destinar recursos para las consultas, trasladan tal tarea a las empresas, las que se convierten en juez y parte.

Para que los derechos de consulta y participación puedan efectivizarse, se requiere:

- Que tales derechos hagan parte de políticas nacionales, sectoriales (en cada ministerio implicado) y específicas.
- Una previsión presupuestaria (para que el Estado no traslade dicha responsabilidad a la empresa concreta que postula a una licitación en el territorio donde se hace la consulta).
- Un modelo de gestión institucional del derecho de consulta y participación. Es decir, que, en el flujo de los procesos administrativos que se refieren a la planeación de actividades en territorios indígenas o que de algún modo van a afectar a pueblos indígenas, esté contemplada la implementación de los derechos de consulta y participación, incluyendo los procedimientos, protocolos, instrumentos, responsables, mecanismos de asigna-

ción de recursos, transparencia y rendición de cuentas.

- Asignación efectiva de recursos humanos y materiales, etc.
- Asegurar mecanismos de control y auditoría para los posibles casos de abuso o corrupción.
- Asegurar mecanismos de comunicación eficaz a través de intérpretes, etc.
- Asegurar una coordinación anticipada y eficiente para que los procesos de participación y consulta puedan estar antecedidos de procesos de definición y explicitación de prioridades de desarrollo de los pueblos en cuestión, a fin de facilitar procesos de diálogo intercultural.

3. Protección judicial

Cuando a pesar de los cambios normativos e institucionales, hay resistencia de algunos sectores para la implementación de derechos, queda el recurso a la protección judicial, tanto interna como internacional. Así por ejemplo, en Colombia hay un alto uso de la jurisdicción constitucional para la protección del derecho de consulta cuando el Estado no lo ha aplicado. En otros lugares, por el contrario, hay prácticamente cero casos amparados a nivel constitucional a favor de los pueblos indígenas afectados.

Quedan como retos para una más efectiva protección judicial:

- No sólo proteger el derecho de consulta sino los de participación y consentimiento, pues tienen la misma entidad jurídica al ser parte del bloque de constitucionalidad.

- No sólo velar por los aspectos procesales (la verificación de la realización o no de la consulta) sino también la verificación de su objetivo sustantivo (si los planes consultados, por ejemplo, tienen como prioridad el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos, o si respetan sus prioridades de desarrollo, etc.).
- Distinguir entre indemnizaciones de beneficios, como hace la Corte Interamericana.
- Ordenar procesos de participación.

4. Cambios en la cultura jurídica

A veces, las resistencias más importantes para la implementación de derechos vienen de la ignorancia o la falta de cambio de mentalidad.

Para la efectiva aplicación de normas y la implementación institucional de derechos se requiere de un cambio en la cultura jurídica de operadores jurídicos así como de sujetos titulares de los derechos o usuarios.

El cambio de una cultura jurídica tutelar autoritaria hacia una democrática y pluralista supone:

- Procesos de información y sistematización.
- Formación, capacitación e intercambio de experiencias (nacionales e internacionales, y entre distintos actores)
- Presión de la opinión pública.

CONCLUSIONES

Síntesis de las recomendaciones para la implementación:

