

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Núm. 76

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Derecho Internacional

Amelia Alva Arévalo

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Núm. 76

El derecho a la consulta previa
de los pueblos indígenas en
Derecho Internacional

Amelia Alva Arévalo

Bilbao
Universidad de Deusto
2014

CONSEJO DE REDACCIÓN

Felipe Gómez Isa, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Trinidad L. Vicente, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Cristina de la Cruz, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.

CONSEJO EDITORIAL

Anja Mihr, Investigadora del Human Rights Center de la Universidad de Utrecht, Holanda.
Antoni Blanc Altemir, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Lleida.
Bartolomé Clavero, Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla y miembro del Foro de las Naciones Unidas para Asuntos Indígenas.
Carlos Villán Durán, Presidente de la Asociación Española para la Promoción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
Carmen Márquez, Catedrática de Derecho Internacional Público, Universidad de Sevilla.
Cristina Churrua, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Eduardo J. Ruiz Vieytes, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Fernando Fantova, consultor en temas relacionados con los servicios sociales, Bilbao.
Francisco López Bárcenas, Academia Mexicana de Derechos Humanos, México.
Gaby Oré Aguilar, consultora internacional en el campo de los derechos humanos y el género y miembro de Human Rights Ahead, Madrid.
Gloria Ramírez, Catedrática de Ciencia Política de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México.
Gorka Urrutia, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Jaume Saura, Presidente del Institut de Drets Humans de Catalunya, Barcelona.
Joana Abrisketa, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Jordi Bonet, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona.
José Aylwin, Director del Observatorio de Derechos Ciudadanos, Temuco, Chile.
José Luis Gómez del Prado, miembro del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de Mercenarios, Ginebra, Suiza.
José Manuel Pureza, Centro de Estudios Sociales, Universidad de Coimbra, Portugal.
Judith Salgado, Programa Andino de Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.
Koen de Feyter, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Amberes, Bélgica.
Manuela Mesa, Directora del Centro de Educación e Investigación para la Paz, CEIPAZ, Madrid.
Noé Cornago, Profesor Titular de Relaciones Internacionales de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Leioa.
Pablo de Greiff, International Center on Transnational Justice, New York.
Víctor Toledo Llancaqueo, Centro de Políticas Públicas, Universidad ARCIS, Santiago, Chile.
Vidal Martín, investigador de la Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, FRIDE, Madrid.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org<<http://www.cedro.org>>) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Índice

Introducción	9
1. Fundamentación del derecho a la consulta previa	17
1.1. Reconocimiento de la naturaleza colectiva de los Derechos Humanos	19
1.2. El Reconocimiento de la capacidad jurídica a los pueblos indígenas y la conformación de una ciudadanía multicultural	22
1.3. Los pueblos indígenas y su derecho a la libre determinación	24
2. Marco jurídico internacional del derecho a la consulta previa	31
2.1. Los Convenios de la OIT (Nos. 107 y 169)	31
2.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración)	40
2.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)	45
2.4. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD)	47
2.5. Normas sobre derechos humanos aplicables a la región americana	50
2.6. La consulta previa en el Sistema Africano de Derechos Humanos	52
3. Aspectos fundamentales sobre el derecho a la consulta previa	55
3.1. Aplicación personal	55
3.2. Alcance material	62
3.2.1. Sobre medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles directamente	63
3.2.2. Realización de actividades extractivas	66
3.2.3. Traslado de territorios indígenas	70
3.2.4. Militarización de territorios indígenas	72

3.3. Forma de aplicación	73
3.3.1. Carácter previo de la consulta	75
3.3.2. Información como parte de la consulta	76
3.3.3. Actuación de buena fe entre las partes	77
3.3.4. Implementación de procedimientos apropiados	77
3.3.5. Participación de las instituciones representativas indígenas	78
3.3.6. Su finalidad debe ser lograr un acuerdo o el consentimiento	
de los pueblos indígenas.	79
3.3.7. La consulta previa como un proceso de diálogo fomenta	
el cumplimiento de los acuerdos	81
3.4. Obligatoriedad de la consulta previa	83
3.4.1. El deber de consultar dimana de la obligación de los Es-	
tados de cumplir con los tratados	83
3.5. Entidades relacionadas al proceso de consulta previa	87
3.5.1. El rol de las empresas en la celebración de consultas . . .	87
3.5.2. El rol de los organismos financieros sobre la celebración	
de consultas	90
4. Consulta o consentimiento: ¿existe un tránsito de la consulta al	
consentimiento?	95
5. El derecho a la consulta previa en los sistemas regionales de de-	
rechos humanos.	99
5.1. La consulta previa en el Sistema Interamericano de Derechos	
Humanos	99
5.1.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos	
(CIDH)	99
5.1.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos	
(CorteIDH)	101
5.2. La consulta previa en el Sistema Africano de Derechos Humanos	106
Apreciaciones finales	113

Introducción

Este estudio* tiene como objetivo explicar el fundamento y contenido del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas desde la perspectiva del derecho internacional, en tal sentido, solamente voy a referirme a los pronunciamientos de las organizaciones internacionales que vienen desarrollando este derecho. Por lo tanto, obviaré las referencias a casos cubiertos por el derecho interno, salvo algunas cuando se necesite profundizar información sobre un tema en particular. De la misma manera, creo conveniente expresar que mi interés por realizar un estudio sobre la consulta previa responde a la trascendencia que tiene este derecho en la vida de los pueblos indígenas. A mi entender, su reconocimiento y su ejercicio, podría incluirlos en los procesos de adquisición de decisiones estatales sobre los asuntos que les afectan directamente. Al mismo tiempo que podría permitirles proteger y preservar sus costumbres, sus modos de vida y el medio que los rodea, asegurándoles de esta manera su supervivencia.

El ejercicio de este derecho viabiliza el diálogo, lo cual significa que las partes deben estar predispuestas a aceptar posiciones diferentes a las suyas. Dialogar significa armonizar propuestas, las que a su vez deberán ser expresadas con conocimiento de causa y de los derechos en juego. Si estos procesos de diálogo son realizados atendiendo a las particularidades de la medida y del pueblo afectado, y si las partes se comprometen a cumplir los acuerdos arribados, podrían evitarse situaciones conflictivas o mitigarse las ya desatadas. En consecuencia, la importancia de la consulta previa también radicaría en evitar la conflictividad social, lo cual a su vez promueve la gobernanza y la paz social.¹

* Agradezco los comentarios y sugerencias de: Paola Acosta Alvarado, Clara Burbano Herrera, Yves Haeck, Ellen Desmet y Felipe Gómez Isa.

¹ El Relator James Anaya advierte que «la falta de un mecanismo para reivindicar los derechos legítimos de los pueblos indígenas para ser consultados o a proteger sus derechos de tierras y territorios, podría contribuir a que los pueblos indígenas se sien-

Por el derecho a la consulta previa, los gobiernos tienen el deber de escuchar y considerar las opiniones de los pueblos indígenas. Así como estos, por primera vez, tienen la posibilidad de emitir su opinión y decidir.² Por este derecho, además, los pueblos pueden empoderarse y confrontar la marginación histórica de la que son objeto. En especial, en los casos relacionados a las actividades extractivas, cuya ejecución repite relaciones desiguales de poder, lo cual agrava la situación de sus derechos humanos. Estas actividades extractivas están en continua expansión especialmente sobre territorios indígenas.³ Su funcionamiento envuelve a actores con diferentes poderes y facultades, quienes defienden sus propios intereses: corporaciones transnacionales, instituciones financieras multilaterales y los Estados parecen estar en un lado; organizaciones indígenas, frecuentemente asesoradas por organismos no gubernamentales nacionales e internacionales, por otro. En el medio, organismos de las Naciones Unidas y otros organismos regionales, particularmente la OEA, emi-

tan sin opciones adecuadas para la defensa de sus derechos y, por ende, opten por la protesta social, que en algunos casos, podría resultar la comisión de actos contrarios a la ley. Asimismo, observa que uno de los efectos colaterales de la criminalización de la protesta, en casos no justificados, es la creación de una dinámica que podría generar una falta de confianza entre los pueblos indígenas y las autoridades estatales, con efectos negativos sobre la convivencia y legitimidad democrática». Ver: ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe Especial del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, *Observaciones sobre la situación de los pueblos indígenas de la Amazonia y los sucesos del 5 de junio y días posteriores en las provincias de Bagua y Utcubamba, Perú*, Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.8, 18 de agosto de 2009, párr. 50.

² ONU, Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción a las industrias extractivas.*, Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2012/2, 30 de abril de 2012, párr. 29. Ver también: Bebbington, Anthony y Humphreys Bebbington, Denisse (2010): *An Andean Avatar: post-neoliberal strategies for promoting extractive industries*. Brooks World Poverty Institute, Manchester University, 117 p.

³ Como ejemplo se pueden nombrar los casos del pueblo Wixarika (México) cuyo territorio fue concesionado sin consulta a la compañía canadiense First Majestic Silver Corp; de la Comarca Ngäbe-Buglé (Panamá), cuyos territorios sagrados están siendo amenazados por una compañía minera de oro y cobre; los trabajos exploratorios de gas en la reserva territorial de los pueblos Kuyapakori Nahua Nanti por la empresa Plus-petrol (Perú); la afectación del pueblo Shuar por el proyecto minero Mirador en la zona de Morona Santiago (Ecuador); la amenaza sobre los territorios de la nación Tsilhqot'in por los proyectos mineros desarrollados en la provincia de British Columbia, especialmente el Teztan Biny (Fish Lake) y la Región Nabas (Canadá); la lucha del pueblo Te Whānau-ā-Apanui (*Māori iwi*) contra la compañía brasileña Petrobras, que consiguió una concesión de exploración de petróleo en sus territorios, la cuenca del Raukumara (Nueva Zelanda) o de los pueblos Ifugao quienes son afectados por el proyecto minero de Didipio (Filipinas).

ten reportes,⁴ recomendaciones⁵ y sentencias⁶ urgiendo a los Estados el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Estos organismos de derechos humanos afirman la necesidad de realizar consultas y obtener

⁴ Entre los que se pueden mencionar los Informes Anuales del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ante el Consejo de Derechos Humanos: *Industrias Extractivas y Pueblos Indígenas*, Doc. ONU A/HRC/24/41, 1 de julio de 2013; *avances logrados en el estudio sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con las industrias extractivas*, Doc. ONU A/HRC/21/47, 6 de julio de 2012; *Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos*, Doc. ONU A/HRC/18/35, 11 de Julio de 2011; *La responsabilidad de las empresas en relación con los derechos de los pueblos indígenas*, Doc. ONU A/HRC/15/37, 19 de Julio de 2010; *Una cuestión fundamental: el deber de celebrar consultas*, Doc. ONU. A/HRC/12/34, 15 de Julio de 2009; *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65.º de la Comisión*, Doc. ONU E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003. Los informes especiales del Relator James Anaya en relación a la consulta son: *Consulta sobre la situación de los pueblos indígenas en Asia*, Doc. ONU A/HRC/24/41/Add.3, 31 de julio de 2009; *Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador*, Doc. ONU A/HRC/9/9/Add.1, junio de 2008; *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, 24 de abril de 2009; *Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan 75 (Panamá)*, Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.5, 7 de septiembre de 2009; *Observaciones sobre la situación de los pueblos indígenas de la Amazonia y los sucesos del 5 de junio y días posteriores en las provincias de Bagua y Utcubamba, Perú*, Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.8, 18 de agosto de 2009; *Nota preliminar sobre la aplicación del principio de consulta con los pueblos indígenas en Guatemala y el caso de la mina Marlin*, Doc. ONU A/HRC/15/37/Add.8, 8 de Julio de 2010. Entre los Informes del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se puede mencionar a los siguientes: *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2010/2, 17 de mayo de 2010; *Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas*, Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2012/2, 30 de abril de 2012; *Informe definitivo del Estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones* Doc. ONU A/HRC/18/42, 17 de agosto de 2011. Sobre la Organización Internacional del Trabajo se pueden citar los informes del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 100.ª Reunión, 2011; Organización Internacional del Trabajo y la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, *Overview Report of the Research Project by the OIT and the African Commission on Human and Peoples' Rights on the Constitutional and legislative protection of the rights of indigenous peoples in 24 African countries*, 2009. Entre los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.LV/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009; *Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*, OEA/Ser.LV/II. Doc. 58, 24 de diciembre de 2009; *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, OEA/Ser.LV/II.108. Doc. 62, 20 de Octubre de 2000.

⁵ La mayoría de recomendaciones están incluidas en observaciones finales a los Estados. Las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas relacionadas al deber de consultar son las siguientes: *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Paraguay adoptada por el Comité en su 107.º período de sesiones (11 a 28 de marzo de 2013)*, Doc. ONU CCPR/C/PRY/CO/3, 29 de abril de 2013, párr. 27; *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Perú, adoptado por el Comité en su 107.º período de sesiones (11 a 28 de marzo de 2013): Comité de Derechos Humanos*, Doc. ONU CCPR/C/PER/CO/5, 29 de abril de 2013, párr. 24; *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Guatemala*, Doc. ONU CCPR/C/GTM/CO/3, 19 de abril de 2012, párr. 27; *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: El Salvador*, Doc. ONU CCPR/C/SLV/CO/6, 18 de noviembre de 2010, párr. 18; *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: México*, Doc. ONU CCPR/C/MEX/CO/5, 2010, párr. 22; *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República Unida de Tanzania*, Doc. ONU CCPR/C/TZA/CO/4, 6 de agosto de 2009, párr. 26; *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Australia*, Doc. ONU CCPR/C/AUS/CO/5, 7 de mayo de 2009, párrs. 13 y 16; *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Botswana*, Doc. ONU CCPR/C/BWA/CO/1, 24 de abril de 2008, párr. 24; *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Canadá*, Doc. ONU CCPR/C/CAN/CO/5, 20 de abril de 2006, párrs. 9 y 22; *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile*, Doc. ONU CCPR/C/CHL/CO/5, 18 de mayo de 2007, párr. 19;

Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia, Doc. ONU CCPR/C/COL/CO/6, 4 de agosto de 2010, párr. 25; *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Nueva Zelanda*, Doc. ONU CCPR/C/NZL/CO/5, 7 de abril de 2010, párrs. 19 y 20; *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Suecia*, Doc. ONU CCPR/C/SWE/CO/6, 7 de mayo de 2009, párr. 20. Las observaciones finales del Comité para la Discriminación Racial en relación a la consulta previa son: *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención: Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Argentina*, Doc. ONU CERD/C/ARG/CO/19-20, 29 de marzo de 2010, párr. 26; *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención: Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Australia*, Doc. ONU CERD/C/AUS/CO/15-17, 13 de setiembre de 2010, párr. 16; *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: (Plurinacional Estado de) Bolivia*, Doc. ONU CERD/C/BOL/CO/17-20, 8 de abril de 2011, párr. 20; *Observaciones finales sobre los informes periódicos 20.º a 22.º de la Federación de Rusia, aprobadas por el Comité en su 82.º período de sesiones*, Doc. ONU CERD/C/RUS/CO/20-22, 17 de abril de 2013, párr. 20(d); *Observaciones finales sobre los informes periódicos 18.º a 20.º de Nueva Zelanda, aprobadas por el Comité en su 82.º período de sesiones (11 de febrero a 1 de marzo de 2013)*, Doc. ONU CERD/C/NZL/

CO/18-20, 17 de abril de 2013, párr. 7; *Observaciones finales sobre los informes periódicos 18.º a 20.º de Fiji, aprobadas por el Comité en su 81.º período de sesiones (6 a 31 de agosto de 2012)*, Doc. ONU, CERD/C/FJI/CO/18-20, 23 de octubre de 2012, párr. 14; *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 9 de la Convención: Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Viet Nam*, Doc. ONU CERD/C/VNM/CO/10-14, 16 de abril de 2012, párr. 13; *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 9 de la Convención: Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Canadá*, Doc. ONU CERD/C/CAN/CO/19-20, 9 de marzo de 2012, párrs. 19 y 20; *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 9 de la Convención: Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Noruega*, Doc. ONU CERD/C/NOR/CO/19-20, 8 de abril 2011, párr. 18; *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 9 de la Convención: Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Rwanda*, Doc. ONU CERD/C/RWA/CO/13-17, 19 de abril de 2011), párr. 17; *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 9 de la Convención: Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: República Democrática Popular Lao*, Doc. ONU CERD/C/LAO/CO/16-18, 9 de marzo de 2012, párrs. 17 y 18. Los documentos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales son: *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo a cuarto combinados de Rwanda, aprobadas por el Comité en su 50.º período de sesiones (29 de abril a 17 de mayo de 2013)*, Doc. ONU E/C.12/RWA/CO/2-4, 10 de junio de 2013, párrs. 23 y 24; *Observaciones finales del Comité sobre el tercer informe periódico de Ecuador, aprobadas por el Comité en su 49.º período de sesiones, 14 al 30 de noviembre de 2012*, Doc. ONU E/C.12/EQU/CO/3, 13 de diciembre de 2012, párr. 9; *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 48.º período de sesiones: Etiopía*, Doc. ONU E/C.12/ETH/CO/1-3, 31 de mayo de 2012, párrs. 21 y 24; *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto: Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Perú*, Doc. ONU E/C.12/PER/CO/2-4, 30 de mayo de 2012, párr. 23; *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto: Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Argentina*, Doc. ONU E/C.12/ARG/CO/3, 14 de diciembre de 2011, párr. 9; *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto: Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Sri Lanka*, Doc. ONU E/C.12/LKA/CO/2-4, 9 de diciembre de 2010, párr. 11; *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto: Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Cambodia*, Doc. ONU E/C.12/KHM/CO/1, 12 de junio de 2009, párr. 16; *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto: Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Chad*, Doc. ONU E/C.12/TCD/CO/3, 16 de diciembre de 2009, párr. 15. El Comité de los Derechos del Niño también se ha referido al derecho a la consulta previa: *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 8 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, Observaciones finales: Colombia*, Doc. ONU CRC/C/OPAC/COL/CO/1, 21 de junio de 2010, párr. 27(a). También se pueden mencionar las recomendaciones de las Naciones Unidas dadas en los siguientes Observaciones Generales: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general N.º 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a)*, del Pacto Interna-

el consentimiento libre, previo e informado toda vez que se planee iniciar cualquier actividad que amenace su derecho de propiedad sobre sus territorios, su derecho a existir como grupo culturalmente diferenciado o su derecho a decidir libremente el modelo de desarrollo que quieren para sí.

Tomando en consideración el sistema internacional de los derechos humanos, la consulta previa es un derecho emergente, recientemente reconocido.⁷ El Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante, C169)⁸ es el primer instrumento internacional que expresamente se refiere a él. Aquí, el derecho a la consulta previa, junto a otros derechos participativos, conforman un marco jurídico que promueve el involucramiento directo de los pueblos indígenas en los procesos de decisiones. Este reconocimiento significa el distanciamiento del modelo integracionista asumido por el Convenio No. 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales⁹ (en adelante, C107), según el cual fueron vistos como simples receptores de los planes gubernamentales y no como protagonistas de su propio destino.

cional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. ONU E/C.2/GC/21, 21 de diciembre de 2009, párrs. 16(c) y 54(c); Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 23 «Los derechos de las minorías (artículo 27)»*, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 8 de abril de 1994, párr. 7; Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N.º 11 (2009) «Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención»* Doc. ONU CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009, párrs. 19, 20, 31, 48 y 60.

⁶ Por ejemplo: Comité de Derechos Humanos, *Poma Poma v. Perú*, Comm. 1457/2006, Doc. ONU CCPR/C/95/D/1457/2006 (2009); Comité de Derechos Humanos, *Apirana Mahui-ka y Otros v. Nueva Zelanda*, Comm. 547/1993, Doc. ONU CCPR/C/70/D/547/1993 (2000); Comité de Derechos Humanos, *Jouni E. Lansam y Otros v. Finlandia*, Comm. 671/1995 UN Doc. CCPR/C/58/D/671/1995 (1996); CortelDH, *pueblo Saramaka v. Suriname (Sentencia)*, 28 de noviembre de 2007 (Serie C No. 172); CortelDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador (Sentencia)*, 27 de junio de 2002 (Serie C No. 245).

⁷ Convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁸ Convenio No. 169, sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado en Ginebra, 76.º sesión, Conferencia Internacional del Trabajo, (27 de Junio de 1989), entró en vigor el 05 de septiembre de 1991. Este Convenio ha sido ratificado por los siguientes países: Argentina, Estado Plurinacional de Bolivia, Brasil, República Centroafricana, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, España, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú y República Bolivariana de Venezuela.

⁹ Convenio No. 107, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, adoptado en Ginebra, 40.ª Reunión, Conferencia Internacional del Trabajo, (26 de junio de 1957), entró en vigor el 2 de junio de 1959. Al principio, este Convenio fue ratificado por 27 países, pero en la actualidad aun es efectivo solamente en 17 de esos países: Angola, Bangladesh, Bélgica, Cuba, República Dominicana, Egipto, El Salvador, Ghana, Guinea-Bissau, Haití, India, Iraq, Malawi, Pakistán, Panamá, Siria y Túnez.

