

## DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LAS DECISIONES DE LOS ASUNTOS QUE LES AFECTAN<sup>1</sup>

\*Raquel Z. Yrigoyen

Instituto Internacional de Derecho y Sociedad- IIDS

### ¿QUÉ DERECHOS TIENEN LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LAS DECISIONES DE ASUNTOS QUE LES AFECTAN?

Considerando el desarrollo del derecho internacional y constitucional a la fecha, cabe anotar por lo menos cuatro tipos de derechos relativos a las atribuciones 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 (derecho a la libre determinación del 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 cuando se puede poner en riesgo derechos fundamentales de los pueblos, como la integridad o el modo de vida y desarrollo.

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

#### 1. 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

\*Abogada peruana, con doctorado en derecho por la Universidad de Barcelona (U.B), Master en sistema penal y problemas sociales (U.B), Especialidad en derecho consuetudinario indígena (UNAM-USAC), Diploma en Estudios Antropológicos (PUCP). Es miembro fundadora del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad- IIDS/ Internacional Institute on Law and Society- IILS ([www.derechoysociedad.org](http://www.derechoysociedad.org)), y del portal [www.Alertanet.org](http://www.Alertanet.org). Correo: [raquelyf@alertanet.org](mailto:raquelyf@alertanet.org).

<sup>1</sup> Este texto constituye un extracto del artículo de la autora "El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento", publicado en: Aparicio, Marco, ed. (2011): Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina. Icaria. Una versión preliminar fue publicada bajo el título: "De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento" (Yrigoyen, 2009), y "Sobre los derechos de participación, consulta y consentimiento. Fundamentos, balance y retos para su implementación" (Sánchez Botero, 2009).

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

- a) 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.
- b) 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.
- c) La sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en el caso Cordillera Escalera reconoce el derecho de los pueblos indígenas a su identidad, a organizarse de manera autónoma y a determinar libremente su modelo de desarrollo. Para

el Tribunal, forman parte del derecho a la identidad indígena:

- d) 31. “(...) a. El **derecho a decidir sobre su propio desarrollo**.  
b. El respeto a sus formas de organización”.
32. (...) Entonces, la **libre autodeterminación es la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros**, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales. (...)”<sup>2</sup>.

## 2. 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.

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Caso Cordillera Escalera. Expediente: N° 03343-2007-PA/TC. Sentencia del 19 de febrero de 2009. Puede encontrarla en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>. (Subrayado mío).

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 **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.

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

- a) 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<sup>3</sup>.
- b) En algunos países, los organismos encargados de las políticas sobre indígenas cuentan con representación

<sup>3</sup> La Ley Orgánica de procesos electorales de Venezuela, No 579, firmada el 31/7/2009. Esta Ley garantiza la participación de comunidades indígenas para postular a distintos cargos y establece circunscripciones electorales indígenas. Hay tres cupos para la representación indígena ante la Asamblea Nacional (art. 180). Para ser candidata o candidato indígena, la persona debe hablar su propio idioma y haber ejercido autoridad en su comunidad, o tener trayectoria conocida, o haber realizado acciones en beneficio de los pueblos indígenas o pertenecer a una organización indígena legalmente reconocida con tres años de funcionamiento (art. 181).

indígena (aunque en su mayoría estos organismos son institucionalmente precarios y cambiantes).

- c) 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).
- d) 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.

### 3. Derecho de los pueblos indígenas de ser consultados frente a medidas concretas que les puedan afectar

Por este derecho de consulta previa 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. Cuando el Estado busca el acuerdo o consentimiento del pueblo indígena es que asume de buena fe que la medida propuesta no es sólo un asunto de "interés general" sino

que beneficiará al pueblo en cuestión. Pues en lo sustantivo, la consulta busca asegurar que el pueblo indígena en cuestión pueda ejercer su derecho a determinar libremente sus prioridades de desarrollo. 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, en principio, el Estado tiene la atribución de tomar una decisión (salvo en los casos en los que se requiere el consentimiento, cuando el asunto está vinculado a derechos fundamentales de los pueblos). Sin embargo, aún cuando el Estado puede tomar la decisión, 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:

- a) ¿Cómo aplicó el derecho de consulta?
- b) ¿Cómo ha tenido en cuenta los planteamientos indígenas?

En cuanto a lo sustantivo, aunque no se llegue a un acuerdo, el Estado debe:

- a) Asegurar, igualmente, el máximo respeto posible a las prioridades de desarrollo de los pueblos.
- b) Priorizar, en caso de proyectos de desarrollo, la mejora de sus condiciones de vida.
- c) Asegurar las indemnizaciones



que correspondan por posibles daños y perjuicios.