- Desarrollar normas y políticas que

- contemplan los derechos de participación, consulta y consentimiento, y no sólo el de consulta previa.
- Generar espacios consultivos y de participación permanente en las instituciones que elaboran y ejecutan programas de desarrollo.
 - Desarrollar modelos de gestión de formas de participación indígena en todo el ciclo de elaboración, aplicación y evaluación de las diferentes políticas de desarrollo (desde cuando se definen los lotes petroleros por ejemplo).
 - Desarrollar procesos de consulta previa en diversos momentos de un proyecto de desarrollo, como parte del proceso de participación, y siempre antes de cualquier concesión.
 - Asegurar procedimientos de buena fe en todo el ciclo de la consulta y participación.
 - Asegurar que tanto en los procesos de participación como de consulta se garantice el objetivo sustantivo de los mismos. Ello se puede probar a través de la pregunta si dicha política, programa o medida respeta las prioridades de desarrollo de los pueblos, prioriza su mejoramiento de condiciones de vida y permite cuantificar posibles ganancias; así como asegura si su integridad e indemnizaciones por posibles daños y perjuicios.
 - Desarrollar capacidades en todos los sectores para la comprensión de los derechos a fin de lograr su efectiva implementación. Analizar con los diferentes actores como el incumplimiento de los derechos no da lugar a beneficios para el Estado o las empresas, sino que trae desconfianza y a la larga perjuicios.
 - Sistematizar experiencias, promover intercambios, publicar buenas prácticas y lecciones aprendidas.
 - Elaborar las memorias de cumplimiento del Convenio 169 de la OIT con participación de los pueblos indígenas, incluyendo una evaluación propositiva de avances y retos para la efectiva implementación de estos derechos.

NOTAS

¹En adelante, Convenio 169 de la OIT.

²En adelante, la Declaración ONU.

³Guiándonos por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Artículo 38), cabe considerar como fuentes del derecho internacional las que siguen:

- a. las **convenciones internacionales**;
- b. la **costumbre internacional**;
- c. los **principios generales de derecho**;
- d. las **decisiones judiciales y las doctrinas** de los publicistas de mayor competencia.

⁴Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 (en vigor desde 1980). Artículo 27. **El derecho interno y la observancia de los tratados.** Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (...).

⁵Este artículo fundamentalmente analiza los cambios producidos en el marco normativo y las políticas públicas adoptadas por los estados. Ello no pretende desconocer, aunque no es materia que desarrolla este texto, los procesos sociales y políticos desatados por las luchas indígenas, contexto en el que se dan los cambios normativos.

⁶Cabe recordar que las políticas asimilacio-

nistas aplicadas a los *pueblos de indios* buscaban “convertir a los indios en ciudadanos” y someterlos a las leyes generales, desapareciendo el régimen diferenciado y las especificidades indígenas (tierras, idiomas, comunidades, fueros, legislación especial, etc.).

⁷Esto se hace particularmente importante en los casos de los pueblos llamados “no contactados o de contacto inicial”. Los estados ya no les pueden forzar siquiera a la consulta o participación, en tanto tales pueblos así no lo deseen, o en tanto pueda peligrar su integridad como pueblos. Cabe anotar que el sólo contacto de ciertas enfermedades ha causado grandes diezmas entre dichos pueblos. No es menor el impacto del “choque cultural” por contactos y procesos de cambio cultural no controlados por dichos pueblos y que dan lugar a desajustes autodestructivos como suicidios, consumo descontrolado de alcohol, etc.

⁸“[S]erá apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado. Es decir que la expresión «procedimientos apropiados» debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No es necesario, por supuesto, que un acuerdo se logre o que se obtenga el consentimiento.” (Consejo de Administración de la OIT, 289ª reunión, marzo de 2004, Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, GB.289/17/3, pág. 89).

⁹El Comité de Derechos Humanos, al analizar el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo al “goce de la propia cultura en común con el grupo”, ha desarrollado el derecho a la integridad

cultural. En algunos casos ha considerado que el Estado puede hacer concesiones de explotación de recursos naturales en territorios indígenas, previa consulta, pero siempre que el impacto de tales actividades no sea tan significativa que acabe afectando la integridad cultural de dicho pueblo. Este es un tema conflictivo, pues la gradación puede ser polémica. Lo que no está en cuestión es el derecho de los pueblos a su integridad cultural. Véase: Anaya, S. James (2004): *International human rights and indigenous peoples: The move toward the multicultural state*. (Article adapted from chapter 4 of the author’s second edition of the book *Indigenous Peoples in International Law*).

REFERENCIAS

- Clavero, Bartolomé. 1986. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. México: S. XXI Editores.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel. 2006. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino, in *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Editado por M. Berraondo Lopez. Bilbao: Universidad de Deusto.