Considero pertinente advertir que este artículo pondrá especial énfasis a la consulta previa sobre actividades extractivas. Esto no significa que este derecho pueda ser solamente aplicado a este supuesto, los pueblos indígenas pueden invocar la consulta previa para todas las medidas que adopte el Estado y que puedan afectarles (educación intercultural, construcción de infraestructura, elaboración de programas de acceso a la justicia, por citar unos ejemplos). En tal sentido, la consulta sobre actividades extractivas es un aspecto más a consultar, y se considera atenderlo con mayor atención, ya que resulta importante por el conjunto de derechos que están en juego (derecho al territorio, a las tierras, a la identidad cultural, al desarrollo).

En la primera parte de este estudio trataré de explicar la fundamentación del derecho a la consulta previa. En la segunda parte, analizaré los principales instrumentos que a nivel internacional y regional la regulan, tomando especial atención al C169, C107 y a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, Declaración), en el sentido que estos instrumentos tienen normas específicas sobre esta materia. En la tercera parte se desarrollarán los aspectos claves de la consulta (tales como su aplicación personal, temporal, material y su obligatoriedad). En la cuarta parte trataré uno de los más importantes temas relacionados a este derecho, que es el requerimiento del consentimiento libre, previo e informado en casos que envuelven proyectos extractivos. En la última parte, analizaré el enfoque de los sistemas regionales de derechos humanos sobre la consulta previa, en particular, el Interamericano y el Africano. Finalmente, se presentarán las conclusiones.¹⁰

¹⁰ Consulta - acuerdo - consentimiento son tres términos que se mencionan en los tres instrumentos internacionales hasta ahora presentados, por lo tanto su significado es un aspecto fundamental que conviene aclarar. La *consulta previa* es un derecho mediante el cual los pueblos indígenas pueden conocer, dialogar y opinar sobre alguna medida determinada. Esto implica la obligación del Estado de recoger sus apreciaciones, y de dar una justificación cuando no se las tome en cuenta. De ninguna manera la consulta deberá ser considerada como un simple medio para legalizar los actos estatales. El *acuerdo* como un resultado posible de la consulta, implica un cierto grado de aceptación de la medida, más no significa que se consienta la totalidad de ella. Sostiene Mackay que el acuerdo es visto por los Estados para cumplir con los estándares internacionales, ya que estos solamente se limitan a intentar conseguirlo para actuar de conformidad con el derecho internacional. Por último, al derecho a consentir se le otorga un significado más *fuerte* que el de la consulta y el acuerdo y se le asocia con el poder o derecho a vetar las decisiones estatales. Ver: MacKay, Fergus (1999): *Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional. Una fuente instrumental para las organizaciones indígenas*, Asociación Pro Derechos Humanos (Ed.), Lima, pp. 76-77; Rodríguez Garavito, César (2012): *Etnicidad.gov Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá. pp. 41-44.

1. Fundamentación del derecho a la consulta previa

Determinar la fundamentación del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados resulta obligatorio si se quiere entender a cabalidad este derecho. En esta sección se expondrán, en primer lugar, algunos conceptos que han servido de condición para su surgimiento. Estos conceptos son el reconocimiento de la naturaleza colectiva de los derechos humanos, el reconocimiento de la capacidad legal de los pueblos indígenas y la creación de la ciudadanía multicultural. En segundo lugar, analizaré el derecho a la libre determinación, como derecho que permite a los pueblos indígenas tomar decisiones de acuerdo a su propia visión e intereses.

Previamente, se debe señalar que el reconocimiento del derecho a la consulta de los pueblos indígenas ha sido tardío. Una de las razones que pudo haber contribuido al reconocimiento de este derecho, es la evolución de los conceptos de democracia y soberanía popular. Estos conceptos se oponen al gobierno por imposición y obligan al Estado a dialogar hasta consensuar u obtener el consentimiento antes de tomar una decisión.¹¹ Con estos nuevos conceptos, los ciudadanos no están más limitados a elegir y ser elegidos en un proceso electoral, ellos tienen la posibilidad de acceder permanentemente a los asuntos estatales a través de diferentes maneras: solicitud de información, rendición de cuentas, consultas locales, participación en audiencias, entre otros. Es decir, de una situación pasiva, los ciudadanos pueden ahora participar

¹¹ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe Anual del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 41.

activamente en los asuntos políticos.¹² Particularmente, para los pueblos indígenas, la evolución del concepto de democracia ha significado el repensar el concepto de ciudadanía y la adquisición de mayores garantías para el cumplimiento de sus derechos.¹³

Ante esta apertura de los asuntos estatales, cada ciudadano tiene además el derecho de vigilar y proponer. Considerando que los indígenas también son ciudadanos, les corresponde el derecho de participar en todos los asuntos públicos, esto desde una perspectiva de los derechos individuales. En el caso del derecho a la consulta previa, al ser de naturaleza colectiva, el panorama resulta más complejo. Más aun cuando es observada por una ideología individualista sobre el cual están contruidos los Estados modernos,¹⁴ la misma que ha marginado y excluido a la colectividad y que ha sido incapaz de atender con eficiencia los intereses y preocupaciones de los pueblos indígenas.

Por lo tanto, el primer aspecto a tomar en cuenta es que bajo una visión individualista, y si se alega el principio de igualdad, todos los miembros de un Estado, sean o no indígenas, tienen el derecho a ser consultados. La consulta previa a la que nos referimos es aplicada a una colectividad, en este caso un pueblo o comunidad que, por sus características especiales, necesita de la implementación de mecanismos y principios también especiales, que solo pueden ser aplicados a un grupo diferenciado del resto de la sociedad. En este orden, una ley de consulta previa como medida especial no debe ser considerada discriminatoria, por el contrario, para esta situación es aplicable el principio del derecho internacional que sostiene que el trato desigual para personas que se encuentran en condiciones desiguales no se enmarca dentro del concepto de discriminación no permitida.¹⁵

¹² Oliet Palá, Alberto, «Participación política y representación de intereses». En: Valencia Sáinz, Ángel (1998): *Participación y representación políticas en las sociedades Multiculturales*. Universidad de Málaga, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Málaga, España, p. 86.

¹³ Sieder, Rachel (2002): *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Palgrave Macmillan, New York, p. 6.

¹⁴ Oliva Martínez, Daniel, «Un intento de fundamentación de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el ordenamiento internacional». En: Aparicio Wilhelmi, Marco (2005): *Caminos hacia el reconocimiento: pueblos indígenas, derechos y pluralismo*, Universidad de Girona, p. 51. VARESE, Stefano, «Indigenous peoples contesting State nationalism and corporate globalism» p. 259-261. En: Chomsky, Noam, Meyer, Lois y Maldonado, Benjamin (2010): *New world of indigenous resistance: Noam Chomsky and Voices from North, South and Central America*, 415 p.

¹⁵ La Corte sostiene su fundamento en el artículo 1.4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el cual textualmente establece que «[l]as **medidas especiales** adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el

1.1. Reconocimiento de la naturaleza colectiva de los Derechos Humanos

En consideración con la afirmación que la consulta previa es un derecho de carácter colectivo, conviene encargarnos de este concepto para facilitar la comprensión de su fundamento. Es indudable que en el derecho internacional existe un debate significativo, especialmente en el campo de los derechos humanos, sobre la existencia de derechos colectivos, y su relación con los tradicionalmente reconocidos derechos individuales. Esto debido a que durante las últimas décadas ha surgido una vertiente que resalta los elementos culturales diferenciados de grupos y formas asociativas independientes de las estructuras estatales, a las cuales se les debe reconocer derechos.¹⁶

Sobre la existencia de los derechos individuales parece no haber discusión. Si se considera la teoría política que sostiene la formación de los Estados, estos pueden ser concebidos como una garantía de los indivi-

adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales **no se considerarán como medidas de discriminación racial**, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron» (énfasis añadido). Ver: CortelDH, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 103. También se recomienda consultar: Margalit, Avishai y Halbertal, Moshe (1994): «Liberalism and the Right to Culture», *Social Research*, Vol. 61, No. 3, pp. 491-510; Selamé, Nicole y Villavicencio, Luis (2011): «Liberalismo, multiculturalismo y estado de bienestar», *Ideas y Valores*, Vol. LX, No. 146, August, Bogotá, Colombia, pp. 111-140.

¹⁶ Sieder, Rachel, *op. cit.*, p. 3; Stavenhagen, Rodolfo (1996): *Ethnic Conflicts and the Nation-State*, United Nations Research Institute for Social Development, p. 324. En su estudio sobre la existencia de derechos colectivos, Sanders sostiene que en las últimas décadas ha surgido un «ethnic revival» [un renacer étnico], el cual «has produced new ideas about cultural and social organization. States are now having to make important choices involving the autonomy, integration, and cultural characteristics of minority populations» [ha producido nuevas ideas sobre la organización social y cultural. Ahora los Estados tienen que tomar decisiones importantes involucrando la autonomía, integración y características culturales de la población minoritaria]. Ver: Sanders, Douglas (1991): «Collective Rights». *Human Rights Quarterly*, Vol. 13, p. 372 y pp. 368-370, 373-374; Van Dyke, Vernon (1982): «Collective Entities and Moral Rights: Problems in Liberal-Democratic Thought», *The Journal of Politics*, Vol. 44, No. 1, pp. 36-37. Existen otras posiciones que cuestionan la posibilidad que las minorías culturales sean sujetos de derechos colectivos: Kukathas, Chandran (1992): «Are There Any Cultural Rights?», *Political Theory*, Vol. 20, No. 1, febrero, pp. 105-139.

duos frente al poder estatal.¹⁷ Los derechos colectivos son diferentes, sus titulares son grupos de personas que pueden invocar su respeto y cumplimiento solamente mediante una entidad colectiva y los agentes autorizados de dicha entidad.¹⁸ Los derechos colectivos tienen su fundamento en la protección del enfoque particular de grupos como los pueblos indígenas, que tienen sus propias relaciones interpersonales, sociales y políticas.¹⁹ Para los fines de este estudio, debo señalar que soy partidaria de la existencia de derechos colectivos y que los pueblos indígenas pueden ejercerlos, ya que reúnen condiciones especiales.²⁰

En relación con los primeros instrumentos de derechos humanos, bajo los preceptos del individualismo, universalismo e igualdad, los seres humanos fueron abstraídos de sus diferencias, a pesar de la existencia de entornos culturales propios. Por ejemplo, el artículo 27 del PIDCP fue diseñado para ser aplicado a individuos pertenecientes a una minoría.²¹ Con el pasar de los años y gradualmente, se empezó a advertir la existencia de derechos de carácter colectivo. En particular, para los pueblos indígenas, el punto de quiebre lo constituye la adopción del C169, el cual reconoce derechos colectivos a los grupos, pueblos o comunidades.²²

Así, el Convenio No. 169 «rompe con el paradigma tradicional de los derechos fundamentales, que siempre consideraron a un ciudadano como un individuo aislado de su comunidad o pueblo y de sus relaciones culturales».²³ Este instrumento se aparta de su antecesor, el

¹⁷ La concepción individualista busca asegurar la unidad del Estado, integrar y asimilar a grupos culturalmente diferentes. De acuerdo a ella, los pueblos no pueden ser tomados como una entidad política diferente al Estado. Ver: Van Dyke, Vemon, *op. cit.* pp. 29, 30 y 36.

¹⁸ Wiessner, Siegfried (1999): «Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis», *Harvard Human Rights Journal*, Vol 12, Harvard University Press, pp. 57-128, p.120.

¹⁹ Wiessner señala que las sociedades indígenas, a diferencia de las occidentales, son horizontales y no verticales; que consisten en una «network of personal relationships» y sus naciones no son como los estados-naciones constituidos en el mundo occidental; su cultura diferenciada significa la existencia de procesos internos propios para tomar decisiones sobre todos los asuntos que se presentan en su comunidad, en particular sobre los asuntos relacionados al control y al uso de sus tierras. Ver: *Ibidem*, p. 121.

²⁰ Galenkamp, Elisabeth Margaretha (1993): *Individualism versus Collectivism. The Concept of Collective Rights*, Universidad Erasmus de Rotterdam, p. 110-121.

²¹ *Ibidem*, p. 41-42.

²² Kempf, Isabel «Resistiendo al viento: Avances y retrocesos en el desarrollo de los derechos de los Pueblos Indígenas en las Naciones Unidas». En: Martí i Puig, Salvador (2007): *Pueblos Indígenas en América Latina. Política y Derechos*, CIDOB, Barcelona.

²³ Chujj, Mónica (2010): *Derechos colectivos y nacionalidades. Evaluación de una década 1998-2008*, IWGIA, Quito, p. 27.

Convenio No. 107, que solo reconoce derechos a los miembros de las poblaciones indígenas, mas no a los pueblos considerados como una colectividad. Tal como lo advierte Anaya, el C107 sostiene «la dicotomía normativa entre individuo/Estado de origen europeo y la correspondiente noción de un Estado-nación culturalmente homogéneo».²⁴ En este sentido, los derechos colectivos vendrían a ser una evolución del concepto individualista concebido tempranamente en las Naciones Unidas bajo la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En opinión de la CIDH, la aplicación complementaria de los derechos colectivos e individuales permitirá el goce pleno de todos los derechos humanos.²⁵ Por su parte, Kymlicka considera que la discusión no debe focalizarse en la primacía de los derechos colectivos sobre los derechos individuales (o viceversa), ya que existen derechos diferenciados en función del grupo que pueden ser diferenciados individualmente, «la mayoría de tales derechos no tienen que ver con la primacía de las comunidades sobre los individuos, sino que se basan en la idea de que la justicia entre grupos exige que a los miembros de grupos diferentes se les conceden derechos diferentes».²⁶ Es decir, basado en la idea de justicia, Kymlicka sostiene que grupos diferentes (como los pueblos indígenas) al gozar de derechos diferentes podrán convivir en igualdad de condiciones junto a otros grupos que pueden ejercer normalmente sus derechos.²⁷

La discusión del carácter colectivo de los derechos ha llevado a considerar la existencia de dos tipos de ciudadanía: una individual y la otra colectiva, a las cuales se les atribuiría un tipo de Estado que permita el goce de derechos. A la ciudadanía individual, le correspondería el Estado libe-

²⁴ Anaya, James (2005): *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Universidad Internacional de Andalucía, editorial Trotta, p. 89.

²⁵ Al respecto, la CIDH advierte que los antecedentes jurídicos de los derechos colectivos se encuentran en una interpretación conjunta del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 27 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos. Aunque ambos instrumentos se caracterizan básicamente en el reconocimiento de derechos individuales, a su vez ambos reconocen la existencia de derechos que solo podrían ser gozados dentro de una colectividad. CIDH, *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, OEA/Ser.L/VII.108 Doc. 62, 20 de octubre de 2000.

²⁶ Kymlicka, William (1996): *Ciudadanía Multicultural: Una teoría liberal de los derechos de minorías*, ediciones Paidós Estado y Sociedad, p. 76.

²⁷ De hecho, algunos autores consideran estéril el debate sobre derechos individuales y derechos colectivos. Triggs sostiene que los derechos individuales no pueden ser ejercidos aisladamente de una comunidad; y algunos derechos pueden tener aspectos individuales y colectivos (por ejemplo, la libertad de asociación). Ver: Triggs, Gilliam: «The rights of "peoples" and individual rights: conflict or harmony». En: James Crawford (1992): *The Rights of Peoples*, Clarendon Press, Oxford, p. 156.

ral, el cual solo garantiza el cumplimiento de los derechos individuales, y a la ciudadanía colectiva, un Estado multicultural,²⁸ que reconocería la pluralidad cultural y garantizaría además el cumplimiento de los derechos colectivos,²⁹ entre los cuales se encuentra el derecho a la consulta previa.

1.2. El Reconocimiento de la capacidad jurídica a los pueblos indígenas y la conformación de una ciudadanía multicultural

En su *Estudio sobre el Problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, el Relator José Martínez Cobo llamaba la atención sobre el diferente tratamiento jurídico de los Estados sobre los pueblos indígenas. Los clasificó en dos grupos: unos Estados que, con la finalidad de protegerlos, los exime de algunas obligaciones y los limita de ciertos derechos, con el objeto que alcancen un desarrollo que les permita situarse en igualdad de condiciones que el resto de la sociedad. Otros Estados que otorgan iguales derechos y obligaciones y que, además, les conceden algunas disposiciones especiales.³⁰

En un caso extremo, la diferenciación en el tratamiento jurídico de los pueblos indígenas podría ser interpretada, de acuerdo con el Relator Martínez Cobo, como una *capitis diminutio* o una *capacidad jurídica disminuida*, según la cual los pueblos indígenas no tendrían la capacidad de asumir la totalidad de sus obligaciones y de sus derechos.³¹ A mi entender, esta posición es desfasada, inapropiada y contradictoria, si se toma en cuenta que las movilizaciones de los pueblos indígenas exigen, en primer lugar, el reconocimiento de su derecho de libre determinación.³²

²⁸ Will Kymlicka establece que un Estado es multicultural cuando sus miembros pertenecen a naciones diferentes (estado multinacional) o han emigrado de otras naciones (estado poliétnico); define a la nación como una «comunidad histórica, más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una tierra natal determinada y que comparte una lengua y una cultura diferenciadas», esta definición sociológica, sostiene, está relacionada a las nociones de pueblo o cultura. Kymlicka, Will, *op. cit.*, p. 26 y 36.

²⁹ Chuji, Mónica, *op. cit.*, pp. 45-46.

³⁰ ONU, Subcomisión para la prevención de la Discriminación y Protección de Minorías, Informe del Relator José Martínez Cobo, *Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas - Conclusiones, Propuestas y Recomendaciones*, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, 1987, párr. 28.

³¹ La capacidad disminuida podría tener sus orígenes en la creencia de superioridad europea frente a los indígenas que habitaban el territorio antes de su colonización o conquista. Ver: Kymlicka, Will, *op. cit.*, pp. 40-41.

³² Yashar, Deborah J. (1998): «Contesting citizenship: Indigenous movements and democracy in Latin American». En: *Comparative Politics*, Vol 31, No. 1, Universidad de Nueva York, pp. 23-42.

Es decir, el derecho de poder decidir por sí mismos su propio destino en base a sus diferencias culturales.³³

Las diferentes posturas discriminadoras sobre la capacidad jurídica disminuida de los pueblos indígenas, derivadas de tiempos coloniales, han sido respondidas duramente, especialmente por los de la región americana. Estos han reaccionado contra el tipo de ciudadanía contemporánea y han exigido la reconstrucción de un Estado que no albergue distinciones sobre la capacidad jurídica de las personas por pertenecer o no a un determinado pueblo o nación.³⁴

En este sentido, la conformación de un Estado multicultural que respete la diferencia, que fomente el diálogo intercultural, y que permita vivir a los pueblos indígenas en igualdad en términos de identidad cultural y no solo en una ciudadanía individual,³⁵ es una condición para el ejercicio de su derecho a ser consultados.³⁶ Para viabilizar la conformación de este tipo de Estado, es necesaria la realización de: i) reformas políticas, i.1) a nivel constitucional —que impliquen una reinención del Estado,³⁷ mediante el reconocimiento de un nuevo orden— i.2) y a nivel

³³ El reconocimiento de la capacidad jurídica de los pueblos indígenas constituye la superación del modelo de tutela indígena instaurado en las colonias, y significa un aspecto clave para ejercer derechos de autogobierno. Ver: Yrigoyen Fajardo, Raquel (2009): «De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento». En: *El Otro Derecho*, No. 40, Junio, p. 17.

³⁴ Yashar, Deborah J., *op. cit.*, p. 24; Varese, Stefano, *op. cit.*, pp. 259-275; Martí i Puig, Salvador: «Balance y retos de la lucha de las poblaciones indígenas en el cambio de ciclo». En: Aylwin, José, Martí i Puig, Salvador, Wright, Claire y Yañez, Nancy (2013): *Entre el desarrollo y el buen vivir. Recursos naturales y conflictos en los territorios*, pp. 21-42; Jung, Courtney (2003): «The politics of Indigenous Identity: Neoliberalism, Cultural Rights, and the Mexican Zapatistas», *Social Research*, Vol. 70, No. 2, pp. 433- 462; Muñoz, Manuel Ramiro y Trochez, Flor Ilva: «Los nasa del norte del Cauca: un pueblo que resiste con dignidad y construye futuro». En: Etxebarria, Xavier (2012): *Pueblos indígenas, Estados y derechos humanos. Los Nasa en Colombia y los Tzeltales en México*, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, pp. 43-68.

³⁵ Anaya, James (2009): «International Human Rights and Indigenous Peoples: the move toward the multicultural state», *Arizona Legal Studies*, Discussion paper No. 09-34, p. 15. Ver también: Sieder, Rachel, *op. cit.*, p. 5

³⁶ La CortelDH ha afirmado que solo en una sociedad pluralista, multicultural y democrática, respetuosa de los derechos a la propia cultura y a la identidad cultural es exigible el ejercicio del derecho a los pueblos indígenas a ser consultados. Puntualiza que solo mediante la consulta ellos podrán incidir sobre su vida cultural y social de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. Ver: CortelDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2002, serie C No. 245, Párrs. 159 y 217.