- d) Garantizar los beneficios correspondientes, en caso las actividades reporten ganancias.
- e) Garantizar que dicha medida no va a afectar la integridad biológica o cultural de dicho pueblo, adoptando, en todo caso, las medidas correspondientes de minimización de posibles riesgos.

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 que vayan a afectar a pueblos indígenas no exime la relativa a las ganancias o beneficios, que está vinculada a las ganancias proyectadas de la actividad.

En caso de traslados poblacionales y otras medidas concretas que puedan comprometer derechos fundamentales, no basta la consulta, sino que se requiere el consentimiento efectivo, como se indica líneas abajo.

#### 4. 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 puede 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 incluso 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<sup>4</sup>.

Encambio, 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 previstas normativamente (véase abajo) y otras en las que se puede poner en riesgo derechos fundamentales de los pueblos, como la integridad o el modo de subsistencia, como lo ha establecido la jurisprudencia del sistema interamericano.

Situaciones en las que el derecho internacional exige el consentimiento previo libre e informado para el Estado pueda adoptar una decisión (no bastaría la consulta o participación).

Cuadro de las situaciones en las que se exige el consentimiento previo libre e informado

Situaciones en las que se exige consentimiento	Fuentes
<b>1. Traslados poblacionales</b>	<p>Convenio 169, Art. 16. Sólo cabe traslado:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) con el consentimiento libre, previo e informado, o</li> <li>b) al término de procedimientos legales adecuados donde los pueblos estén efectivamente representados.</li> </ul> <p>Declaración ONU Art. 10. Sólo cabe traslados voluntarios:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Con consentimiento previo, libre e informado, y</li> <li>b) Acuerdo previo de indemnización justa y equitativa.</li> </ul>
<b>2. Medidas especiales de salvaguarda</b>	<p>Convenio 169, Art. 4. El Estado no puede adoptar medidas especiales [de salvaguarda] contrarias a los deseos libremente expresados por los pueblos.</p>
<b>3. Almacenamiento o deshecho de materiales peligrosos</b>	<p>Declaración ONU, Art. 29. no se almacenarán ni eliminarán materiales peligrosos en territorios indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.</p>
<b>4. Desarrollo de actividades militares</b>	<p>Declaración ONU, Art. 30. No se desarrollarán actividades militares en territorios indígenas, a menos que:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) lo justifique una amenaza importante</li> <li>b) se hayan acordado libremente con los pueblos indígenas</li> <li>c) éstos lo hayan solicitado.</li> </ul>
<b>5. Megaproyectos que puedan afectar el modo de vida o subsistencia</b>	<p>Sentencia de la CIDH Caso Saramaka vs. Surinam (2007) En caso 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.</p>

<sup>4</sup> “[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, pár. 89).



Tanto el Convenio 169 como la Declaración establecen situaciones en las que el Estado está obligado a obtener el consentimiento previo libre e informado antes de tomar una decisión. Aquí el consentimiento no es sólo la finalidad del procedimiento consultivo, sino un requisito para la decisión estatal.

En el caso del Convenio 169 de la OIT, el Estado está obligado a obtener el consentimiento del pueblo indígena antes de tomar ciertas decisiones en, por lo menos, los casos de traslados poblacionales, medidas especiales de salvaguarda y cuando una medida pueda afectar la integridad de los pueblos:

#### a) Traslados poblacionales.

Para el Convenio 169 de la OIT, en principio, están proscritos los traslados poblacionales. Excepcionalmente, un traslado poblacional puede ser decidido por el Estado sólo en dos posibles circunstancias. O el Estado cuenta con el consentimiento previo, libre e informado del pueblo en cuestión, o tal traslado sólo sería posible al término de un procedimiento legal adecuado donde dicho pueblo haya estado efectivamente representado. Sin cumplir cualquiera de esos dos requisitos, el Estado no puede tomar una decisión de traslado. Este sería el caso, por ejemplo, de traslados poblacionales para hacer represas. En tales casos no bastaría una consulta previa, sino que el Estado no puede tomar la decisión de traslado sin el consentimiento previo libre e informado de dicho pueblo, o al término de procedimientos adecuados

legalmente establecidos que garanticen la representación efectiva de dichos pueblos. Cabe subrayar que la ley que prevé estos procedimientos adecuados debe haber sido previamente consultada a su vez.