ANEXO

CUADRO COMPARADO SOBRE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN, CONSULTA PREVIA Y EL CONSENTIMIENTO

	Participación	Consulta previa	Consentimiento libre, previo e informado
Concepto	Por este derecho los pueblos intervienen en todas las fases del ciclo de elaboración, aplicación o evaluación de planes, políticas y programas de desarrollo nacionales o regionales que les puedan afectar.	Por este derecho el Estado está obligado a implementar procesos de diálogo de buena fe con los pueblos indígenas antes de adoptar medidas administrativas o legislativas concretas que puedan afectarles.	Por este derecho, el Estado no sólo está obligado a hacer una consulta o garantizar la participación indígena sino que, dado el derecho en juego (existencia, integridad), no puede adoptar una decisión sin el expreso consentimiento de los pueblos.
Objetivo	El objetivo es que a través de la participación se asegure que en las políticas, programas o proyectos a adoptarse por el Estado, estén plasmadas las prioridades de desarrollo de pueblos, que los proyectos prioricen el mejoramiento de la vida de los pueblos, y que no se afecte su integridad.	El objetivo es que a través de la consulta se entable un diálogo a fin de que los pueblos puedan dar su consentimiento o se llegue a un acuerdo sobre la medida propuesta. Si se llega a un acuerdo, el Estado queda vinculado. Si no, el Estado puede decidir motivando su acto. De todos modos, Estado debe asegurar los derechos de los PI.	El objetivo es garantizar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas que puedan verse afectados por una política, un proyecto o una actividad. De ahí que el Estado no puede adoptar plan o medida sin el consentimiento expreso. Por ejemplo, en caso de: - Traslados territoriales - Actividades militares - Megaproyectos

<p>¿Cómo?</p>	<p>-La participación o intervención de PI puede ser: - en forma de cupos permanentes (ejem. en entidades electivas como el Congreso, o administrativas, -mediante representantes permanentes), o -de modo puntual cuando el Estado va a adoptar ciertas políticas.</p>	<p>-La consulta se hará por el Estado a través de las organizaciones representativas de PI, de buena fe, brindando información previa y suficiente, mediante procedimientos adecuados (en los idiomas que comprendan los PI). -No hay buena fe si el Estado ya tiene una decisión adoptada antes del proceso de consulta.</p>	<p>Si en el marco de un proceso de consulta o participación, lo que está en juego puede poner en riesgo al PI, el Estado debe informar con anticipación de beneficios y riesgos, y pedir expresamente su consentimiento libre. Sin el consentimiento previo, libre e informado, el Estado no puede adoptar acto o medida.</p>
<p>¿Ante qué casos o materias?</p>	<p>Elaboración, aplicación o evaluación de planes, políticas y programas de desarrollo nacionales o regionales</p>	<p>Adopción de medidas administrativas o legislativas</p>	<p>Dependiendo del derecho en juego, es una garantía adicional a la participación y consulta en caso de proyectos, políticas o medidas que puedan afectar la existencia o integridad de los pueblos (como los traslados)</p>
<p>¿Cuándo?</p>	<p>Antes, durante y después de la adopción de planes, políticas y programas susceptibles de afectar a pueblos indígenas</p>	<p>Antes de que Estado adopte medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar a los pueblos</p>	<p>Antes de adoptar medidas o proyectos que puedan afectar derechos fundamentales de los pueblos (como su existencia o integridad biológica o cultural)</p>