³⁷ Anaya, James (2009): «International Human Rights and Indigenous Peoples: the move toward the multicultural state», *Arizona Legal Studies*, Discussion paper No. 09-34, p. 24.

institucional, administrativo y legal —que permitan el cumplimiento de los objetivos de este nuevo modelo estatal y a los pueblos indígenas el ejercicio de su derecho a decidir sobre sus prioridades de desarrollo—; y ii) reformas sociales, que permitan la convivencia en la diferencia, en la aceptación del *otro* culturalmente diferente.³⁸

Todas estas reformas significan una completa reinención del Estado, las cuales deben estar acompañadas por una voluntad verdadera de los sectores sociales, políticos y económicos más poderosos. Al mismo tiempo, la implementación de estas reformas, requiere un permanente diálogo entre varios estamentos estatales y las diferentes culturas que habitan el territorio. Este *diálogo intercultural* es esencial para construir puentes de entendimiento que conlleve a esta reinención estatal.³⁹

1.3. Los pueblos indígenas y su derecho a la libre determinación

Como fundamento de los derechos de los pueblos indígenas a ser consultados se encuentra el derecho a la libre determinación. Este derecho fue reconocido por primera vez en la Carta de las Naciones Unidas,⁴⁰ desde una perspectiva que atendía solamente al contexto de descolonización. Posteriormente, fue recogido por el artículo 2 de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pue-

³⁸ Ver también: Sieder, Rachel, *op. cit.*, p. 8; Chuecas, Adda (2006): «Agenda Pública y Pueblos Indígenas». En: *Agendas públicas en una visión intercultural: Exclusión e inclusión de los pueblos indígenas en América Latina (memoria)*, Asociación Paz y Esperanza (Ed.), Lima, pp. 149-157.

³⁹ Aparicio sostiene que es más apropiado referirse a Estados Interculturales. El término «intercultural» no solo da por cierto el reconocimiento de la multiculturalidad, supone además la realización de un diálogo permanente entre los diversos estamentos estatales con las diferentes culturas que habitan en el territorio. Esto resulta fundamental, ya que puedan generarse puentes de comprensión y viabilizar una reforma integral del Estado. Ver: Aparicio Wilherlmi, Marco (2007): «La Construcción de la autonomía indígena. Hacia el Estado intercultural como nueva forma de Estado». En: Martí i Puig, Salvador (2007): *Pueblos Indígenas y política en América Latina. El reconocimiento de sus derechos y el impacto de sus demandas a inicios del siglo XXI*, CIDOB, pp. 271-273.

⁴⁰ Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945, entró en vigor el 24 de octubre de 1945. Las enmiendas de sus artículos 23, 27 y 61 fueron adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1963 y entraron en vigor el 31 de agosto de 1965. Una enmienda adicional al artículo 61 fue adoptada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1971, y entró en vigor el 24 de setiembre de 1973. Por último, la enmienda al artículo 109, adoptada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1965, entró en vigor el 12 de junio de 1968. Información disponible en: <http://www.un.org/en/documents/charter/intro.shtml>.

blos Coloniales,⁴¹ el cual influiría en la redacción básica del primer párrafo del artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴² y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁴³ A nivel regional, este derecho esta reconocido por el artículo 20 de la Carta Africana sobre Derechos del Hombre y de los Pueblos⁴⁴ (en adelante, Carta Africana)⁴⁵. Estos instrumentos son valiosos en cuanto reconocen a la libre determinación como un derecho humano en el derecho positivo internacional⁴⁶. Su ejercicio ha sido distinguido en dos aspectos, interno y externo. El primero comprende la soberanía, mientras que el segundo, la facultad de control y desarrollo propio de un pueblo.⁴⁷

⁴¹ La Resolución 1514 (XV) titulada «Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales» fue adoptada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1960.

⁴² ONU, Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado por la Resolución de la Asamblea General 2200A (XXI) el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

⁴³ ONU, Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado por la Resolución de la Asamblea General 2200A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 3 de enero de 1976.

⁴⁴ OUA, *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, («Carta de Banjul»), 27 de junio de 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), entró en vigor el 21 de octubre de 1986.

⁴⁵ El reconocimiento del derecho a la libre determinación en la Carta Africana puede ser entendido desde dos perspectivas: a) la libertad de todo el pueblo de cada Estado a perseguir sus propios fines sin injerencia externa (derecho del Estado a su existencia independiente) y b) la liberación de aquellos pueblos que se encuentran bajo las reglas de opresión colonial y apartheid. Ver: Dersso, Salomón A.: «The right to self-determination, minorities and indigenous peoples in Africa». En: Dersso, Salomón A. (2010): *Perspectives on the rights of minorities and indigenous peoples in Africa*, Universidad de Pretoria, Sudáfrica, pp. 267, 271 y 273.

⁴⁶ En opinión del Relator James Anaya el reconocimiento de la libre determinación como derecho humano tiene tres implicancias: i) Constitución como derecho inherente a los seres humanos que incluiría a la colectividad como «pueblos»; ii) Aplicación de los principios de igualdad y universalidad propios de los derechos humanos; y, iii) Relación con el resto de derechos humanos y los valores y prescripciones que constituyen su régimen moderno. Ver: Anaya, James, «The right of indigenous peoples to self-determination in the post-declaration era». En: Charters, Claire. y Stavenhagen, Rodolfo (2009), *Making the Declaration work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Documento No. 127, IWGIA, p. 187.

⁴⁷ Algunos autores dividen el ejercicio del derecho a la libre determinación en dos aspectos, uno de carácter externo y otro interno, entre ellos se pueden nombrar: Cassese, Antonio (1995): *Self-determination of people: a legal reappraisal*, Cambridge University Press, pp. 67-140; Senese, Salvatore (1989): «External and Internal Self-Determination», *Social Justice*, Vol. 16, No. 1 (35), Human Rights & Peoples' Rights: Views from North & South, pp. 19-25; Alfredsson, Gudmundur: «The right to self-determination and indigenous peoples». En: Tomuschat, Christian (1993): *Modern Law and Self-Determination*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, pp. 41-54.

Este derecho también es entendido como la posibilidad del pueblo para crear instituciones políticas y la posibilidad que las instituciones gubernamentales garanticen a los pueblos su libre desarrollo.⁴⁸

A lo largo de estas décadas, el recelo de los Estados se ha reflejado en la limitación de su aplicación. Se han definido grupos en diferentes categorías (pueblos indígenas, pueblos tribales⁴⁹ o minorías⁵⁰) otorgándoles diferentes estándares y derechos. En el caso del contexto africano, el término *pueblo* utilizado en la Carta Africana no solo incluye a la población entera del Estado o la totalidad de la población bajo dominación colonial, implica además a colectividades humanas que pueden ser las minorías, pueblos indígenas o grupos similares.⁵¹

La discusión sobre la extensión de este derecho a los pueblos indígenas ha ocupado un lugar central en el seno de las Naciones Unidas. En especial dentro del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas. La controversia se debió a la ambigüedad que encierra el concepto de

⁴⁸ Anaya señala: «In its *constitutive* aspect, the norm titles individuals and groups to meaningful participation in episodic procedures leading to the creation of or change in the governing institutional order. In its *ongoing* aspect, self-determination requires that the governing institutional order itself be one in which individuals and groups live and develop freely on a continuous basis». Ver: Anaya, James (1993): «A Contemporary Definition of the International Norm of Self-Determination», *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. No. 3, Number 1, pp. 131-164, p. 157.

⁴⁹ El significado de los pueblos indígenas y tribales será explicado en la sección 3.1 de este estudio.

⁵⁰ De acuerdo con el Relator Especial Francesco Capotorti, una minoría es: «Un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, que se encuentra en una posición no dominante y cuyos miembros, que son nacionales del Estado, poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes de las del resto de la población y manifiestan, aunque sólo sea implícitamente, un sentimiento de solidaridad para preservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma» Ver: ONU, Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de Minorías, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, Informe elaborado por el Relator Francesco Capotorti, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, 1979, párr. 568. Es necesario advertir que internacionalmente no existe acuerdo de cuáles grupos deben ser considerados como minorías. Usualmente, las Naciones Unidas aplican el principio de auto-identificación, porque en términos prácticos hay conexiones y similitudes entre pueblos indígenas y las minorías nacionales, étnicas, lingüísticas y religiosas. Ver: ONU (2010): *Derechos de las Minorías: Normas internacionales y orientaciones para su aplicación*, Nueva York y Ginebra, pp. 3-4.

⁵¹ La Carta Africana no define el término pueblos, solo reconoce derechos colectivos en sus artículos 19, 20, 21 y 22. El vacío de la definición de *pueblo* podrá ser interpretado en diferentes sentidos. Así, podría ser entendido como Estados, minorías étnicas o pueblos indígenas. Ver: Kiwanuka, Richard N. (1988): «The meaning of “people” in the African Charter on Human rights», *The American Journal of International Law*, Vol. 82, No. 1, enero, pp. 80-101.

pueblos en el derecho internacional y al temor de los Estados de enfrentar posibles actos de secesión.⁵² Sin embargo, ha quedado demostrado que la invocación de este derecho por los pueblos indígenas no obedece a aspiraciones separatistas, por el contrario, ellos utilizan este derecho como un instrumento para defender su identidad cultural⁵³ y para constituirse en co-participes de las decisiones estatales que redundan en su colectividad. Tal como lo señaló en su momento la Relatora Especial Erica I. Daes:

Creo que el derecho a la libre determinación debería ser interpretado ordinariamente como un derecho de estos pueblos a negociar libremente su estatus político y su representación en los Estados en los cuales viven. Este proceso debería ser mejor descrito como una especie de fundación tardía del Estado, a través del cual los pueblos indígenas sean capaces de unirse a los demás pueblos que constituyen el Estado en mutuo acuerdo y en términos justos, después de muchos años de aislamiento y exclusión.⁵⁴

El C169 no recogió de manera explícita el derecho a la libre determinación, a pesar de ser un instrumento de avanzada sobre los derechos de los pueblos indígenas que estuvo en agenda de discusión⁵⁵ en el Gru-

⁵² Daes, Erica-Irene (1993): «Some considerations on the right of indigenous peoples to self-determination», *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol. 3, No. 1, spring, p. 38.

⁵³ Aparicio Wilhelmi, Marco, *op. cit.*, p. 262.

⁵⁴ Traducción propia. El texto original es el siguiente: «I believe that the right of self-determination should ordinarily be interpreted as the right of these peoples to negotiate freely their political status and representation in the States in which they live. This process might best be described as a kind of belated State-building, through which indigenous peoples are able to join with all the other peoples that make up the State on mutually-agreed upon and just terms, after many years of isolation and exclusion». Daes, Erica-Irene (1993): «Some considerations on the right of indigenous peoples to self-determination», *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 3, No. 1, spring, p. 42.

⁵⁵ ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas en su quinta sesión*, Doc. ONU. E/CN-4/Sub.2/1987/22, 27 de agosto 1987. En este documento, las organizaciones indígenas expresaron su inconformidad por su no participación en la discusión del nuevo convenio de la OIT (en referencia del Convenio No. 169) acerca de la inclusión de derechos participativos y especialmente del derecho a la libre determinación (se recomienda revisar los párrafos 33, 40, 49, 52 y 53). También el Anexo V de este documento, ya que contiene el borrador de la Declaración, cuyo artículo 2 incluye el derecho a la libre determinación. Estos principios fueron adoptados en el encuentro preparatorio de los pueblos indígenas, realizado en Ginebra entre el 27 al 31 de julio de 1987.

po de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas.⁵⁶ Sin embargo, su preámbulo reconoce la aspiración de los pueblos indígenas para ejercer el control sobre sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo dentro de los Estados en los cuales viven.⁵⁷ En respuesta a esta legítima aspiración, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) habría decidido reconocer otros derechos de imprescindible importancia para su supervivencia, como son su derecho a participar, a ser consultados, a otorgar su consentimiento o a elegir su propio modelo de desarrollo, que no son más que manifestaciones por las cuales pueden decidir libremente.

La Declaración reconoce este derecho en los artículos 3 y 4.⁵⁸ Sin embargo, aprobó una salvaguarda en el artículo 46(1). La inclusión de esta salvaguarda habría sido demandada por los Estados como protección a su integridad territorial y a su unidad política. Así, hasta la actualidad aún se mantienen los temores de secesión y la falta de comprensión estatal de las verdaderas demandas indígenas, que propugnan la coexistencia de la diversidad cultural con el orden político-social, en adición a la relación individuo-Estado tradicionalmente entendida.⁵⁹

En consideración a los objetivos de este estudio, conviene señalar que el derecho a la libre determinación y el derecho a la consulta previa están directamente vinculados al principio de soberanía que ejercen los pueblos indígenas sobre los recursos naturales⁶⁰ —debe tenerse en

⁵⁶ Aunque el C169 no reconoce explícitamente el derecho a la libre determinación, su artículo 7 reconoce explícitamente a los pueblos indígenas el derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo y de ejercitar el control sobre su propio desarrollo económico, social y cultural. Este artículo es complementado con otros que reconocen derechos de participación, consulta y control sobre materias que les afectan directamente (por ejemplo, los artículos 2, 6, 15 o 25).

⁵⁷ «Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida 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, C169.

⁵⁸ El artículo 3 de la Declaración tiene similar redacción que el primer párrafo del artículo 1 común a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Los Pactos se refieren a *todos los pueblos*, mientras que la Declaración especifica que son pueblos indígenas los titulares del derecho a la libre determinación. Los artículos 23 y 32 de la Declaración recoge de la misma manera el Segundo y tercer párrafo del artículo 1.

⁵⁹ Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.*, p. 188.

⁶⁰ Daes señala que el sentido actual del término «soberanía» difiere del antiguo, en el que se le otorgaba al Estado un poder absoluto. En la actualidad la soberanía tiene que ver con el control del gobierno sobre los recursos. La utilización de estos por los pueblos indígenas no los pone en conflicto ni en el mismo nivel con los Estados. Ver: ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Prevención de la Discriminación y Protección de los Pueblos Indígenas, La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales, Informe final de la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes*. Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2004/30, 13 de Julio de 2004, párr. 18.

cuenta que la mayoría de veces los pueblos indígenas demandan la realización de consultas ante la posibilidad de la explotación de sus territorios y recursos naturales—. La soberanía de los pueblos indígenas ha sido reconocida formalmente por diversos Estados, pero sustancialmente se han presentado serios obstáculos para su ejercicio, ya que comprende la gestión, el gobierno y el uso regular de todos los recursos que se encuentran en sus territorios, incluidos los del subsuelo.⁶¹

Es innegable que el ejercicio del derecho a la libre determinación puede generar tensiones con el Estado, especialmente si éste debe ceder un espacio que permita la articulación de los poderes e instituciones propios de los pueblos indígenas.⁶² Sin embargo, en concordancia con el Relator Anaya, considero que la confluencia del derecho a la libre determinación con principios básicos como la democracia y soberanía popular y con el ejercicio del derecho a la consulta, permitirá cambiar la organización y actuación excluyente del Estado. Por lo tanto, el ejercicio del derecho a la libre determinación y la consulta debe ser entendido como una necesidad, un camino, una oportunidad de encuentro con los pueblos indígenas.

Según lo expuesto hasta aquí, el ejercicio del derecho a la libre determinación junto a otros componentes, como la reformulación de la teoría de los derechos fundamentales para incluir derechos colectivos, la apertura democrática a la participación y la adopción de un Estado que atienda a la diversidad cultural, constituyen el sustento del derecho a la consulta previa. Desde mi punto de vista, es necesario que los Estados creen instituciones, apueben e implementen normas de acuerdo a las particularidades socioculturales que tienen los pueblos indígenas, esto implica una reinvencción total del Estado monocultural para dar paso a un diseño multicultural que cuente con la voluntad de los actores para hacer posible el goce de los derechos de todos sus ciudadanos.

⁶¹ Daes, Erica-Irene, *Ibidem*, párr. 46.

⁶² Willem Assies critica cómo los pueblos indígenas están ejerciendo el derecho a la autonomía. Por un lado, señala que si bien el reconocimiento de la autonomía implica su ejercicio para niveles amplios (nacionales), el Estado ha restringido su ejercicio solo a ámbitos locales, reduciendo de esta manera sus alcances. Por otro lado, critica además que grupos ambientalistas estén utilizando las actividades tradicionales de los pueblos indígenas como el paradigma de sus causas, con lo cual estarían quitándoles sus objetivos propios en la lucha para reivindicar sus derechos, constituyendo un paternalismo que se opone a su autodeterminación. Ver: Assies, Willem, van der Haar, Gemma y Hoekema, André (2002), *Papeles de Población*, Vol. 031, p. 111.

2. Marco jurídico internacional del derecho a la consulta previa

En primer lugar, indígenas, considerados como individuos o como pueblos, pueden disfrutar plenamente de todos los derechos humanos. Por lo tanto, pueden exigir el cumplimiento y el respeto de todos los estándares de derechos humanos existentes, esto está reconocido en el artículo 1 de la Declaración.⁶³ Segundo, en esta sección se expondrá la normativa internacional y regional que regula la consulta previa (en este último nivel, decidí abordar al sistema Interamericano y Africano de derechos humanos en consideración a mi análisis posterior de la jurisprudencia). Finalmente, debo aclarar que en mi análisis del marco internacional, tomo mayor atención al C169 y a la Declaración porque ellos tienen provisiones explícitas sobre pueblos indígenas.

2.1. Los Convenios de la OIT (Nos. 107 y 169)

Desde comienzos del Siglo xx la OIT manifestó su interés en la situación de los pueblos indígenas por las precarias condiciones laborales a las que estaban sometidos.⁶⁴ Décadas después, luego de estu-

⁶³ El texto de este artículo es como sigue: «Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos». Ver además: ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe Anual del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/9/9, 11 de agosto de 2008, párrs. 20 y 21.

⁶⁴ OIT (2003): *Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: Un manual*, Ginebra, pp. 3-5.

diar de manera integral su situación, aprobó un cuerpo legal exclusivo que se encargó de abordar las relaciones y obligaciones de los Estados para con los pueblos indígenas. Este instrumento fue el C107, el cual se constituyó en la primera norma internacional sobre esta materia, llenando el vacío que existía sobre el tratamiento de los pueblos indígenas. Posteriormente, la OIT aprobó el C169, un instrumento de avanzada, que promueve la corresponsabilidad de los pueblos indígenas con las decisiones estatales mediante el reconocimiento de derechos participativos.

Una primera observación al C107 la encontramos en su preámbulo.⁶⁵ En esta parte se manifiesta la *preocupación* de la comunidad internacional sobre la falta de integración de las poblaciones indígenas a la colectividad nacional, y se sostiene la idea que la integración es el medio *más idóneo* para mejorar el nivel de vida de estas poblaciones. En otras palabras, este instrumento defiende la idea de superioridad de unos (no indígenas) frente a otros (indígenas), debido a que *estos* solo podrán alcanzar su desarrollo y su bienestar bajo la protección de los primeros. Nótese que con este convenio aun no se acepta la idea que los pueblos indígenas puedan alcanzar por sí mismos el mejoramiento de sus niveles de vida mediante la libre determinación.

En referencia a su contenido normativo, el C107 desarrolla un conjunto de derechos de los miembros de las poblaciones indígenas que tienen que ver con la propiedad y la utilización de la tierra, la contratación y condiciones de empleo, la formación profesional indígena y la educación y medios de información. El derecho a la consulta previa no está regulado en el C107, solo se menciona la necesidad de requerir el consentimiento en las dos siguientes situaciones: i) Cuando se quieran reemplazar sus valores e instituciones que resultasen quebrantados en la aplicación de las disposiciones para su integración (artículo 4), y

⁶⁵ El texto de los tres considerandos controvertidos es como sigue: «Considerando que en diversos países independientes existen poblaciones indígenas y otras poblaciones tribuales y semitribuales que no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutaban los otros elementos de la población; Considerando que es deseable, tanto desde el punto de vista humanitario como por el propio interés de los países interesados, perseguir el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de esas poblaciones ejerciendo una acción simultánea sobre todos los factores que les han impedido hasta el presente participar plenamente en el progreso de la colectividad nacional de que forman parte; Considerando que la adopción de normas internacionales de carácter general en la materia facilitará la acción indispensable para garantizar la protección de las poblaciones de que se trata, su integración progresiva en sus respectivas colectividades nacionales y el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo; (...)».

ii) Cuando se requiera el traslado de sus territorios habituales (artículo 12).⁶⁶

A pesar de su carácter integracionista, la importancia del C107 es indiscutible por las siguientes razones: primero, porque continúa vigente en los Estados que lo ratificaron y que aún no lo han denunciado; segundo, porque constituye el primer instrumento internacional de carácter vinculante que se encarga íntegramente de la protección y promoción de derechos de las poblaciones indígenas; y tercero, porque su texto sirvió de base de discusión y de elaboración de lo que hoy constituye uno de los instrumentos más importantes de defensa y promoción de los derechos de los pueblos indígenas, el C169.