#### Convenio 169 de la OIT

Art. 16.1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

Art. 16.2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, **sólo** deberán efectuarse **con su consentimiento**, dado **libremente 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**.

#### b) Medidas de salvaguarda.

El Convenio 169 establece que, cuando el Estado tenga que adoptar medidas especiales de salvaguarda de los pueblos indígenas, la adopción de las mismas sólo puede darse bajo el consentimiento expreso de dichos pueblos. El Estado no puede tomar medidas que vayan en contra de los deseos que dichos pueblos en su libre determinación expresen. Cabe recordar que, históricamente, los estados han adoptado medidas para, supuestamente, favorecer "el

progreso cultural” de los pueblos y se han traducido en hechos de asimilación forzosa e incluso genocidio. Así por ejemplo, está el caso de de niños y niñas indígenas trasladados de sus comunidades a escuelas lejos de sus pueblos o familias no-indígenas, para “integrarlos a la civilización”. De ahí que el Convenio 169 ahora exija a los estados que, para tomar una medida especial de salvaguarda, deba contar con el consentimiento libremente expresado de dicho pueblo. O, contrario sensu, que dicha medida no deba ser contraria a los deseos expresados libremente por los pueblos.

Convenio 169 de la OIT

Art. 4.1. 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**.

Art. 4.2. Tales **medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados**.

La Declaración de Naciones Unidas (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.

a) **Traslados poblacionales.**

Para la Declaración, sólo cabe el traslado o desplazamiento poblacional voluntario.

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.

b) **Almacenamiento o deshecho de materiales peligrosos en territorios indígenas**

Art. 29.2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que **no** se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas **sin su consentimiento libre, previo e informado**.

c) **Realización de actividades militares en territorios indígenas**

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<sup>5</sup>.

En Colombia, la Corte Constitucional ya aplicó el estándar de la sentencia de Saramaka. Esto lo hizo en la acción de Tutela 769/09 del 29 de octubre de 2009, donde la Corte se refirió a la afectación de más de once comunidades indígenas y dos comunidades afrodescendientes, así como un número indeterminado de comunidades campesinas. El Tribunal amparó la acción de tutela porque el procedimiento no informó ni consultó a todas las comunidades directamente afectadas por el proyecto Mandé Norte de exploración y explotación de una mina de cobre, oro, entre otros minerales, en los departamentos de Antioquia y Chocó. Dicho proyecto cubría parte de los territorios del Resguardo Indígena

“Embera de Uradá Jiguamiandó”. La tutela se interpuso contra los Ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; de Defensa; de Protección Social; y de Minas y Energía, por la vulneración de los derechos a la vida, a la seguridad personal, a la consulta previa, a la existencia, a la integridad cultural y social, a la identidad cultural, a la autonomía de las comunidades culturales, entre otros. Esta tutela se basa en la sentencia de la CIDH en el caso Saramaka versus Suriman<sup>6</sup>.

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

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.

<sup>5</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. Puede verse en: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

<sup>6</sup> “[...] [E]sta corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea”. (Resaltado mío). Corte Constitucional de Colombia. Caso Mandé Norte. Sentencia T-769/09 del 29 de octubre de 2009. Véase en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-769-09.htm>

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:

- a) 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).
- b) Que las políticas de desarrollo emprendidas por los estados tengan como prioridad el mejoramiento de las condiciones históricamente melladas de dichos pueblos.
- c) 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

- a) 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;
- b) Si las políticas o programas de desarrollo tienen como prioridad el mejoramiento de las condiciones de salud, trabajo, vida de los pueblos, y
- c) 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.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anaya, S. J. (2004). "International human rights and indigenous peoples: The move toward the multicultural state", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 21, núm. 1, pp. 13-62.

Clavero, B. (1986), *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo XXI Editores, México.

Sánchez Botero, E. (2009), "Sobre los derechos de participación, consulta y consentimiento. Fundamentos, balance y retos para su implementación", en *Consulta Previa. Experiencias y aprendizajes*. ANH, Instituto Colombiano de Antropología e Historia y Ministerio de Minas y Energía, Bogotá, pp. 101-140.

Yrigoyen Fajardo, R. (2006), "Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino", en Berraondo, M. (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 537-567.

Yrigoyen Fajardo, R. (2009), "De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento", *Revista El Otro Derecho*, núm. 40, ILSA, Bogotá, pp. 11-53.

Yrigoyen Fajardo, R., ed. (2010), *Pueblos indígenas, constituciones y reformas políticas en América Latina*. Lima, IIDS, ILSA, INESC.