¿Quién decide?	Estado y pueblos indígenas	Estado	Estado, pero sólo con consentimiento de pueblos
Papel del Estado	<p>Procesal: Genera condiciones para que las autoridades estatales y los pueblos indígenas adopten conjuntamente políticas, planes, programas. Co-decide con pueblos.</p> <p>Sustantivo: -Asegura respeto de prioridades de desarrollo de los pueblos, y -El mejoramiento de la vida de pueblos -No afectar su integridad.</p>	<p>Consulta, busca consentimiento o acuerdo y adopta medida, motivando su acto. -Si se llega a acuerdo, Estado debe cumplirlo. - Si no llega a acuerdo, Estado puede decidir. -Pero siempre debe: En lo procesal, justificar su acto y explicar cómo ha considerado lo que dicen los pueblos, Y en lo sustantivo, asegurar las prioridades de desarrollo de los PI, sus beneficios (no sólo indemnizaciones), y no afectar integridad de PI.</p>	<p>En los casos que se exige este requisito, el Estado sólo puede tomar la decisión en caso que logre el consentimiento de pueblos. No puede adoptar una decisión sin tal consentimiento o sin un procedimiento legal que lo autorice (Ejem. Traslado territorial). -El consentimiento no exime al Estado de asegurar la integridad y desarrollo del PI. Si hubiera certeza de que acto va a afectar o extinguir a un pueblo, el Estado No puede doptar tal acto o medida ni con el consentimiento del PI.</p>

<p>En todos los casos, Estado debe</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Informar de modo previo y completo, y 2. Actuar de buena fe (supone que el Estado decidirá luego del resultado de estos procesos y considerando lo que digan los PI. 3. Si ya tiene una decisión tomada, ejem. una licitación ya concedida, no hay buena fe) 5. Tratar con representantes de los pueblos (no con individuos) 6. Motivar su acto, explicando cómo ha llevado a cabo el proceso y cómo ha considerado lo que dicen los pueblos 7. Garantizar (decida lo que decida) que, en lo sustantivo, <ol style="list-style-type: none"> a) la medida respeta al máximo posible las prioridades de desarrollo de los pueblos; b) el proyecto prioriza el mejoramiento de los pueblos, y c) la medida o proyecto en ningún caso afecta existencia o integridad física o cultural de los pueblos, y toma medidas para minimizar riesgos 		
<p>Papel del pueblo indígena</p>	<p>Participa en la adopción de la decisión conjuntamente con el Estado. Co-decide al ser parte de instancias electivas o representativas, o mediante representación puntual para caso específico.</p>	<p>Participa en el proceso de consulta. Puede dar su consentimiento o, si no, entrar en una negociación para llegar a un acuerdo que le convenga. -Valora y negocia beneficios o ganancias, e indemnizaciones. Puede no llegar a un acuerdo y sabe que el Estado decide motivadamente. PI No decide. Puede reclamar si Estado vulnera derecho a la consulta u otros derechos sustantivos afectados.</p>	<p>Tiene derecho a dar o no dar su consentimiento. No decide, pero la decisión del Estado depende de su consentimiento.</p>

<p>Base Legal</p> <p>Convenio 169 (algunos artículos ilustrativos)</p>	<p>Art. 2 ART. 5 Art. 6,1,b) Art. 6,1,c) (hacia autonomía) Art. 7 Art. 8,1 Art. 15,1 Art. 22,2 Art. 22,3 Art. 23 Art. 25 Art. 27 y fortalecer autonomía Art. 33,2</p>	<p>Art. 6,1, a) Art. 6, 2 Art. 15,2 Art. 17,2 Art. 20 (en co-operación) Art. 22,3 Art. 28,1</p>	<p>Art. 4,2 Art. 16,2 Art. 16,4</p>
<p>Declaración ONU (algunos artículos ilustrativos)</p>	<p>Art. 4, 5 Art. 14,3 Art. 18 Art. 22,2 Art. 23 Art. 27 Art. 29,3 Art. 31,2 Art. 37 Art. 41</p>	<p>En consulta y cooperación Art. 15,2; Art. 17,2 Art. 19 Art. 32,2 Art. 36,2 Art. 38</p>	<p>Art. 10 Art. 19 Art. 28,2 Art. 29,2 Art. 30 Art. 32,2</p>