Durante el período que se inició la revisión del C107 y elaboración del C169, otros órganos de las Naciones Unidas también empezaron a interesarse en estos asuntos. Es el caso de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías que encargó al Relator José Martínez Cobo la realización de un estudio sobre la discriminación a las poblaciones indígenas.⁶⁷ Este estudio llegó a ser un documento crucial para el fortalecimiento de los requerimientos de los pueblos indígenas y, al mismo tiempo, facilitó el camino para que el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas cree el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas.⁶⁸

El trabajo preparatorio del C169 contó con la participación de los pueblos indígenas.⁶⁹ Aunque su participación en la Conferencia Internacional del Trabajo fue menos libre y abierta que en el Grupo de Tra-

⁶⁶ Con relación al traslado, se determina que el Estado podrá prescindir del consentimiento cuando se traten de asuntos regulados en la ley respecto a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de estas poblaciones (artículo 12). Es decir, el derecho al consentimiento de los pueblos indígenas está supeditado a la voluntad final del Estado, quien evaluará y justificará la pertinencia del traslado, despojándolos del poder de rechazar la medida y sometiéndolos a su soberanía absoluta.

⁶⁷ El Relator Especial, Sr. José R. Martínez Cobo, fue designado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, en la Resolución 8 (XXIV) del 18 de agosto de 1971 titulada «Completo y comprensivo estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas».

⁶⁸ El Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas fue establecido por resolución 1982/34 del 7 de mayo de 1982 del Consejo Económico y social de las Naciones Unidas, una de sus primeras funciones asignadas fue la elaboración del borrador de la Declaración.

⁶⁹ La participación de los pueblos indígenas data de 1960, período en el cual fortalecen la concientización de su identidad, incrementan su participación y mejoran su organización en foros nacionales e internacionales. Ver: OIT (2009): *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*, Ginebra, 1v., p. 173.

bajo sobre las Poblaciones Indígenas,⁷⁰ las organizaciones indígenas jugaron un rol importante.⁷¹ El C169 supera a su antecesor en el sentido que reconoce a los pueblos indígenas una gama de nuevos derechos y se aparta de la visión integracionista que, hasta ese momento, existía sobre ellos en el derecho internacional. Con los aportes de las organizaciones indígenas⁷² y de las agencias de las Naciones Unidas preocupadas por su problemática,⁷³ este convenio los reviste de poder de decisión, de capacidad y de responsabilidad para asumir la realización de sus actos sobre su propio desarrollo.

En los Estados que aún son parte del ILO C107 y en aquellos que aún no hayan ratificado ninguno, el C169 debería ser considerado como un referente imprescindible. Por un lado, los Estados podrían mejorar sus estándares de respeto a los derechos de los pueblos indígenas y, por otro, las organizaciones indígenas podrían inspirarse en ella para continuar con su lucha contra la marginación, las violaciones a sus derechos y para plantear una nueva concepción de ciudadanía, que implique el respeto a la multiculturalidad.

Con relación al derecho a la consulta previa, se debe indicar que el C169 es la primera norma internacional que la regula. Según los supuestos que el convenio ha establecido, su ejercicio resulta relevante

⁷⁰ Ver: Swepston, Lee (1990): «A new step in the international law on indigenous and tribal peoples: ILO Convention No. 169 of 1989», *Oklahoma City University Law Review*, Vol. 15, Fall, No. 3, pp. 677-716.

⁷¹ Ver: Swepson, Lee, *Ibidem*, p. 689; Thornberry, Patrick (1991) *International Law and the rights of minorities*, Clarendon press, Oxford, pp. 369-374.

⁷² La crítica de las organizaciones indígenas sobre el C107 fue expresada a través de conferencias y congresos donde pudieron elaborar sus propios lineamientos o declaraciones de principios. El informe de la Conferencia Internacional del Trabajo menciona la Tercera Asamblea General del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas donde se adoptó el borrador de la Convención Internacional de Derechos de Pueblos Indígenas (Carter, 1981); y la Cuarta Asamblea General del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas (Panamá, 1984). Además, menciona los aportes provenientes de organizaciones indígenas como la International Indian Treaty Council, the Indian Law Resource Center, Four Directions Council, National Aboriginal and Islander Legal Service, National Indian Youth Council, Inuit Circumpolar Conference and International Indian Treaty Council. Ver: OIT (1998) Revisión Parcial de las Poblaciones Indígenas y Tribales 1957 (No. 107), Informe VI (1), 75.ª Reunión, Ginebra, pp. 13-15.

⁷³ La OIT ha consultado regularmente la aplicación del Convenio a las siguientes agencias de las Naciones Unidas: El Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Ver: OIT (1988): Revisión Parcial de la Convención 1957 (No. 107) Poblaciones Indígenas y Tribales, Informe VI (1), 75ª reunión, Ginebra, pp. 8-10.

para casos relacionados a la transmisión de sus tradiciones, a la protección de sus tierras y territorios, de sus recursos naturales y a decidir su propio desarrollo. El análisis sobre el contenido de las disposiciones referidas a este derecho debe hacerse tomando íntegramente el Convenio, ya que «[l]a obligación de consultar a los pueblos indígenas surge en un nivel general, en relación con la aplicación de todas las disposiciones del Convenio».⁷⁴

A continuación se hará un análisis de los artículos del C169 referidos al derecho a la consulta previa, en base a los informes y pronunciamientos⁷⁵ de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT⁷⁶ (en adelante, Comisión de Expertos) y las decisiones del Consejo de Administración de la OIT.⁷⁷ Según la opinión

⁷⁴ OIT (2009): *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*, p. 61.

⁷⁵ Bajo el artículo 24 de la Constitución de la OIT se pueden citar algunas reclamaciones en relación al derecho a la consulta previa: *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF), (GB.295/17):(GB.304/14/7); *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en el que se alega el incumplimiento por la Argentina de la Convención de Pueblos Indígenas y Tribales*, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Educación de Río Negro (UNTER), sección local afiliada a la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (CTERA) (GB.297/20/1): (GB.303/19/7); *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en el que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC) (GB.294/17/1):(GB.299/6/1); *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en el que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Industria Metálica, Acero, Hierro y Afines (STIMAHCS) (GB.286/20/1):(GB.296/5/3); *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en el que se alega el incumplimiento por Bolivia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Obrera Boliviana (COB) (GB.272/8/1):(GB.274/16/7).

⁷⁶ La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones fue creada en 1926 para examinar el creciente número de memorias de los gobiernos sobre los convenios ratificados. Su rol es la realización de una evaluación técnica imparcial del estado de la aplicación de las normas internacionales del trabajo. Más información acerca de la Comisión está disponible en: <http://www.ilo.org>.

⁷⁷ El Consejo de Administración es el órgano ejecutivo de la OIT. Por los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT tiene el deber de decidir sobre las reclamaciones de empleados y trabajadores contra algún estado miembro que ha incumplido con asegurar, en su jurisdicción, la efectiva observancia de algún convenio del cual es parte. Mayor información acerca del Consejo de Administración está disponible en: <http://www.ilo.org>

de la Comisión de Expertos, las disposiciones sobre consulta son medulares para el funcionamiento del Convenio.⁷⁸ El artículo 6 establece para los gobiernos el deber de consultar a los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.⁷⁹ No señala el método para su realización, solo menciona que deberá hacerse mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas. Se invoca el cumplimiento del principio de buena fe y que se atienda apropiadamente a las circunstancias. Por último, establece que la realización de la consulta tendrá como objetivo llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre la medida que se propone.⁸⁰

En adición a esta disposición general, el C169 se refiere a la consulta en diferentes aspectos. El segundo párrafo del artículo 15 establece el deber del Estado de consultar en dos casos: i) Cuando el Estado retiene la propiedad de los recursos minerales recursos del subsuelo

⁷⁸ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, 76 a. sesión, 2005, Observación, Guatemala. Citado en OIT (2009): *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*, p. 65.

⁷⁹ El texto del artículo 6 del C169, es como sigue:

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

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas».

⁸⁰ Esta disposición, al reconocer la capacidad de los pueblos indígenas de decidir y controlar sus propias prioridades, marca distancia del artículo 6 del C107, el cual establecía que el mejoramiento de las condiciones de vida, trabajo y educación de las poblaciones indígenas deberá ser una prioridad en los planes de desarrollo de las regiones donde estas habitan. Es decir, que las decisiones de los asuntos que les concernían directamente debían ser tomadas por agentes ajenos a la comunidad.

o ii) Cuando el Estado tenga derechos sobre otros recursos de tierras indígenas.⁸¹ En estos casos, la consulta se realizará con el objetivo de determinar si los intereses de estos pueblos serán perjudicados y en qué proporción, antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación de tales recursos pertenecientes a sus tierras. Adicionalmente, el primer párrafo del artículo 15 reconoce a los pueblos indígenas el derecho a participar en el uso, manejo y conservación de estos recursos (renovables o no).

La disposición bajo análisis debe ser interpretada de acuerdo al primer párrafo del artículo 13 del C169, el cual reconoce la conexión espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios, al mismo tiempo que exige a los gobiernos «respetar la importancia que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios». De este modo, todo lo que existe en sus tierras y territorios, incluyendo los recursos naturales, les compete directamente, porque forman parte de esta relación espiritual. Sin embargo, resultan evidentes las tensiones entre los pueblos indígenas y los Estados sobre la atribución de la propiedad de los recursos, especialmente las que pertenecen al subsuelo. La mayoría de constituciones atribuyen al Estado la propiedad absoluta sobre ellos.⁸² En la práctica, los pueblos indígenas solo pueden utilizar los recursos

⁸¹ El texto del artículo 15 del C169, es como sigue:

«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, administración 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».

⁸² Me refiero a las Constituciones de aquellos países que han ratificado el C169: Constitución de Bolivia (artículos 298 y 331. II.2), Constitución de Brasil (artículo 20), Constitución de Chile (artículo 19.23), Constitución de Colombia (artículo 360), Constitución de Costa Rica (artículo 6), Constitución de Ecuador (artículo 408), Constitución de Guatemala (artículos 118 y 121), Constitución de Honduras (artículo 340), Constitución de México (artículo 27), Constitución de Nicaragua (artículo 102), Constitución de Paraguay (artículo 112), Constitución de Perú (artículo 66), Constitución de Venezuela (artículos 11 y 12).

necesarios para su sustento, los Estados son quienes toman las decisiones sin consultarles.⁸³

Partiendo de la importancia que implica para los pueblos indígenas la protección de sus tierras y territorios, el C169 ha establecido el deber de respetar sus modalidades propias de transmisión entre los miembros de la comunidad, es decir, el Estado no puede disponer de tierras indígenas libremente. En el caso de la enajenación de estas tierras o de otras formas de transmisión de sus derechos a personas ajenas a la comunidad, este convenio establece el deber de realizar procesos de consulta, con el objeto de impedir el abuso de los terceros —especialmente de agentes económicos externos— del derecho consuetudinario indígena o de su posible ignorancia sobre las leyes nacionales (artículo 17).

Los siguientes artículos que regulan la consulta previa están referidos a la formación profesional y educación indígena, aspectos importantes para mantener la integridad cultural y motivar el reforzamiento de la identidad indígena. Sobre el primer aspecto, relacionado a la formación profesional indígena, el C169 reconoce el deber de consultar ante la carencia de programas de formación profesional que satisfagan las necesidades de los pueblos indígenas. Estos programas deberán ser elaborados con su cooperación y consulta, con el objeto de atender a sus necesidades y a sus condiciones económicas, sociales y culturales (artículo 22). En cuanto al segundo supuesto, se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a crear sus propias instituciones y medios educativos, siempre que se respeten los estándares mínimos fijados por el Estado, los cuales, a su vez, deberán ser sometidos a consulta a los pueblos (artículo 27). Finalmente, se debe mencionar la importancia de la preservación de la lengua indígena en el C169, ya que promueve la enseñanza de los niños indígenas a leer y a escribir en su propia lengua o en la que más se hable en los grupos a los que puedan pertenecer. Si este objetivo no resultase viable, el convenio establece la obligación del Estado, a través de las entidades educativas competentes, de celebrar consultas con la finalidad de adoptar medidas que permitan alcanzar este objetivo.

⁸³ La Relatora Daes sostiene que la disposición legal o constitucional que declara la propiedad del Estado sobre los recursos del subsuelo resulta siendo arbitraria en el sentido que priva unilateralmente a los pueblos indígenas de los recursos que les pertenecían antes de la ocupación colonial o formación del Estado. En estos procesos de aprobación de las disposiciones legales o constitucionales no se habría convocado la participación de las representaciones indígenas. Ver: ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Prevención de la Discriminación y Protección de los Pueblos Indígenas, La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales, Informe final de la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes*. Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2004/30, 13 de Julio de 2004, párr. 43.

Merece una mención aparte el artículo 16, el cual establece que solamente a través de la expresión del consentimiento libre e informado, los pueblos indígenas pueden ser trasladados de las tierras que ocupan.⁸⁴ La regla general es que los pueblos indígenas tienen el deber de permanecer en sus territorios,⁸⁵ debido a la conexión espiritual a la cual se ha hecho referencia. El traslado es concebido como una medida excepcional y bajo un estado de necesidad que solo será posible si se logra el consentimiento del pueblo interesado.

En el supuesto que no se logre el consentimiento, el C169 establece que el gobierno podrá insistir mediante procedimientos adecuados previstos en la legislación nacional, se entiende que estos procedimientos también deberán ser fijados en consulta a los pueblos indígenas en aplicación del artículo 6. Adicionalmente, cabe señalar que el artículo 16 les reconoce el derecho a retornar a sus territorios cuando la causa que motivó su traslado haya desaparecido, en el caso que esto no sea posible, el gobierno también tiene la obligación de someter su reubicación a un proceso de consulta, para que mediante un acuerdo puedan determinar si desean hacerlo o si prefieren recibir una indemnización en dinero o especie por las tierras que perdieron.⁸⁶ Por último, se debe mencionar que el C169 innova en el tratamiento del consentimiento, pues le atribuyó características que no tenía hasta ese momento: libre e informado.⁸⁷

El tema del consentimiento es crucial para los pueblos indígenas, especialmente en el contexto actual, caracterizado por la creciente demanda de recursos naturales que están normalmente ubicados en sus territorios. El factor de «excepcionalidad» requerido por el C169 para realizar los traslados, no es más tal en la práctica. La mayoría de gobiernos tienden a explotar estas riquezas, confrontando la voluntad de los

⁸⁴ El consentimiento debe ser expresado en un proceso de consulta. Ver: OIT (2013): *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT*, Ginebra, p. 12.

⁸⁵ El concepto de territorios cubre el total del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan, mientras el concepto de tierras está basado en la ocupación tradicional, el cual comprende aspectos individuales y colectivos. Ver: OIT (2013): *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT*, Ginebra, pp. 21-22. Ver también el artículo 13.2 del C169.

⁸⁶ Se advierte entonces que el Convenio No. 169 tiene una posición diferente al Convenio No. 107. En este, ante la falta de consentimiento, el Estado puede disponer el traslado, justificándose en aspectos relacionados a la seguridad nacional, al desarrollo económico o a la salud de las poblaciones.

⁸⁷ OIT (2003): *Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: Un manual*, Ginebra, p. 44; ONU, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, *Workshop on Methodologies regarding Free, Prior and Informed Consent and Indigenous Peoples*, Doc. ONU E/C.19/2005/3, 17 de febrero de 2005, párr. 46.

pueblos indígenas, violando sus derechos, justificando sus acciones en los intereses nacionales y en la soberanía absoluta del Estado.

2.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración)⁸⁸

La Declaración es resultado de décadas de arduo trabajo de los diferentes órganos de las Naciones Unidas, especialmente del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas que, desde su creación en 1982, ha trabajado en un texto borrador en el seno de la Comisión de Derechos Humanos,⁸⁹ posteriormente en el Consejo de Derechos Humanos⁹⁰ y en la Asamblea General de las Naciones Unidas.⁹¹ Este esfuerzo se materializó con su aprobación casi unánime⁹² por la Asamblea General.⁹³ La

⁸⁸ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de setiembre de 2007, Doc. ONU A/Res/61/295. Con 143 votos a favor, 11 abstenciones y 4 votos en contra. Se sugiere revisar la recomendación del Consejo de Derechos Humanos para la aprobación de la Declaración, el cual se encuentra en la Resolución 1/2 del 29 de junio de 2006. El texto de esa versión de la Declaración puede ser encontrado en los Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones Suplemento No. 53 (A/61/53), primera parte, Cap. II, sección A. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.61.53.pdf>. Ver también: Indigenous Peoples Law & Policy Program of the University of Arizona, James R. Rogers College of Law (2012): *The United Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. With an Introduction for Indigenous Leaders in the United States*, pp. 9-10.

⁸⁹ ONU, Comisión de Derechos Humanos, «Establishment of a working group of the Commission on Human Rights to elaborate a draft declaration in accordance with paragraph 5 of General Assembly resolution 49/214 of diciembre de 1994», Doc. ONU E/CN.4/RES/1995/32 Res.1995/32, 3 de marzo de 1995.

⁹⁰ El Consejo de Derechos Humanos (HRC) de la ONU sustituyó a la Comisión de Derechos Humanos. El HRC aprobó la versión final de la Declaración en su Resolución 1/2 de 29 de junio de 2006. Véase: Asamblea General, Documentos Oficiales, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 53 (A/61/53), primera parte, cap. II, Secc. A.

⁹¹ ONU, Asamblea General, Grupo de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos encargado de elaborar un proyecto de declaración de conformidad con el párrafo 5 de la resolución 49/214 del 23 de diciembre de 1994, ONU Doc. A/RES/61/178, 20 de diciembre de 2008.

⁹² La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define el término «aprobación» y otros términos tales como la ratificación, aceptación o adhesión, como el acto por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento para obligarse por un tratado. Ver: artículo 2 (1.b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁹³ Los cuatro Estados que se opusieron y se negaron a aprobarla, posteriormente, reconsideraron su posición y la adoptaron: Estados Unidos (Diciembre de 2010), Australia (Abril 2009), Nueva Zelanda (Abril 2010) y Canadá (Noviembre 2010). Ver: Indigenous Peoples Law & Policy Program of the University of Arizona, James R. Rogers College of Law (2012): *The United Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. With an Introduction for Indigenous Leaders in the United States*, pp. 9-10. Los pronunciamientos ofi-

Declaración constituye un instrumento jurídico de indudable importancia para los pueblos indígenas, por su vigencia universal, porque contiene sus preocupaciones actuales y porque contempla derechos que denotan una evolución con relación a las demás normas internacionales sobre derechos humanos existentes. El ejemplo más notable de esta afirmación es el reconocimiento del derecho a la libre determinación.⁹⁴

El carácter no vinculante de la Declaración no significa que no sea derecho y que no debería afectar el compromiso de los Estados por cumplirla.⁹⁵ El incumplimiento significaría romper con el principio de buena fe.⁹⁶ Además, la Declaración puede ayudar a interpretar las obligaciones estatales bajo el derecho internacional de los tratados de los derechos humanos en relación a los pueblos indígenas.⁹⁷ Por otra parte, se debe tener en cuenta la importancia que este instrumento está ganando en su aplicación. En el ámbito de las Naciones Unidas, sirve de inspiración a sus organismos en la elaboración de sus informes y en la resolución de las controversias que se presentan ante ellos. Una buena muestra puede encontrarse en la labor que ejerce el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,⁹⁸ quien la invoca continuamente en sus informes

ciales de los Estados mencionados pueden ser encontrados en los siguientes enlaces: <http://www.beehive.govt.nz/release/supporting-un-declaration-restores-nz039s-mana>; http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/Australia_official_statement_endorsement_UNDRIP.pdf; <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1309374239861/1309374546142>; <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2010/12/16/remarks-president-white-house-tribal-nations-conference>

⁹⁴ Artículo 3 de la Declaración.

⁹⁵ Barelli, Mauro (2009): «The role of soft law in the international law system: The case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, Issue 04, Octubre, p. 959. ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe Anual a la Asamblea General del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas James Anaya*, Doc. ONU A/64/338, 4 de septiembre de 2009, párrs. 48 y 49.

⁹⁶ OIT, *ILO standards and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Document prepared by the Equality Team of the International Labour Standards Department. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_100792.pdf; ONU, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, *Frequently Asked Questions on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/en/declaration.html>.

⁹⁷ Indigenous Bar Association (2011): *Understanding and Implementing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. An Introductory Handbook*, University of Manitoba, Canadá, p. 6.

⁹⁸ Por mandato de la Comisión de Derechos Humanos en el 2001 se nombró a Rodolfo Stavenhagen como primer Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Con el mandato de: i) Recabar, solicitar, recibir e intercambiar información y comunicaciones de los gobiernos e indígenas, en relación a las violaciones de sus derechos humanos y libertades fundamentales; ii) Formular recomendaciones y propuestas a fin de prevenir y remediar las violaciones de derechos humanos de las que los indígenas fueran

anuales, especiales o temáticos,⁹⁹ las cuales contienen recomendaciones a los Estados.¹⁰⁰ De la misma manera, en el ámbito interno de los Estados, existen tribunales que empiezan a utilizarla para interpretar los derechos de los pueblos indígenas en la solución de sus controversias,¹⁰¹ lo cual las hace también exigibles en los tribunales internos. Finalmente, se debe tener en cuenta que en base a ella se está creando una vasta doctrina jurídica.¹⁰² Todo ello, confirma la importancia que tiene este nuevo instrumento internacional para la defensa de los derechos humanos.

Al reconocer desde su preámbulo el principio de igualdad entre los pueblos,¹⁰³ así como el respeto y promoción de los derechos intrínsecos

victimias; y iii) Trabajar en estrecha relación con los demás órganos y grupos especializados de la Comisión de Derechos Humanos (Resolución del Consejo de Derechos Humanos 2001/57, 76.ª. Sesión, 24 de abril de 2001). El segundo Relator, James Anaya, nombrado con la resolución 6/12 del Consejo de Derechos Humanos, ha centrado gran parte de su trabajo en resaltar la riqueza de la Declaración (mayor información, disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/rapporteur/index.htm>).

⁹⁹ Para mayor información sobre los informes del relator actual, recomiendo visitar su página web: unsr.jamesanaya.org.

¹⁰⁰ Estas recomendaciones, incluidas en sus informes o comunicaciones, están dirigidas a fortalecer las buenas prácticas, a identificar áreas de interés y a mejorar la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Ver: Indigenous Peoples Law and Policy Program (2012): *The Role of the UN Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples within the United Nations Human Rights System. A Handbook for Indigenous Leaders in the United States*, Universidad de Arizona, pp. 18-25.

¹⁰¹ Corte Suprema de Bélice, Caso de las Comunidades Maya (18 de octubre de 2007), Corte Constitucional de Colombia, Case de las Comunidades Chidima-Tolo y Pescadito (3 de marzo de 2011) y Tribunal Constitucional de Perú, Caso Comunidad de Tres Islas (11 de septiembre de 2012). Ver: Borraz, Patricia y Ferrer, Loreto: *Derechos humanos de los pueblos indígenas en los tribunales nacionales*, www.almaciga.org.

¹⁰² De las cuales puede nombrarse algunos de ellos: Echo-Hawk, Walter R. (2013): *In the light of justice: the rise of human rights in Native America and the United Nations Declaration on the Right of Indigenous Peoples*, Estados Unidos, 325 p.; White Face, Charminaine (2013): *Indigenous nations' rights in the balance: an analysis of the Declaration on the rights of indigenous peoples*, Estados Unidos, 144 p.; Charles, Claire y Stavenhagen, Rodolfo (2011): *Making the Declaration work: the United Nations Declaration on the rights of indigenous peoples*, IWGIA, Denmark, 390 p.; Xanthaki, Alexandra (2007): *Indigenous rights and united nations standards: self-determination, culture and land*, Cambridge University Press, Cambridge, 360 p.; Allen, Stephen y Xanthaki, Alexandra (2011): *Reflections on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Hart Publishing Limited, Oxford, 607 p.; Joffe, Paul, Hartley, Jackie y Preston, Jennifer (2010): *Realizing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Triumph, Hope and Action*, Purich Publishing, 287 p.; Gómez Isa, Felipe & Berraondo, Mikel (2013): *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Universidad de Bilbao, España, 441p.

¹⁰³ El texto del segundo considerando del preámbulo de la Declaración es como sigue: «Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales».

derivados de sus estructuras políticas, económicas y sociales, la Declaración reafirma derechos individuales y colectivos. A su vez, consagra derechos que permitirán a los pueblos indígenas involucrarse directamente con la adopción de decisiones relacionadas a su conservación, supervivencia y desarrollo integral, y que además coadyuvarán a establecer una relación paritaria con los Estados, entre ellos se encuentra el derecho a la consulta previa.

Los supuestos de la Declaración sobre consulta previa están previstos en los artículos 15, 17, 30, 36 y 38, los cuales se refieren a aspectos importantes como su dignidad y el respeto a su diversidad. Los pueblos indígenas deberán ser consultados para la adopción de medidas con el objeto de combatir prejuicios y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones con los demás sectores de la sociedad (artículo 15(2)). En cuanto al disfrute de sus derechos laborales, se dispone la necesidad de someter a consulta la adopción de medidas de protección a los niños indígenas frente a la explotación laboral y a posibles trabajos que pongan en peligro su identidad física, mental o moral (artículo 17(2)). El tercer supuesto está relacionado a la utilización de sus tierras y territorios para el desarrollo de actividades militares, en este caso se prescindirá de la consulta a menos que lo justifique una razón de interés público o que los pueblos indígenas interesados lo hayan solicitado (Artículo 30); también se someterá a consulta la adopción de medidas para facilitar del derecho de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar sus contactos entre sí, especialmente entre aquellos que se encuentren en fronteras (artículo 36) y, finalmente, los Estados tienen el deber de consultar en la adopción de medidas apropiadas tendientes a alcanzar los fines de la Declaración (artículo 38).

Hasta aquí se han presentado los supuestos de la Declaración que solo se refieren a la consulta previa. Estos supuestos son una innovación en cuanto a que atienden a situaciones que el C169 no había previsto para ser sometidas a consulta. Por ejemplo, la ocupación militar de sus territorios. De hecho, el artículo 30 de la Declaración establece el deber del Estado de llevar a cabo consultas efectivas y, si el pueblo consultado no acepta la medida, el Estado debería adoptar la medida si es compatible con el interés público.¹⁰⁴

¹⁰⁴ El texto del artículo 30 de la Declaración, es como sigue:

«1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.

Previamente se ha afirmado que la Declaración es un avance sobre los derechos de los pueblos indígenas. Esta afirmación está respaldada por el reconocimiento de derechos que los envuelven, de manera autónoma, en los procesos de adopción de decisiones. Su artículo 19, considerado como un principio general por el Relator Especial,¹⁰⁵ encuentra su correspondencia en el artículo 6 del C169. También regula el deber de los Estados de consultar antes de adoptar o implementar cualquier medida legislativa o administrativa. El artículo 32 de la Declaración menciona al consentimiento como único fin del proceso consultivo. Esto es, en caso que el Estado demande la aprobación de cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente minerales, hídricos o de otro tipo. En este artículo, la exigencia del consentimiento está relacionada al reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a su propio desarrollo y a la importancia que reviste para ellos la conservación de sus tierras, territorios y recursos naturales necesarios para su subsistencia.

Adicionalmente, la Declaración determina otros casos en los cuales es imprescindible la obtención del consentimiento libre, previo e informado. Reconoce que los pueblos indígenas solo podrán ser trasladados de sus tierras y territorios bajo su consentimiento y previo acuerdo de una indemnización justa y equitativa y, de ser posible, siempre que cuenten con una opción de regreso (artículo 10). Del mismo modo, el ser reconocido el derecho de los pueblos indígenas a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios, la Declaración establece el deber estatal de abstenerse de almacenar o eliminar materiales peligrosos en ellos, hasta lograr el consentimiento del pueblo indígena afectado por la medida (artículo 29).

2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares».

¹⁰⁵ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe Anual del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de Julio de 2009, párr. 38. El texto de este párrafo es como sigue: «Cabe hacer hincapié en que el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas sobre decisiones que los afecten se expresa de manera destacada en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y está firmemente arraigado en las normas internacionales de derechos humanos. Este deber se menciona a lo largo de la Declaración con respecto a preocupaciones específicas (arts. 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38), y se afirma como principio general en el artículo 19, en el que se dispone que: “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 o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”».

2.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

Estos instrumentos jurídicos de protección de derechos humanos tienen un alcance general. Esto es, no plantean ningún tratamiento especial para los pueblos indígenas; lo cual no significa que estén fuera de su alcance. Como individuos, los miembros de los pueblos indígenas tienen los mismos derechos que las personas «no-indígenas». No obstante, es preciso destacar que, como colectividad, suelen invocar¹⁰⁶ el artículo 1 del PIDCP y PIDESC¹⁰⁷ y el artículo 27 de PIDCP.¹⁰⁸

El artículo 1 común de estos Pactos Internacionales, reconoce el derecho de los *pueblos* a su libre determinación, con lo cual pueden esta-

¹⁰⁶ Algunos de estos casos son: ONU, Comité de Derechos Humanos, *Sandra Lovelace vs. Canadá*, Doc. ONU CCPR/C/13/D/24/1977, Comunicación No. 24/1977, 30 de Julio de 1981; ONU, Comité de Derechos Humanos, *Chief Bernard Ominayak y Lubicon Lake Band vs. Canadá*, Doc. ONU CCPR/C/38/D/167/1984, Comunicación No. 167/1984, 26 de marzo de 1990; ONU, Comité de Derechos Humanos, *Ivan Kitok v. Suecia*, Doc. ONU CCPR/C/33/D/197/1985, Comunicación No. 197/1985, 10 de agosto de 1988; ONU, Comité de Derechos Humanos, *Länsman et al. vs. Finlandia*, Doc. ONU CCPR/C/52/D/511/1992, Comunicación No. 511/1992, 8 de noviembre de 1994; *Hopu y Bessert vs. Francia*, Doc. ONU CCPR/C/60/D/549/1993/Rev.1, Comunicación No 549/1993, 29 de diciembre de 1997; ONU, Comité de Derechos Humanos, *Apirana Mahuika et al vs. Nueva Zelanda*, Doc. ONU CCPR/C/70/D/547/1993, Comunicación No 547/1993, 27 de octubre de 2000; ONU, Comité de Derechos Humanos, *Anni Äärelä y Jouni Näkkäläjärvi v. Finlandia*, Doc. CCPR/C/73/D/779/1997, Comunicación No. 779/1997, 24 de Octubre de 2001.

¹⁰⁷ El texto del artículo 1 es como sigue:

«1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas».

¹⁰⁸ El texto del artículo 27 del PIDCP es como sigue:

«En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma».

blecer su condición política y su desarrollo económico, social y cultural. Las organizaciones indígenas, al proclamarse *pueblos*, han reclamado ejercerlo con el objeto de administrar libremente sus riquezas y recursos, tal como lo estipula el segundo párrafo del artículo 1. En este sentido, no significa que el artículo 1 solo haya sido invocado por los Estados, entendidos como *pueblos*, sino que los pueblos indígenas también la usaron durante décadas para sustentar sus reivindicaciones. Por lo tanto, y en consideración de la posición del Relator, se puede asegurar que este artículo común ha servido de fundamentación para el reconocimiento de otros derechos que les han dado mayor autonomía, independencia y responsabilidad. Gracias a la libre determinación, los pueblos indígenas han podido impulsar sus requerimientos, al mismo tiempo que han logrado promover la evolución de sus derechos en el sistema universal.

Sobre el derecho de consulta previa, el Relator Anaya ha sostenido que el deber de los Estados de celebrar consultas se fundamenta en las normas internacionales de derechos humanos, particularmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, ha reconocido que el derecho a la libre determinación es uno de los pilares que hicieron posible su configuración.¹⁰⁹ Gracias a este derecho los pueblos indígenas pueden determinar libremente su desarrollo económico, político y cultural y participar en igualdad de condiciones en relación a otros sectores de la sociedad.

Por otra parte, en consideración a la diversidad de los pueblos y las diferentes circunstancias en las que se encuentran, se concibió el artículo 27 con el fin de salvaguardar su integridad cultural. Este artículo ha sido utilizado tanto por el Comité de Derechos Humanos como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como base jurídica fundamental de sus decisiones encaminadas a resguardar la supervivencia de los pueblos indígenas, mediante la protección de sus derechos territoriales, de su idioma e instituciones propias.¹¹⁰ En cuanto al derecho a la consulta previa, también encuentra su fundamento normativo en el artículo 27 del PIDCP, el cual, al proteger la vida cultural de las minorías

¹⁰⁹ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe Anual del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrs. 40 y 41.

¹¹⁰ Anaya advierte que los casos conocidos por el Comité de Derechos Humanos a favor a los pueblos indígenas, han sido resueltos en base a una interpretación integral del Pacto, y no solamente por la aplicación del artículo 27. Ver: Anaya, James (2009): *International Human Rights and Indigenous Peoples: the move toward the multicultural state*. Arizona Legal Studies. Discussion paper No. 09-34. pp. 28, 32-34.

y grupos étnicos, ha llevado al Comité de Derechos Humanos a afirmar que la falta de consultas a los pueblos indígenas sobre las medidas que les afectan constituyen una negación de sus derechos culturales, por lo tanto, también significan la violación del artículo 27.¹¹¹

2.4. **Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD)**

Aunque no existe una disposición particular sobre los pueblos indígenas en esta Convención, es indudable la importancia de este instrumento para ellos. Los indígenas, considerados de manera individual o colectivamente, son objeto de discriminación y continúan siendo privados de sus derechos y libertades fundamentales, especialmente a gozar de sus tierras y recursos naturales. Esta ha sido la advertencia que ha hecho el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (en adelante, CERD) en su Recomendación General No. 23¹¹² que, en cumplimiento de su mandato conferido por el artículo 9 de la ICERD, advierte la vulnerabilidad permanente en la que se encuentran los pueblos indígenas, fundamentalmente por la explotación descontrolada de sus tierras y de los recursos que se encuentran en ellas. En esta Recomendación se afirma que:

[E]n muchas regiones del mundo se ha discriminado y sigue discriminándose a los pueblos indígenas, y se les ha privado de sus derechos humanos y libertades fundamentales, y concretamente, de que los colonizadores, las empresas comerciales y las empresas de Estado les han arrebatado sus tierras y sus recursos.¹¹³

¹¹¹ ONU, Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2010/2, 17 de mayo de 2010, párr. 12; Rendón Escobar, Elena: «Los derechos humanos de los pueblos indígenas en los instrumentos internacionales», En: Asociación Peruana de Estudios para la Paz - APEP (1996): *Derechos humanos y pueblos indígenas de la Amazonía peruana: Realidad, normativa y perspectivas*, Lima, pp. 31- 55; y Rodríguez van der Hammen, Ana Sabina (2013): *El derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado: desarrollo jurisprudencial y retos para su implementación*, Documento de Trabajo No. 3, Marzo, Universidad de los Andes / Facultad de Derecho, Grupo de Derecho de Interés Público, pp. 10-11.

¹¹² ONU, Asamblea General, Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Doc. ONU A/52/18, anexo V, 52.ª Sesión de la Asamblea General, 26 de septiembre de 1997.

¹¹³ ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General No. 23: *Pueblos Indígenas*, párr. 3.

Esta invasión y pérdida continua de sus territorios, pone también en peligro la preservación de su identidad cultural y su continuidad histórica. El llamado que hace el CERD a los Estados en favor de los pueblos indígenas está relacionado a la protección de toda forma de discriminación por su condición étnica, al fortalecimiento de las condiciones que les permitan gozar de otros derechos como determinar sus propias formas de desarrollo (de acuerdo a sus características culturales), a participar de manera efectiva e igual en la vida pública, así como tomar las decisiones que les competen directamente. El CERD establece que estas decisiones que pueden afectar sus derechos no deben ser tomadas sin su consentimiento informado. Sostiene que mediante este derecho se podrán asegurar otros, principalmente, el derecho de los pueblos indígenas a su propio desarrollo; a sus tierras, territorios y recursos; a decidir el tipo de actividades que podrán hacerse en sus territorios; a la restitución y, en caso que ésta no se logre, a la compensación.¹¹⁴

La Recomendación General No. 23 solamente refiere al deber del Estado a obtener el consentimiento libre e informado. En esta consideración, el Relator Anaya ha advertido que «en todos los casos en que una medida propuesta afecte los intereses particulares de los pueblos indígenas, la obtención de su consentimiento deberá ser, en cierta medida, una finalidad de las consultas».¹¹⁵ Es decir, a través del proceso de consulta será posible obtener el consentimiento.

En la práctica, el CERD ha advertido problemas sobre el cumplimiento del deber de consultar de los Estados:

¹¹⁴ «4. El Comité exhorta en particular a los Estados Partes a que:

d. Garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado;

(...)

5. El Comité exhorta especialmente a los Estados Partes a que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos. Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios».

¹¹⁵ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe Anual del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr 48.

- El primero, está relacionado con la ausencia de mecanismos adecuados de consulta que tengan como fin conseguir el consentimiento previo, libre e informado. En su recomendación al Estado de Guatemala, el CERD ha afirmado que «(...) la ausencia de reglamentación del Convenio No. 169 no es impedimento para que se lleven a cabo procesos de consulta previa»,¹¹⁶ es decir, los Estados no pueden excusarse de cumplir con su deber de consultar en base a su propia falta de diligencia para la implementación de un derecho.
- El segundo problema se refiere al proceso consultivo propiamente dicho, el CERD ha observado que estos procesos no se ajustan a los estándares internacionales y que los acuerdos alcanzados con los pueblos indígenas resultan parcializados, por efecto del desequilibrio de poder que caracteriza un proceso que no se ajusta a las normas de derechos humanos, por lo que ha recomendado al Estado seguir los estándares internacionales y no delegar su responsabilidad de consultar a la empresa privada, que se constituye frecuentemente en una de las partes.¹¹⁷
- El tercer aspecto está relacionado con la oportunidad de la consulta. El CERD ha verificado que se ejecutan medidas sin consultar previamente a los pueblos indígenas, por lo que recomienda consultarles en cada etapa del proceso y conseguir su consentimiento antes de realizar la medida proyectada.¹¹⁸ Esto con el objeto de evitar situaciones conflictivas y violentas como lo ocurrido en Bagua (Perú), o violaciones de otros derechos, como la exigencia de vivir en un medio ambiente sano de las comunidades mapuche en la Araucanía (Chile).¹¹⁹

¹¹⁶ ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención 12.º y 13.º informes periódicos que los Estados partes debían presentar en 2008: Guatemala*, Doc. ONU CERD/C/GTM/CO/12-13, 17 de septiembre de 2009, párr. 11(a).

¹¹⁷ ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención: Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Panamá*, Doc. ONU CERD/C/PAN/CO/15-20, 16 de marzo de 2010, párr. 14.

¹¹⁸ ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Examen de los informes presentados por los estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención: Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Perú*, Doc. ONU CERD/C/PER/CO/14-17, 3 de septiembre de 2009, párr. 14.

¹¹⁹ ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Examen de los informes presentados por los estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención: Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Chile*, Doc. ONU CERD/C/CHL/CO/15-18, 7 de septiembre de 2009, párr. 23.

— En cuarto lugar, relacionado también con la oportunidad, el CERD recomienda evitar lentitud en los procesos de consulta, para no perder efectividad, dinamismo ni generar desconfianza de parte de los pueblos a consultar.¹²⁰

Finalmente, a manera de reflexión, se pueden hacer dos aseveraciones con relación a los pronunciamientos del CERD: En primer lugar, la Recomendación General y las observaciones recaídas sobre cada Estado, están focalizadas al tratamiento de la consulta previa en situaciones donde los pueblos indígenas puedan resultar afectados por proyectos de desarrollo y por la explotación de sus tierras y de los recursos naturales.¹²¹ La experiencia indica que muchas veces han sido despojados u obligados a movilizarse de sus tierras tradicionalmente ocupadas. En segundo lugar, que la recomendación de desarrollar mecanismos de aplicación para la consulta está destinada a todos los Estados que son parte del C169 y del C107, así como por quienes aprobaron la Declaración.¹²²

2.5. Normas sobre derechos humanos aplicables a la región americana

En la región americana existen instrumentos de derechos humanos que también pueden ser invocados por los pueblos indígenas, estos son: La Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Los instrumentos mencionados, aunque establezcan derechos individuales, tienen especial relevancia en cuanto han servido de fundamento jurídico para el desarrollo progresivo de los derechos de los pueblos indígenas dentro del marco

¹²⁰ *Ibíd.*, párr. 16.

¹²¹ ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención: Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Argentina*, Doc. ONU CERD/C/ARG/CO/19-20, 29 de marzo de 2010, párr. 26.

¹²² Ver: ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención: Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Panamá*, Doc. ONU CERD/C/PAN/CO/15-20, 16 de marzo de 2010, párr. 14; y ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención 12.º y 13.º informes periódicos que los Estados partes debían presentar en 2008: Guatemala*, Doc. ONU CERD/C/GTM/CO/12-13, 17 de septiembre de 2009, párr. 11(a).

de los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano.

En otros instrumentos regionales pueden encontrarse disposiciones que resaltan la importancia de la participación indígena en los asuntos del Estado para afianzar la democracia. Así, podemos mencionar a la Carta Democrática Interamericana, cuyo artículo 6 reconoce que la participación ciudadana en decisiones relativas a su desarrollo es un derecho y una responsabilidad, y que es una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Esta disposición debe ser interpretada conjuntamente con el artículo 9, el cual establece la eliminación de toda forma de discriminación étnica y racial y la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y la diversidad étnica, cultural y religiosa. De la misma forma, la Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza es un instrumento de carácter subregional de la Región Andina. Destaca la parte dedicada a los derechos de los pueblos indígenas, particularmente, cuando se declara la protección y promoción de sus derechos y la importancia de su participación activa en todos los ámbitos de la vida nacional para afianzar la democracia.

El Proyecto de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas¹²³ reconoce, entre otros, los derechos a la libre determinación, consulta, consentimiento y participación. En caso de ser aprobado, constituiría un moderno instrumento legal para la protección de los pueblos indígenas. De su contenido, merecen mención especial el artículo XV, el cual reconoce su derecho a determinar libremente su desarrollo y a participar en la toma de decisiones en todos los niveles sobre los asuntos que les afecten directamente; el párrafo séptimo del artículo XIII, que establece la necesidad de obtener el consentimiento antes que el Estado cree un área protegida en sus territorios y el artículo XVIII, cuyo párrafo quinto establece el deber del Estado de fomentar la participación de los pueblos indígenas antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección, planeamiento o explotación de recursos del subsuelo que se encuentren en sus territorios y su párrafo sexto, que el traslado o reubicación no procederá sin el consentimiento

¹²³ Este proyecto está siendo debatido desde 1999 en el seno del Grupo de Trabajo creado por la Asamblea General de las Organizaciones de los Estados Americanos. Su discusión se inició sobre el texto propuesto por la CIDH, el cual fue aprobado el 27 de febrero de 1997, durante su 95.º Período Ordinario de Sesiones. Ver: OEA/Ser.G, CP/doc.2878/97 corr.1 del 1 de abril de 2007. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN-doc_334-08_rev7_esp.pdf

libre, genuino, público e informado de la comunidad, salvo circunstancias excepcionales de interés público.

En la actualidad, continúan las negociaciones sobre el contenido de este documento.¹²⁴ Todavía no existe consenso entre los Estados y las organizaciones indígenas. Probablemente esto podría deberse a que, por un lado, esta Declaración reconoce derechos que implican autonomía y autogobierno y, por otro lado, por los conflictos generados con la población indígena sobre proyectos de desarrollo en sus territorios.

2.6. La consulta previa en el Sistema Africano de Derechos Humanos

En África, los Convenios de la OIT Nos. 107 y 169 han sido ratificados por unos cuantos países.¹²⁵ En cuanto a la Declaración, numerosos países africanos no dejaron de observar cuestiones relacionadas al reconocimiento de la libre determinación, autonomía y consentimiento de los pueblos indígenas. De las once abstenciones, tres correspondieron a Estados africanos: Burundi, Kenia, Nigeria. El resto de Estados habrían aprobado este instrumento.¹²⁶

Este marco jurídico internacional se complementa con la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.¹²⁷ Según opinión de la CIDH, es el primer instrumento internacional en reconocer derechos colectivos e individuales. Esta separación de derechos se constituyó en una tendencia internacional para los posteriores instrumentos internacionales, inclu-

¹²⁴ Las discusiones se hacen sobre un texto consolidado preparado por la presidencia del Grupo de Trabajo, el cual fue aprobado el 2003. En él se recogen los derechos de consulta y consentimiento previo, libre e informado. Ver: Doc. OEA/Ser.K/XVI/GT/DADIN/doc.139/03, 17 de junio de 2003.

¹²⁵ El C107 fue ratificado por seis países africanos: Angola, Egipto, Ghana, Guinea Bissau, Malawi y Túnez. El C169 ha sido ratificado únicamente por la República Centroafricana.

¹²⁶ Adicionalmente, puede mencionarse que son pocas las constituciones y leyes africanas que reconocen la existencia de los pueblos indígenas en sus territorios. Muchos gobiernos han adoptado la posición oficial de afirmar que «todos los africanos son indígenas» y han asumido políticas asimilacionistas porque no resultaría legítimo sostener un tratamiento preferencial a un sector de la sociedad. OUA, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos e IWGIA (2005): *Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Peoples' Rights*, p. 47 y 60.

¹²⁷ La Carta Africana fue adoptada en Nairobi, el 27 de junio de 1981, entró en vigencia el 21 de octubre de 1986. Esta Carta es reconocida por todos los Estados miembros de la Unión Africana, por lo tanto, todos ellos están sujetos a la supervisión y control de la Comisión Africana.

yendo la Declaración de Viena de 1993 y el Programa de Acción,¹²⁸ en el cual las organizaciones indígenas consiguieron la diferenciación de sus demandas de las pertenecientes a las minorías (Arts. 19 y 20 de la Declaración de Viena).¹²⁹

Los pronunciamientos de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre derechos colectivos de los pueblos indígenas se fundamentan en los artículos 19, 20, 21, 23 y 24 de la Carta Africana. Para el caso de la consulta previa, sus disposiciones pueden ser aplicadas, en el sentido que refuerzan el requerimiento de los pueblos indígenas a ser consultados. En primer lugar, el artículo 19 de la Carta establece la igualdad entre los pueblos, prohibiendo cualquier tipo de dominación entre ellos, lo que significa que ninguno puede imponer sobre otro un modelo de desarrollo. Esta disposición está ligada al artículo 20 que reconoce a los pueblos el derecho a la libre determinación, es decir, pueden decidir su propio desarrollo económico y social, conforme a su propia identidad.¹³⁰ Estos dos artículos en combinación con artículos 21 y 22 de la Carta permiten afirmar, por un lado, el derecho de los pueblos indígenas a controlar y disponer de sus territorios y sus recursos y, por otro, la obligación de los gobiernos de consultar y de obtener su consentimiento cada vez que se pretenda realizar actividades que afecten estos derechos.

¹²⁸ Adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 12 de Julio de 1993, A/CONF.157/23.

¹²⁹ CIDH, *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.108 Doc. 62, 20 de octubre de 2000, Presentación.

¹³⁰ Según el Grupo de Trabajo sobre los Derechos de las Poblaciones/Comunidades Indígenas (establecido por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos), el derecho a la libre determinación de los «pueblos» también estaría íntimamente relacionado a la colonización y a la necesidad de liberación frente a cualquier dominación extranjera.

3. Aspectos fundamentales sobre el derecho a la consulta previa

3.1. Aplicación personal

La importancia de entender el significado de los pueblos indígenas radica en que otorgaría a los Estados la posibilidad de contar con mayores elementos para implementar las normas internacionales que están obligados a cumplir, ya que focalizarían sus políticas sobre los grupos debidamente identificados. Asimismo, permitiría a las poblaciones autoidentificadas como indígenas ejercer mayor presión al exigir el respeto de sus derechos.

De acuerdo a los principales aspectos del informe de Erica I. Daes sobre los estándares del derecho internacional en relación a los derechos de los pueblos indígenas¹³¹, la raíz semántica de los términos *indigenae*, *autochtone* o *ursprung*, usados en el moderno derecho internacional, comparten el mismo elemento básico conceptual: prioridad en el tiempo. La Sociedad de Naciones utilizó el término indígena para referirse a pueblos que están bajo dominación colonial y que no cuentan con la suficiente capacidad institucional para sostenerse por sí mismos. Es decir, confluyen dos elementos: la subordinación y la incapacidad-superioridad. Esta posición, establecida en el artículo 22 de su Convenio constitutivo¹³²,

¹³¹ ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Standard - Setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People, Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of «indigenous people»*, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio de 1996.

¹³² El artículo 22(1) hace referencia a la incapacidad de los pueblos para guiarse por sus propias instituciones, necesitando un tutelaje de países *con mayor desarrollo* «A las colonias y territorios que, a raíz de la reciente guerra, han cesado de hallarse bajo la soberanía de los Estados que lo gobernaban anteriormente y que son habitados por pueblos aun incapa-

fue observada por la Unión Panamericana¹³³. Este organismo sostenía en el contexto americano los indígenas estaban caracterizados por su marginalidad y vulnerabilidad, y no por su incapacidad de administración, tal y como se asumió durante la Conferencia de Berlín. Podría interpretarse entonces, según el Informe de Daes, que el artículo 22 estaría dirigido solamente a casos presentados en África.¹³⁴

La aprobación de la Carta de las Naciones Unidas en 1945, significó un hito relevante en el desarrollo del concepto de pueblos indígenas, ya que recogió aspectos importantes que abrieron un espacio de debate sobre la conveniencia de la existencia de las colonias y sobre la real situación de los pueblos indígenas o tribales que las habitaban. Los principios de igualdad y libre determinación recogidos en esta Carta supusieron que:

[...] la teoría política y jurídica que había apoyado la colonización europea estaba ampliamente desacreditada, así como fue el pensamiento que soportó el tratamiento como inferior de los habitantes indígenas de tierras que fueron y continúan colonizadas.¹³⁵

Otro intento de definición de los pueblos indígenas fue realizado en el Convenio No. 50 de la OIT, relativo a la reglamentación de ciertos sistemas especiales de reclutamiento de trabajadores.¹³⁶ Este instrumento jurídico otorga doble significado al término indígena: por origen y por asimilación.¹³⁷ Posteriormente, el C107, en su artículo 1, estableció que

ces de regirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno, deberá aplicarse el principio que el bienestar y el desarrollo de los pueblos constituyen una misión sagrada de civilización, y deberán ser incorporados en el presente pacto garantías para el cumplimiento de dicha misión» (énfasis añadido).

¹³³ Organismo antecesor a la Organización de Estados Americanos.

¹³⁴ ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Standard - Setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People, Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of «indigenous people»*, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio de 1996, párrs. 12, 13 y 14.

¹³⁵ Traducción propia. El texto original se lee como sigue: «the political and legal theory that had supported European colonization was by then widely discredited, as was the thinking that supported the treatment as inferior of the indigenous inhabitants of once or still colonized lands». Ver: Anaya, James, «The evolution of the concept of indigenous peoples and its contemporary dimensions». En: Dersso, Salomon (2010), *op. cit.*, p. 31.

¹³⁶ Convenio No. 50, sobre el Reclutamiento de Trabajadores Indígenas, fue adoptado el 20 de junio de 1936, en la 20.ª Reunión de la CIT, Ginebra, entró en vigencia el 8 de Septiembre de 1939.

¹³⁷ El significado de los trabajadores indígenas se desarrolla en el artículo 2.b del Convenio No. 50. El texto de este artículo es como sigue: «la expresión *trabajadores indígenas* comprende a los trabajadores que pertenecen o están asimilados a las poblaciones indígenas de los territorios dependientes de los Miembros de la Organización, así como a los trabajadores que pertenecen o estén asimilados a las poblaciones indígenas

las poblaciones tribales e indígenas se diferencian entre sí en base a la «historia de conquista o colonización»;¹³⁸ y que las poblaciones indígenas pueden ser diferenciadas en base a dos elementos: elemento de diferenciación y el elemento de colonialismo.¹³⁹ Cabe señalar que las disposiciones del C107 son igualmente aplicables a poblaciones indígenas y a poblaciones tribales.¹⁴⁰

Estos primeros esfuerzos de la OIT por presentar una definición sobre pueblos indígenas también se dieron en otros órganos de las Naciones Unidas. Destaca el «Estudio Martínez Cobo», cuyos criterios indicativos han permitido la elaboración de una definición sobre los pueblos indígenas desde una perspectiva internacional. El Relator hizo hincapié en advertir que los pueblos indígenas son responsables de definirse a sí mismos. Es decir, se reconoce al criterio de auto-identificación como elemento determinante para su definición:

[...] ha de afirmarse que los pueblos indígenas deben ser reconocidos de acuerdo con su propia percepción y concepción de sí mismos, en relación con otros grupos, en vez de pretender definirlos con arreglo a la percepción de otros a través de valores de sociedades foráneas o los de los sectores predominantes en ellas.¹⁴¹

dependientes de los territorios metropolitanos de los Miembros de la Organización». Ver también: Barume, Kwokwo Albert (2010): *Land rights of indigenous peoples in Africa*, IWGIA, Documento No. 115, pp. 22-23.

¹³⁸ ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Standard - Setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People, Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of «indigenous people»*, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio de 1996, párr. 22.

¹³⁹ Para mayor claridad, se recomienda revisar los párrafos 80, 83 y 87 de la Sentencia del Pueblo Saramaka vs. Surinam. En este caso, la CortelDH afirma que los Saramaka no pueden ser considerados indígenas ya que, durante tiempos coloniales, fueron trasladados a un territorio que en la actualidad se conoce como Surinam. Es decir, no habitaban en sus territorios antes que llegasen los colonizadores. No obstante, el pueblo tribal se asemeja al pueblo indígena porque mantiene sus propias normas, costumbres y tradiciones, y un vínculo especial con sus tierras. Ver también: ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Standard - Setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People, Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of «indigenous people»*, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio de 1996, párr. 25.

¹⁴⁰ ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Standard - Setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People, Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of «indigenous people»*, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio de 1996, párr. 22.

¹⁴¹ ONU, Subcomisión para la prevención de la Discriminación y Protección de Minorías, Informe del Relator José Martínez Cobo, *Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas - Conclusiones, Propuestas y Recomendaciones*, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, 1987, párr. 368.

Según el estudio Martínez Cobo, para que una comunidad, población, pueblo o nación¹⁴² pueda ser considerada indígena en el derecho internacional deberá cumplir con los siguientes criterios: i) continuidad histórica sobre los territorios que han sido invadidos y colonizados,¹⁴³ ii) diferencia frente a otros sectores predominantes de la sociedad, iii) determinación de preservar, desarrollar y transmitir sus territorios ancestrales y su identidad étnica a futuras generaciones, conforme a sus patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales.¹⁴⁴ Adicionalmente, el Relator concluyó que una persona puede ser considerada como miembro de un pueblo indígena si se cumplen los siguientes elementos subjetivos: i) la auto-identificación (como proceso personal) y ii) el reconocimiento y aceptación por el pueblo indígena (como proceso social y cultural).¹⁴⁵

En la práctica, esta definición ha sido ampliamente aceptada desde diversos sectores.¹⁴⁶ En primer lugar, los Estados empezaron a aceptarlos, inclusive algunos que habían sido recelosos al calificar a algunas representaciones que se autoproclamaban indígenas. Esto podría explicarse —tal como reflexiona el Banco Mundial— a que el uso de la categoría *pueblos indígenas* habría subsumido otros términos que refieren a grupos con estas características.¹⁴⁷ En segundo lugar, los pueblos indi-

¹⁴² Nótese que el Relator Martínez Cobo hace un uso indistinto de los términos pueblos y poblaciones. Al respecto se recomienda revisar la opinión de José Bengoa, recogida en: ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Standard - Setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People, Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of «indigenous people»*, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio de 1996, párr. 41.

¹⁴³ Los factores que determinan además la continuidad histórica son enumerados en el Informe Martínez Cobo: «Esta continuidad histórica puede consistir en la continuación, durante un período prolongado que llegue hasta el presente, de uno o más de los siguientes factores: a) Ocupación de las tierras ancestrales o al menos parte de ellas; b) Ascendencia común con los ocupantes originales de esas tierras; c) Cultura en general, o en ciertas manifestaciones específicas (tales como religión, vida bajo un sistema tribal, pertenencia a una comunidad indígena, trajes, medios de vida, estilos de vida, etc); d) idioma (ya se utilice como lengua única, lengua materna, como medio habitual de comunicación en el hogar o en la familia, o como lengua principal, preferida, habitual, general o normal); e) Residencia en ciertas partes del país o en ciertas regiones del mundo; f) otros factores pertinentes». Relator José Martínez Cobo, *Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas - Conclusiones, Propuestas y Recomendaciones*, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, 1987, párr. 380.

¹⁴⁴ *Ibidem*, párr. 379.

¹⁴⁵ *Ibidem*, párr. 381 y 382.

¹⁴⁶ ONU, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, *The concept of indigenous peoples*, Doc. ONU PFI/2004/WS.1/3, párr. 8.

¹⁴⁷ Sanders menciona los casos de Bangladesh, India, Indonesia y Japón, que no reconocían la existencia de grupos indígenas en su población. Sanders, Douglas (1999): «Indigenous Peoples: issues of definition». En: *International Journal of Cultural Property*. Vol. 8, enero, pp. 6-7

genas han expresado su conformidad con las conclusiones del Estudio Martínez Cobo,¹⁴⁸ especialmente con el criterio de la auto-identificación referido en él. Por último, ha servido de inspiración a la OIT, ya que recogió estos criterios para la redacción del segundo párrafo del artículo 1 del C169.¹⁴⁹

El C169 mantiene los criterios objetivos del C107. Los pueblos indígenas continúan siendo definidos mediante el criterio de distintividad frente al resto de la sociedad y el criterio de subordinación marcado por la conquista o colonización. Innova al agregar como criterio objetivo su existencia antes del establecimiento de las actuales fronteras y al reconocer el criterio subjetivo de autoidentificación.¹⁵⁰ Cabe mencionar que el C169 adopta el término *pueblos* en lugar de poblaciones, lo cual significó un triunfo para las organizaciones indígenas, porque se ajusta mejor a sus aspiraciones de reconocimiento a su identidad colectiva y diferenciada del resto de la sociedad y significa un acercamiento al ejercicio de su derecho a la libre determinación.¹⁵¹ Por su parte, la Declaración omitió definirlos. Su preámbulo solo refiere a algunos de los elementos desarrollados en los convenios de la OIT¹⁵² como en el reconocimiento del derecho a la libre determinación y el derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres o tradiciones.¹⁵³

¹⁴⁸ La definición planteada en el Estudio Martínez Cobo ha sido recogida en la medida que constituye «una aceptable base de trabajo» para las Naciones Unidas y sus órganos. ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Study on treaties, agreements and other constructive arrangements between States and indigenous populations: Final report by Miguel Alfonso Martínez, Special Rapporteur*, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1999/20, 22 de junio de 1999, párr. 71.

¹⁴⁹ El texto del artículo 1(2) del C169 es como sigue: «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».

¹⁵⁰ Este elemento de autoidentificación viene siendo ampliamente aceptado por los pueblos indígenas, quienes han manifestado en los foros internacionales su disconformidad con definiciones que busquen globalizarlos en una sola categoría.

¹⁵¹ La inclusión del término *pueblos* en el C169 estuvo acompañado de una intensa discusión entre los Estados en cuanto a su pertinencia ya que tiene implicancias sobre el derecho a la autodeterminación. Por ello se explica la inclusión de un tercer párrafo en el artículo 1, cuyo texto es el siguiente: «La utilización del término *pueblos* en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional».

¹⁵² Un acercamiento de la Declaración a la definición sobre pueblos indígenas se enuncia en el Sexto Considerando de su preámbulo con el siguiente texto: «preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses».

¹⁵³ Artículos 3 y 33 de la Declaración.

El Banco Mundial también ha aportado una definición sobre los pueblos indígenas. Este organismo considera que al ser un término de carácter general deberá ser utilizado para referirse a grupos vulnerables con una identidad social y cultural diferenciada, con las siguientes características: que se autoidentifiquen y sean identificados como miembros del grupo; que tengan un apego colectivo a sus territorios ancestrales; que posean instituciones consuetudinarias diferentes a las predominantes en la sociedad y que usen una lengua indígena.¹⁵⁴

Como una primera conclusión en relación a este asunto, considero pertinente señalar que intentar presentar una definición homogénea para un objeto de carácter tan diverso resulta imposible. No resulta igual proponer una definición para los pueblos indígenas del continente americano, que para la totalidad de los grupos étnicos de África o Asia, especialmente por el criterio de prioridad en el tiempo.¹⁵⁵ Pueden presentarse diferentes elementos dependiendo de cada región, ya que cada una tiene sus propias particularidades sociales y culturales y sus procesos históricos son distintos. En las Américas del siglo XVIII y XIX, el proceso de colonización y la formación de los Estados significó para los indígenas el trato diferente frente a los colonos europeos y la negación de derechos ciudadanos. En África se afrontaba otro tipo de problemática: el reparto de sus territorios bajo forma de fideicomisos entre los países europeos, en el cual los *países superiores* se arrogaban el deber de administrar los territorios y además proteger a los nativos, tal y como se señala el Artículo VI del Acta General de la Conferencia de Berlín.¹⁵⁶

En esta misma dirección, la Opinión Consultiva de la Comisión Africana de Derechos Humanos y los Pueblos sobre la Declaración sostuvo que:

[...] no existe una definición universalmente aceptada del término y no existe una definición única capaz de abarcar las características de las poblaciones indígenas. Más bien, es mucho más re-

¹⁵⁴ Banco Mundial (2005): *Política Operacional 4.10, Pueblos Indígenas*, julio, párr. 4.

¹⁵⁵ Desmet, Ellen (2011): *Indigenous Rights entwined with nature conservation*, p. 80; Sanders, Douglas, *op. cit.*, p. 4; Kinsbury, Benedict (1998): «“Indigenous Peoples” in International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy», *The American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 3, Julio, p. 433.

¹⁵⁶ El artículo VI de la Acta General de la Conferencia de Berlín tiene el siguiente texto: «Todas las potencias que ejercen derechos de soberanía o influencia en los territorios antes mencionados se comprometen a velar por la preservación de las tribus nativas, y para atender la mejora de las condiciones de su moral y el bienestar material, y para ayudar en la supresión de la esclavitud y especialmente el comercio de esclavos [...]». Ver también: Anaya, James, «The evolution of the concept of indigenous peoples and its contemporary dimensions». En: Dersso, Salomon, *op. cit.*, pp. 27-30.

levante y constructivo intentar resaltar las principales características que permitan la identificación de las poblaciones indígenas y las comunidades en África. [...]

El término poblaciones indígenas no significa «primeros habitantes» en referencia al aborigen como opuesto a las comunidades no africanas o las que han venido de otra parte. Esta peculiaridad distingue a África de otros continentes, donde las comunidades indígenas han sido casi aniquiladas por las poblaciones no nativas¹⁵⁷ (énfasis añadido).

Atendiendo a la variabilidad de la definición de *pueblos indígenas*, el Relator Especial Alfonso Martínez sostuvo que en el contexto asiático y africano resultaría más conveniente utilizar el término *minorías* para denominar a los pueblos que se diferencian del resto de la sociedad, y no el término pueblos indígenas. Según su opinión, la costumbre de entender a estas minorías como pueblos indígenas derivaría principalmente del vacío que ha tenido su tratamiento específico y protección a nivel de las Naciones Unidas. La ausencia de mecanismos de defensa ha impulsado a estos grupos o minorías a hacerse llamar y tratar como indígenas.¹⁵⁸ Según Martínez, esta situación habría empezado a cambiar

¹⁵⁷ Traducción propia. El texto original es como sigue: «[...] there is no universally agreed definition of the term and no single definition can capture the characteristics of indigenous populations. Rather it is much more relevant and constructive to try to bring out the main characteristics allowing the identification of the indigenous populations and communities in Africa [...] The term indigenous populations does not mean “first inhabitants” in reference to aboriginality as opposed to non-African communities or those having come from elsewhere. This peculiarity distinguishes Africa from other Continents where native communities have been almost annihilated by non-native populations». Ver: OUA, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2007): *Advisory Opinion of the African Commission in Human and Peoples’ Rights on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 41.ª Sesión Ordinaria, Mayo, Accra, Ghana, párs. 10 y 13.

¹⁵⁸ En cuanto a la diferencia de conceptos entre pueblos indígenas y minorías, Desmet señala que los criterios de prioridad en el tiempo y la conexión con el territorio pueden ser válidos para diferenciarlos en muchos casos, pero no para todos; y que los criterios fundamentales de diferenciación estarían contenidos en la auto-identificación y en el reconocimiento de derechos que persiguen los unos y los otros. En el caso de las minorías tienden a reclamar derechos individuales, mientras que los pueblos indígenas reclaman derechos colectivos. Se sugiere revisar: Desmet, Ellen, *op. cit.*, pp. 80-81. Otro aspecto para diferenciar a los pueblos indígenas con las minorías lo señala Stavenhagen al sostener que en opinión de las Naciones Unidas, el principio de libre determinación solo es aplicable para los pueblos indígenas, mas no para las minorías. Además los pueblos indígenas invocan ser llamados como «first nations» para desmarcarse de las minorías u otros grupos étnicos. Revisar: Stavenhagen, Rodolfo (1985): *The Indigenous Problematique*. En IFDA (Ed.), *IFDA Dossier*, Vol 50. p. 5. Finalmente, en cuanto a la diferenciación de minorías y pueblos indígenas en África, Barume señala que entre ambas categorías se pueden encontrar básicamente dos diferencias: primero, que las minorías están generalmente en-

luego de la creación del Grupo de Trabajo sobre Minorías en el seno de las Naciones Unidas:¹⁵⁹

(...) las situaciones descritas más arriba, y que tienen como escenario a Estados africanos y asiáticos, deben ser analizadas en otros foros de las Naciones Unidas distintos a los que se encargan hoy de los problemas de los pueblos indígenas; en particular, en el Grupo de Trabajo sobre Minorías de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.¹⁶⁰

Vista la problemática que implica elaborar una definición sobre los pueblos indígenas, no se puede desmerecer la preocupación y el trabajo que ha venido realizando las Naciones Unidas y sus órganos, los propios Estados y las organizaciones indígenas y no indígenas para consensuar una que satisfaga los diferentes intereses representados. Este problema podría ser abordado en un estudio único, y en este trabajo solo se busca dejar constancia de la dificultad que resulta precisar su definición, lo cual es necesario cuando se consideran los problemas que en la práctica tienen los pueblos indígenas para ejercer sus derechos, ya que en no pocas oportunidades los Estados se excusan en esta imprecisión para no cumplir sus obligaciones, especialmente la de respetar las tierras y territorios o respetar su propia visión de desarrollo. Para efectos de este estudio, se abordará el ejercicio del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas cuya definición responde a los criterios establecidos en el instrumento vinculante y más actual de protección de sus derechos, el C 169.

3.2. Alcance material

En esta sección se presentarán las situaciones en las cuales los pueblos indígenas deberán ser consultados, en relación a sus tierras, territorios y recursos naturales. Para ello, me enfocaré en el análisis de las normas internacionales y de los pronunciamientos de los organismos internacionales que han desarrollado el contenido de este derecho.

marcada en términos individuales, mientras que los pueblos indígenas lo están en términos colectivos; segundo, que a diferencia de las minorías, los indígenas se caracterizan particularmente por su fuerte vínculo cultural con sus tierras. Ver: Barume, *op. cit.*, p. 41.

¹⁵⁹ ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Study on treaties, agreements and other constructive arrangements between States and indigenous populations: Final report by Miguel Alfonso Martínez, Special Rapporteur*, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1999/20, 22 de junio de 1999, párrs. 76-83.

¹⁶⁰ *Ibidem*, 90.

3.2.1. *Sobre medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles directamente*

El deber de celebrar consultas a los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente está previsto en el primer párrafo del artículo 6 del C169 y en el artículo 19 de la Declaración. Como se mencionó, la finalidad del proceso consultivo variará entre estos documentos. La Declaración establece como único objeto de la consulta la obtención del consentimiento; mientras que el C169 considera la posibilidad de llegar a un acuerdo.¹⁶¹ Ambos instrumentos no detallan con exactitud las materias de las medidas legislativas o administrativas que deberán ser consultadas, solo señalan que deberán afectarlas directamente. Por lo que, bajo una interpretación extensiva, se puede concluir que deberán consultarse *todas* las materias posibles de afectarles de una manera diferenciada.

Al respecto, la Comisión de Expertos de la OIT ha indicado que la inclusión del derecho a la consulta en el artículo 6 en el C169 obedeció a que los mandantes tripartitos quisieron otorgar a los pueblos indígenas el máximo control sobre *todas* las materias cubiertas por el convenio.¹⁶² A pesar de ello, comúnmente se interpreta que la consulta previa debe ser ejercida solamente cuando se busque viabilizar proyectos de desarrollo que implican la utilización de territorios indígenas. Esta interpretación es errónea, y es producto de una visión restringida de la aplicación de este derecho. La consulta previa, libre e informada debe cubrir todos los ámbitos, ya que los pueblos indígenas pueden ser afectados por *cualquier medida* que apruebe el Estado,¹⁶³ tal como se aprecia del artículo 23 de la Declaración.¹⁶⁴

¹⁶¹ El acuerdo, a diferencia del consentimiento, puede interpretarse como la aprobación parcial de la medida pero cuyos términos son igualmente satisfactorios para el pueblo o comunidad indígena afectada. El Comité de Expertos sostiene que más allá de los consensos que se puedan lograr, el proceso de consulta es una oportunidad para que los pueblos indígenas puedan expresar sus opiniones y así influir en los resultados. Ver: OIT, Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Observación Individual: Perú*, Adopción: 2009, Publicación: 99.ª reunión CIT (2010).

¹⁶² OIT, Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Informe General*, 100.ª reunión CIT, Doc. ILC.100/III/1.ª, 16 de febrero de 2011, pp. 862-863.

¹⁶³ Para ejemplificar la exigencia de los pueblos indígenas a ser consultados sobre medidas legislativas y administrativas que cubren diferentes materias, podemos mencionar la protesta indígena del 2009 en el Perú. Las organizaciones indígenas protestaron por la aprobación de un conjunto de normas legales, que fundamentalmente afectaban el derecho a sus tierras y territorios. Ver: Defensoría del Pueblo (2010): *Informe de la Defensoría del Pueblo del Perú sobre su actuación en los acontecimientos en Bagua y Utcubamba en el Conflicto de la Selva*.

¹⁶⁴ El texto del artículo 23 de la Declaración es como sigue: «Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su

La *generalidad o amplitud* en la aplicación del derecho a la consulta no significa que el Estado deba hacerlo cada vez que emita una medida legal o administrativa. La condición para realizar la consulta radica en la *afectación directa*. Es decir, deben tratarse de medidas que modifiquen parcial o totalmente el modo de vida de los pueblos indígenas. En palabras del Relator Anaya, la medida debe tener una *incidencia diferenciada* o que afecte a los pueblos indígenas en «modos no percibidos por otros individuos de la sociedad»,¹⁶⁵ incluso si tiene efectos más amplios, como las leyes o las reformas constitucionales.

En suma, la enunciación general de los artículos 6 y 19 encierra un proceso complejo. Para el caso de las medidas legislativas, el Congreso u otra entidad que tenga la posibilidad de emitir normas con rango de ley, tiene la obligación de establecer, con la participación de los representantes de los pueblos indígenas, mecanismos de consulta para cada etapa del procedimiento legislativo, de acuerdo a su propio diseño institucional. En el caso del Congreso, deberá realizarse desde la formulación del proyecto de ley, continuar en el debate del grupo especializado hasta la consideración final del proyecto en la sesión plenaria.

En cuanto a las consultas sobre las reformas constitucionales, Anaya elaboró un documento analizando la reforma constitucional chilena en asuntos indígenas. Destaco dos aspectos de este documento: primero, recomienda al Congreso, con la participación efectiva de los representantes de los pueblos indígenas, establecer procedimientos especiales en sus comisiones;¹⁶⁶ y segundo, recomienda realizar una

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 conciernen y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones».

¹⁶⁵ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe Anual del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 43. Por su parte, la CortelDH ha señalado que las medidas legislativas, administrativas o de cualquier otra índole que se aprueben para delimitar, demarcar y titular los territorios indígenas, deben contar con la participación y consentimiento de la comunidad afectada, a fin de asegurar el goce de sus derechos. Ver: CortelDH, *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párrs. 209-210.

¹⁶⁶ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya: *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, 5 de octubre de 2009, párr. 56.

convocatoria amplia, ya que una reforma constitucional afectará a todos los pueblos indígenas de un Estado. Con relación al último aspecto, el Relator observa que, inevitablemente, una participación amplia de los representantes indígenas tiende a crear conflictos, debido a que cada grupo tendrá una concepción diferente de los temas puestos a debate.¹⁶⁷

El deber de consultar se extiende a los supuestos en los que se busca aprobar una norma que regule su proceso (consulta sobre consulta). El Consejo de Administración de la OIT ha señalado que la obligación gubernamental de consultar nace del C169 y no de una ley en particular, y que cualquier propuesta legislativa que pretenda regular los mecanismos consultivos debe ser previamente negociada con los pueblos indígenas.¹⁶⁸ En el mismo sentido, la consulta sobre medidas administrativas deberá ser convocada por los organismos administrativos responsables de políticas y programas que conciernan a los pueblos indígenas, tal como lo señala el artículo 6(b) del Convenio No. 169.

Por lo expuesto, puede ser afirmado que el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a ser partícipes de la elaboración de las medidas legislativas y administrativas afirma el carácter democrático del Estado. La consulta previa no debe ser entendida como una intrusión en las labores legislativas de los parlamentarios o administrativas de los funcionarios o servidores públicos. Por el contrario, debe ser vista como una medida reparadora a los pueblos indígenas que han sufrido siglos de exclusión de las decisiones que desde el gobierno se han tomado sobre ellos.

¹⁶⁷ *Ibídem*, párr. 30.

¹⁶⁸ Esta observación fue hecha al Estado de Colombia por la aprobación inconclusa del Decreto No. 1320, que reglamentaba la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio. OIT, Consejo de Administración, 282.ª reunión, noviembre de 2001, Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Colombia, G.B.282/14/3. (Citado en: OIT (2009): *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*, pp. 65-66. En el mismo sentido, el Relator Anaya señala que también es obligación del Congreso de la República del Perú consultar a los pueblos indígenas el proyecto de ley que se proponga regular el proceso de consulta previa. Ver: ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe Especial del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, *Observaciones sobre la situación de los pueblos indígenas de la Amazonia y los sucesos del 5 de junio y días posteriores en las provincias de Bagua y Utcubamba, Perú*, Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.8, 18 de agosto de 2009, párr.44.

3.2.2. *Realización de actividades extractivas*

La situación vulnerable de los derechos territoriales de los pueblos indígenas es parte de una continua preocupación de los organismos internacionales sobre derechos humanos. El primer Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, Rodolfo Stavenhagen, sostuvo hace más de una década, que la pérdida de los territorios indígenas se debe: i. a la brecha de implementación de sus derechos humanos en el interior de los Estados, ii. a los ineficaces procesos de titulación de sus tierras,¹⁶⁹ iii. al interés cada vez mayor de la economía global en la utilización de los recursos que se hallan en estos territorios. Asimismo, advirtió la existencia de una alianza entre el Estado, las empresas privadas y los organismos internacionales financieros, que perjudica gravemente las aspiraciones de los pueblos indígenas a desarrollarse de acuerdo a su propia cultura.

Esta alianza (Estado-empresa-organismos financieros) permite y fomenta la ejecución de operaciones extractivas de recursos minerales y petroleros,¹⁷⁰ la construcción de infraestructura¹⁷¹ o la constitución de reservas forestales¹⁷² en territorios indígenas. En particular, el crecimiento de las actividades extractivas ha llevado a los pueblos indígenas a soportar la pérdida gradual del control de sus tierras, la contaminación de su entorno, el agotamiento de recursos necesarios para su subsistencia, la destrucción de lugares de importancia cultural y espiritual, y la pérdida de aspectos culturales como su idioma o sus modos de supervivencia.¹⁷³ En suma,

¹⁶⁹ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen*, 27 de febrero de 2007, Doc. ONU A/HRC/4/32, párr. 22. En la sección B de este informe, Stavenhagen hace un recuento de la pérdida continuada de territorios indígenas.

¹⁷⁰ Se sugiere revisar el texto de: LA TORRE LOPEZ, Lily (1998): *¡Sólo queremos vivir en paz! Experiencias petroleras en territorios indígenas de la Amazonia peruana*, IWGIA, Documento No. 25. Mediante estos casos, La Torre reflexiona sobre la importancia de los procesos consultivos y de consentimiento, tanto en la conformación de los lotes petroleros como en la aprobación de los Estudios de Impacto Socioambiental.

¹⁷¹ Por ejemplo, las obras que demanda la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA), y que en muchos casos se superponen a territorios indígenas.

¹⁷² ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen*, 27 de febrero de 2007, Doc. ONU A/HRC/4/32, párrs 17-18.

¹⁷³ Para entender los derechos de los pueblos indígenas, es necesario aplicar sobre ellos el concepto de interdependencia, indivisibilidad e integralidad. Por ejemplo, un pueblo indígena podrá asegurar su subsistencia mediante el control de sus recursos y territorios. Teniendo este control, mediante el ejercicio de derechos como la consulta

el incremento continuo de la demanda mundial por recursos estratégicos y los proyectos extractivos que se ejecutan para atender a estas demandas son el principal escollo para el ejercicio pleno de sus derechos.

Para los pueblos indígenas la consulta previa es un derecho que repercute en singular manera sobre la protección de sus derechos a la tierra y al territorio. Los que, a su vez, permiten el goce de otros,¹⁷⁴ ya que se constituyen en el soporte sobre el cual pueden desarrollar sus propias particularidades culturales. Como se ha mencionado, existen normas internacionales y pronunciamientos oficiales de organismos de derechos humanos que reconocen la existencia de una relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios y sus recursos naturales. Se puede mencionar el C169, el cual reconoce la *relación tradicional* entre *pueblos indígenas - tierras - territorios* en el primer párrafo del artículo 13, así como la relación *pueblos indígenas - recursos naturales*, en el primer párrafo de sus artículos 14 y 15.¹⁷⁵

En consideración a esta relación tradicional, el segundo párrafo del artículo 15 del C169 establece el deber estatal de consultar aún si el Estado es el propietario de los minerales u otros recursos del subsuelo y demás recursos existentes en el territorio nacional, incluyendo las tierras indígenas.¹⁷⁶ En tal sentido, la consulta resulta exigible ante cual-

o consentimiento, podrán desarrollar todas sus manifestaciones culturales. Ver: Urteaga Crovetto, Patricia (2009): «Fundamentación jurídica del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado en el marco del Convenio 169 de la OIT. El caso de Perú», *El Otro Derecho*, No. 40, junio, 192 p. Ver también: ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya: *Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos*, Doc. ONU A/HRC/18/35, 11 de julio de 2011, párrs. 30, 31, 33 y 39.

¹⁷⁴ CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: nomas y jurisprudencia de derechos humanos*, OEA/Ser.LV/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párrs. 276 y 278.

¹⁷⁵ Cabe mencionar que la primera versión del C169 había considerado otorgar a los pueblos indígenas el derecho de propiedad, posesión y control con carácter exclusivo sobre sus territorios tradicionalmente ocupados. Sin embargo, numerosos Estados se opusieron a aprobarlo, por lo que se decidió omitir los términos referentes a la *exclusividad* y al *control* de territorios, debilitando de esta manera sus derechos. Ver: Barume, *op. cit.*, p. 253.

¹⁷⁶ El derecho de los pueblos indígenas a ejercer el control de sus recursos naturales solo puede encontrar algunas limitaciones en el interés «más urgente e imperativo del Estado». Únicamente en este supuesto, que debe ser muy escaso, debe considerarse la posibilidad de explotar sus recursos naturales. Ver: ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Prevención de la Discriminación y Protección de los Pueblos Indígenas, La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales, Informe final de la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes*. Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2004/30, 13 de Julio de 2004, párr. 48.

quier plan de prospección o explotación de recursos. Para el Convenio No. 169 el ejercicio del derecho a la consulta resulta necesario para determinar, ante las actividades mencionadas, si los intereses de esos pueblos serán perjudicados y en qué medida.¹⁷⁷

Por su parte, la Declaración establece que cualquier proyecto podrá comenzar solo mediante el asentimiento de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, quienes expresarán la voluntad general del pueblo o comunidad indígena en pleno (artículo. 32.2). Se entiende que la exigencia de obtener su consentimiento es la consecuencia del reconocimiento de su derecho a determinar y a elaborar de manera libre sus propias prioridades y estrategias de desarrollo o de utilizar sus tierras, territorios y recursos (artículo 32(1)).¹⁷⁸

Un asunto que también debe ser atendido en esta sección es la situación de las comunidades y pueblos indígenas que no cuentan, de acuerdo al derecho interno de los Estados, con el título de propiedad de sus tierras. La falta de titulación y la continua intromisión de agentes externos que buscan realizar actividades extractivas los ha vuelto más vulnerables e inseguros (existiría una interpretación errónea sobre el deber de consultar, solo podrían exigir el cumplimiento de este derecho aquellos pueblos que ostenten su título de propiedad). Consciente de este problema, la CIDH ha señalado que es deber del Estado llevar adelante consultas a pueblos indígenas y tribales aunque no tengan títulos de propiedad, bien porque se encuentran en posesión de la tierra o territorio donde se proyecta realizar la acti-

¹⁷⁷ El CERD ha determinado que los pueblos indígenas sufren el despojo sistemático de sus territorios históricos, a pesar que cuentan con un título que sustente su propiedad. Por tal razón, ha recomendado la realización de consultas con miras a obtener el consentimiento de la población afectada, durante cada etapa del proyecto, antes que se proceda a la extracción de los recursos naturales. Para conseguir tal fin, la CERD señala que la consulta deberá buscar internalizar en la población el sentido del proyecto. Ver: ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención 12.º y 13.º informes periódicos que los Estados partes debían presentar en 2008: Guatemala*, Doc. ONU CERD/C/GTM/CO/12-13, 17 de septiembre de 2009, párr. 291.

¹⁷⁸ Antes de la Declaración, otros organismos ya exigían la obtención del consentimiento, tal es el caso del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que instó al Estado colombiano a «celebrar consultas con los pueblos indígenas y a recabar su consentimiento antes de la realización de proyectos de explotación de la madera o de los recursos mineros y antes de la realización de cualquier política que les afecte, de conformidad con el Convenio No. 169». Ver: ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Colombia*, Doc. ONU E/C.12/1/Add.74, 6 de diciembre de 2001, párr. 33.

vidad o bien porque el reconocimiento de su titularidad se encuentra en proceso de reivindicación¹⁷⁹. En el mismo sentido, el Relator Anaya ha señalado que la consulta procede sobre las medidas que afectan las tierras o territorios que los pueblos indígenas *ocupan tradicionalmente*. Es decir, solo se necesitaría demostrar que ha existido una ocupación continua.¹⁸⁰

En tal sentido, sería posible aplicar similar interpretación a los pueblos indígenas nómadas, quienes no se encuentran impedidos de ejercer su derecho a participar en las decisiones relacionadas al inicio de actividades extractivas en los territorios que ocupan, incluso cuando no tengan títulos de propiedad de los territorios temporales o cuando no cuenten con territorios ocupados tradicionalmente¹⁸¹. En este caso, lo importante sería demostrar el vínculo especial con la tierra que les provee su sustento. Finalmente, se debe señalar que los procesos de consulta relacionados con los proyectos de extracción minera y de hidrocarburos no deben ser reducidos a meros procesos de socialización. Así lo entiende el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual sostiene que una consulta concebida de esta manera resulta insuficiente para llevar adelante un diálogo intercultural.¹⁸²

¹⁷⁹ CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: nomas y jurisprudencia de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 293.

¹⁸⁰ El reconocimiento de la ocupación tradicional está previsto desde el artículo 11 del C107, el cual establece que «[s]e deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas». Anaya sostiene que el concepto de *ocupación tradicional* no significa en estricto continuidad histórica o ancestral, ya que para algunas comunidades indígenas puede ser complicado probar la ocupación continua de siglos. Por lo tanto, la tenencia tradicional de la tierra deberá ser entendida como un conjunto de patrones específicos de usos y ocupación que solo pueden ser desarrollados por los pueblos indígenas. Ver: ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe Especial del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, *Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan 75 (Panamá)*, Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.5, 7 de setiembre de 2009, párrs. 45-48.

¹⁸¹ ONU, Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción a las industrias extractivas.*, Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2012/2, 30 de abril de 2012, Annex., p 16.

¹⁸² ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Ecuador*, Doc. ONU E/C.12/ECU/CO/3, 30 de noviembre de 2012, párr. 9.

3.2.3. *Traslado de territorios indígenas*

Se entiende por traslado el acto que implica llevar a toda la comunidad a pueblos de sus territorios ocupados tradicionalmente y donde desarrollan todas sus manifestaciones culturales a otro espacio con el que no tienen el mismo vínculo, pero que, por lo menos, la comunidad o el pueblo puedan obtener los medios necesarios para su subsistencia.¹⁸³ Se debe aclarar que la consulta sobre el traslado es diferente a la consulta que permitirá valorar a los pueblos indígenas la viabilidad del proyecto de desarrollo o la actividad extractiva que genera el traslado.

El C107, el C169 y la Declaración han reconocido el derecho de los pueblos indígenas a no ser trasladados sin su consentimiento, el cual deberá obtenerse previamente mediante un proceso de consulta. El C107 establece la posibilidad de realizar el traslado sin el consentimiento solo para casos previstos en la legislación nacional relacionados con la seguridad nacional, desarrollo económico del país o peligro de la salud de la población indígena (artículo 12(1)). El C169 exige la obtención del consentimiento a través del proceso de consulta cuando se traten de decisiones que impliquen el desplazamiento de la comunidad, aunque haya un interés público para efectuar la medida (artículo 16 (2)); sin embargo, en la parte final indica que el traslado podrá realizarse cuando se hayan agotado los procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional.

Los pueblos indígenas de los Estados donde todavía está en vigor el C107 parecerían más desprotegidos, ya que corren el riesgo de ser trasladados de sus territorios solo por la invocación del interés público. Mientras que en el C169, los Estados tienen que agotar todos los medios posibles para poder obtener el consentimiento. Por tal motivo, considero que mediante una *interpretación progresiva* en concordancia con los avances de los derechos de los pueblos indígenas, los Estados deberán intentar de buena fe obtener el consentimiento. Si la co-

¹⁸³ El caso de la Reserva Central Kalahari en Botswana ilustra cómo los pueblos indígenas Basarwa y Bakgalagadi, al consentir su traslado, fueron privados de recursos básicos para su supervivencia y desarrollo en ese nuevo territorio. Este caso fue conocido por la Suprema Corte de Botswana, quien determinó que el consentimiento otorgado por estos pueblos resultaba inválido porque el gobierno jamás les informó sobre una compensación ni sobre su derecho a volver a la reserva luego de la reubicación. Esto demuestra que la Corte consideró la relación especial de los pueblos con sus tierras y recursos naturales. Ver: ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya: La situación de los pueblos indígenas en Botswana*, Doc. ONU A/HRC/15/37/Add.2, 2 de junio de 2010, Párrs. 64-75.

munidad o pueblo continúa rechazando la medida, el traslado debe ser excepcional.¹⁸⁴

En el entendido que el territorio es un derecho fundamental para los pueblos indígenas y que su despojo altera su desarrollo como entidad colectiva, el C169 establece la posibilidad del retorno a sus tierras cuando desaparezcan las causas que motivaron el desplazamiento (artículo 16(3)). Con relación a este tema, el C107 no hace referencia alguna. Lo que sí establecen ambos convenios es que, una vez expresado su consentimiento y no haya posibilidad de retorno, deberán ser trasladados a tierras de igual calidad a las originales, que les provea los medios necesarios para su subsistencia y les garantice su futuro desarrollo. Asimismo, contemplan la posibilidad de que manifiesten su preferencia a una compensación o indemnización en dinero o especie en *reemplazo* a las tierras. En este último caso, el Estado deberá otorgárselo, observando las garantías apropiadas y sometiendo la propuesta compensatoria a un proceso de consulta previa.¹⁸⁵ Finalmente, ante el perjuicio sobre los pueblos indígenas que resulte del traslado, estos convenios también establecen la obligación del Estado de indemnizarlos.¹⁸⁶

Por su parte, la Declaración ha sido más enfática al determinar que solo mediante el consentimiento se podrá realizar el traslado (artículo 10). No establece ninguna justificación para prescindir de la voluntad de la comunidad, ni por la existencia de motivos de urgencia que sí están señalados en los convenios de la OIT (seguridad nacional o desarrollo económico, por ejemplo). Además del consentimiento, la Declaración sostiene la necesidad de contar con un acuerdo sobre una indemnización justa y equitativa, y, de ser posible, el retorno a las tierras originarias.

La Comisión de Expertos de la OIT ha manifestado que cuando excepcionalmente se considere necesario el traslado de los pueblos indígenas, deberá realizarse solo si han manifestado su consentimiento de forma libre, voluntaria e informada. En caso que la medida no sea consentida, el traslado tendrá lugar solamente siguiendo los procedimientos apropiados establecidos en la legislación nacional.¹⁸⁷ Por su parte, el

¹⁸⁴ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe Especial del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan 75 (Panamá)*, Doc. ONU/A/HRC/12/34/Add.5, 7 de setiembre de 2009, párr. 23.

¹⁸⁵ *Ibidem*, 7 de setiembre de 2009, párr. 35.

¹⁸⁶ Artículo 12(3) del C107 y artículo 16(5) del C169.

¹⁸⁷ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, 71.ª Sesión, 2000, publicación 2001. Observación: Costa Rica, párr. 3.

Banco Mundial también ha invocado la prohibición de reasentamientos involuntarios, y establece que todo reasentamiento debe contar necesariamente con el consentimiento libre, previo e informado de la comunidad indígena.¹⁸⁸

El tema del consentimiento es esencial para los pueblos indígenas, especialmente en el contexto actual caracterizado por la creciente demanda de recursos naturales que normalmente se encuentran en sus territorios y el correlativo incremento de los proyectos y de actividades que extraen estos recursos. El factor de la «excepcionalidad» que se exige en el C169 para efectuar los traslados, en la práctica no es más tal. La mayoría de los gobiernos tienden a explotar estas riquezas, confrontando la voluntad de los pueblos indígenas y violando sus derechos, justificando sus actos en el interés nacional y en la soberanía absoluta del Estado sobre los recursos naturales.

3.2.4. *Militarización de territorios indígenas*

Considerando que la desmilitarización es un elemento que contribuye a la paz, al progreso y al desarrollo económico y social, el artículo 30 de la Declaración establece el deber del Estado de celebrar consultas antes de utilizar los territorios y tierras indígenas para actividades militares.¹⁸⁹ Esta disposición establece que la ocupación militar solo podrá ser posible si responde al interés público pertinente, si se ha llegado a un acuerdo con las instituciones representativas de los pueblos indígenas o si estos mismos lo han solicitado. Para este caso, se indica que solo será necesario llegar a un acuerdo, pero considero que en concordancia al espíritu de todo el cuerpo de la Declaración, el proceso de consulta también deberá orientarse a conseguir el consentimiento. Caso contrario podrían ser invocadas las sanciones a las que hace referencia el artículo 18 del C169 (para los Estados donde está vigente este instrumento).¹⁹⁰

¹⁸⁸ Salim, Emil (2004): *Hacia un Mejor Equilibrio: El Grupo del Banco Mundial y las Industrias Extractivas: Informe Final de la Reseña de las Industrias Extractivas*, Vol. I, pp. 65.

¹⁸⁹ La obligación de celebrar consultas sobre actividades militares en territorios indígenas no se encuentra prevista en el Convenio No. 107 ni en el Convenio No. 169.

¹⁹⁰ El texto del artículo 18 del C169 es como sigue: «La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones».

Colombia constituye un caso emblemático de ocupación de territorios indígenas por las fuerzas militares. Los pueblos indígenas de este país han denunciado que los militares ocupan sus espacios sin haber sido consultados por el gobierno, y que han sido forzados a desplazarse y a servir como informantes, agravando su vulnerabilidad y poniendo en peligro su supervivencia.¹⁹¹ Con relación a este caso, el profesor Clavero ha señalado que la definición de la pertinencia del *interés público* como condición para ocupar las tierras indígenas, no debe ser invocado exclusivamente por el Estado, debe ser propuesta y sometida a consulta a los pueblos indígenas. En caso que no existiese acuerdo o consentimiento, recomienda la aplicación del artículo 40 de la Declaración.¹⁹²

Como se observa, la aplicación del artículo 30 de la Declaración puede conllevar a serios dilemas entre la seguridad nacional del Estado y el amparo de los derechos de los pueblos indígenas. En este caso, el proceso de consulta previa deberá tener en cuenta, por un lado, la gravedad o el peligro inminente de la soberanía nacional, y por otro, que la ocupación militar entorpecerá el desarrollo normal de la vida de las comunidades indígenas, más aún cuando se les coloca en una situación vulnerable al forzarlos a apoyar a las actividades militares. Es recomendable entonces que los gobiernos realicen una delicada ponderación de los bienes jurídicos que se pretende proteger con la ocupación de sus territorios.

3.3. Forma de aplicación

La primera afirmación que puede hacerse sobre la forma de aplicación del derecho a la consulta previa es que no existe una fórmula única. El proceso responderá al tipo de medida que se busca implementar, a su impacto sobre los pueblos indígenas, a la naturaleza del derecho

¹⁹¹ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: la situación de los pueblos indígenas en Colombia: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator especial anterior*, Doc. ONU A/HRC/15/34, 8 de enero de 2009, párrs. 25-26.

¹⁹² El texto del artículo 40 de la Declaración se lee como sigue: «Los pueblos indígenas tienen **derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes**, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos» (énfasis añadido).

afectado o a las características culturales propias de cada pueblo. En suma, dependerá de las circunstancias particulares de cada caso. Esta complejidad ha sido reconocida por el artículo 34 del C169, el cual establece el *principio de flexibilidad* para el cumplimiento de sus disposiciones, en atención a las condiciones propias de cada país.¹⁹³ Por ejemplo, la consulta sobre reformas constitucionales o legislativas difiere de las que buscan aprobar actividades de extracción de recursos naturales en sus territorios; el primer tipo de proceso tiene un carácter más amplio, porque los alcances de una ley o una reforma constitucional son más extensos que una medida aplicable a un territorio concreto, que solo afectarán a quienes habitan en la zona de influencia.¹⁹⁴

La flexibilidad del proceso de consulta debe situarse dentro de un marco de respeto de los derechos de los pueblos indígenas, no debe ser interpretado por los Estados como la liberación de sus obligaciones a asegurar el cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos. El diseño del proceso de consulta deberá ser adoptado con su plena participación durante cada etapa y cubriendo cada aspecto, tal como lo ampara el artículo 38 de la Declaración. Esta disposición establece que las medidas necesarias para alcanzar los fines de la Declaración deberán ser realizadas en *consulta y cooperación con los pueblos*. Aplicado a la consulta previa, significa que los Estados deben fomentar la participación de los pueblos indígenas en la elaboración de los lineamientos que guiarán todo este proceso.¹⁹⁵

No obstante, los artículos mencionados son incumplidos con regularidad, ya que los Estados suelen delegar su deber de consultar a la empresa privada, lo que constituye un error. Primero, porque el deber de protección de los derechos humanos corresponde a los Estados y no al sector empresarial; segundo, porque las empresas tienen un alto grado de incertidumbre en relación a los procedimientos y alcan-

¹⁹³ El texto del artículo 34 del C169 se lee como sigue: «La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país».

¹⁹⁴ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe Anual del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrs. 45-46.

¹⁹⁵ Se sugiere revisar la recomendación del Relator Anaya al gobierno de Botswana para que, en consulta con los pueblos indígenas, desarrolle e implemente una política comprehensiva para facilitar los procesos de consulta a las comunidades locales. Ver: ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Sr. James Anaya: *La situación de los pueblos indígenas en Botswana*, Doc. ONU A/HRC/15/37/Add.2, 2 de junio de 2010, párr. 92.

ces de la consulta.¹⁹⁶ Las empresas suelen cometer muchas irregularidades, reducen a la consulta a un evento meramente informativo sin valor vinculante entre las partes participantes y utilizan un lenguaje técnico y un idioma distinto al de la comunidad indígena, por citar algunas de las deficiencias. Sin embargo, cabe señalar que esta incertidumbre alcanza también a los Estados. Se debe, en gran parte, a que los instrumentos internacionales muestran pocos elementos que permiten configurar el proceso de consulta.

Estos instrumentos se limitan a reconocer este derecho y solo facilitan ciertos lineamientos para su implementación. El artículo 6 se refiere al deber del Estado de implementar *procedimientos apropiados* que permitan a los pueblos indígenas, mediante sus *instituciones representativas*, ejercer el derecho a ser consultados sobre cualquier medida legislativa o administrativa que les *afecte directamente*, a fin de lograr un acuerdo o su consentimiento, este procedimiento deberá tener en cuenta las circunstancias del caso y ser realizado bajo el principio de buena fe. Conforme a esta disposición, se han propuesto seis principios para el proceso de consulta: 1. Debe ser previo; 2. La entrega de información debe ser considerada como una parte del proceso; 3. Las partes deben actuar de buena fe; 4. Debe ser adecuada a las circunstancias y con participación de las instituciones representativas indígenas; 5. Debe ser sistemática y transparente; y 6) Debe tener un alcance determinado.¹⁹⁷ Estos principios del proceso de consulta propuestos por el Relator Anaya serán desarrollados a continuación.

3.3.1. *Carácter previo de la consulta*

El término *previo* refiere anterioridad y está relacionado a la oportunidad de realización del proceso de consulta. Por lo tanto, el proceso consultivo deberá llevarse a cabo *antes* que la medida o proyecto sea aprobado o empiece a ser ejecutado. En la práctica, esto significa que los representantes indígenas deben contar con el tiempo suficiente para

¹⁹⁶ Anaya James, ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya: *Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos*, Doc. ONU A/HRC/18/35, 11 de julio de 2011, párr. 45.

¹⁹⁷ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya: *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, 5 de octubre de 2009, párrs. 15-41.

deliberar sobre todas las implicaciones que generarán para su comunidad la aprobación o desaprobación de la medida propuesta.

Se enfatiza en el carácter previo, porque generalmente los gobiernos ejecutan proyectos o aprueban medidas sin haberlas sometido a un proceso de consulta. En el intento de subsanar esta omisión (y cuando muchas veces se ha desatado un conflicto o cuando las comunidades ya han resultado afectadas), los gobiernos suelen convocar a «consultas» posteriores. Esta situación se presenta con frecuencia cuando se tratan de medidas relacionadas al otorgamiento de concesiones para desarrollar actividades extractivas en territorios indígenas.

3.3.2. *Información como parte de la consulta*

Las entidades públicas encargadas de consultar suelen reducir este derecho a la entrega de información. Esta práctica tergiversa el verdadero sentido y objeto de la consulta, que es crear un espacio de diálogo. Se llama la atención sobre este hecho porque los representantes de las organizaciones indígenas suelen denunciar que las reuniones informativas o audiencias públicas son consideradas como procesos de consulta. Han señalado que en los espacios creados para su participación solo son receptores de información, que no se les permite deliberar ni presentar alternativas que permitan mejorar la medida de acuerdo a sus necesidades, y en el caso que puedan hacerlo, sus opiniones no son tomadas en cuenta dentro de la decisión final.

Asimismo, los representantes indígenas denuncian que la información no es debidamente otorgada: que no se entrega con el tiempo prudentemente necesario para hacer un análisis exhaustivo de la medida; que con frecuencia no se precisa a la entidad encargada de brindar la información; que el lenguaje utilizado es técnico y que está escrito en un idioma diferente al de la comunidad. Todos estos vicios generan graves consecuencias en la comprensión y valoración de la información, lo cual redundará en la emisión de una decisión debidamente razonada. Por estos motivos, es importante que la información deba ser proporcionada de forma oportuna, clara, completa, en el idioma de la comunidad indígena y correspondiente a la medida que, en el caso de actividades extractivas o proyectos de desarrollo, contendrá el estudio de impacto ambiental. Estos estudios se constituyen en un elemento clave para la realización de un óptimo proceso de consulta, porque promueven la igualdad entre las partes, la manifestación de una opinión consistente y seria y la plena vigencia del principio de buena fe y confianza entre los involucrados en el proceso.

3.3.3. *Actuación de buena fe entre las partes*

La aplicación del principio de buena fe facilitará el proceso de consulta y, en su caso, la obtención del consentimiento. Por ello, debe ser aplicado desde el planteamiento y preparación del proceso consultivo.¹⁹⁸ La buena fe invita al diálogo sincero y genera confianza entre las partes involucradas, la cual es fundamental, especialmente para los pueblos indígenas, quienes al ser un sector históricamente marginado suelen ser suspicaces frente a los actos estatales. La buena fe contribuye a poner fin al *desequilibrio de poder* que caracteriza las relaciones estatales con los pueblos indígenas. Permite a estos obtener información clara y oportuna, ser capacitados en cuanto al funcionamiento de las instituciones estatales y al ordenamiento jurídico nacional, contar con recursos logísticos óptimos, tener la posibilidad de expresar libremente su voluntad y no ser amenazados por las fuerzas del orden que los gobiernos suelen instalar en sus territorios para salvaguardar las actividades de la empresa.¹⁹⁹

Por último, se debe mencionar que con frecuencia representantes indígenas y pobladores de las comunidades denuncian a las empresas el uso de métodos pocos éticos para lograr adherentes a un proyecto extractivo. Uno de los más generalizados métodos consiste en entregar alguna dádiva a los dirigentes y un sector de la comunidad y crear un clima de conflictividad en el seno de la comunidad, lo cual resta legitimidad a los representantes y genera desconfianza entre sus miembros. Por este motivo, se considera que el deber de actuar de buena fe se extiende a empresas que tengan intereses directos en realizar actividades económicas en territorios indígenas.

3.3.4. *Implementación de procedimientos apropiados*

Los procedimientos deberán atender a aspectos culturales propios del pueblo indígena afectado y a la medida sometida a consulta²⁰⁰. Esto

¹⁹⁸ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe Anual del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 51.

¹⁹⁹ *Ibidem*, párrs. 51, 52 y 53.

²⁰⁰ El texto del artículo 4(a) del C107 se lee como sigue: «Al aplicar las disposiciones del presente Convenio relativas a la integración de las poblaciones en cuestión se deberá: a) Tomar debidamente en consideración los valores culturales y religiosos y las formas de control social propias de dichas poblaciones así como la naturaleza de los problemas que se les plantean, tanto colectiva como individualmente, cuando se hallan expuestas a cambios de orden social y económico». El artículo 12 del C169 es: «(...) deberán tomar»

significa que no es posible denominar consulta a la práctica estatal de convocar al público general, ya que estos no constituyen procesos particularizados ni satisfacen la necesidad de un proceso culturalmente diferenciado. Tampoco resulta pertinente buscar una metodología única, un diseño uniforme estaría destinado a fracasar.²⁰¹

Debe quedar claro que todas las metodologías o lineamientos de los procesos que se desarrollen y que tengan en cuenta las particularidades de cada situación a consultar deberán estar orientados a lograr la obtención del acuerdo o el consentimiento o a desarrollar condiciones favorables para conseguir tal fin. Estos procedimientos de consulta deberán prever, conforme a la complejidad de la medida, el tiempo necesario para que las instituciones representativas de los pueblos indígenas puedan reflexionar de manera adecuada y puedan expresarse plenamente. De ahí que es menester que estos participen inclusive desde el diseño del proceso, ya que podrán exigir se tomen en cuenta sus elementos tradicionales deliberativos y decisorios.²⁰²

3.3.5. *Participación de las instituciones representativas indígenas*

Como sujetos de derechos colectivos, los pueblos indígenas actúan a través de sus representantes, quienes expresan la voluntad de los miembros de toda la comunidad.²⁰³ En aplicación del derecho a la consulta previa sobre actividades extractivas, puede darse la situación que los líderes locales sean intimidados, manipulados o corrompidos por las

se medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces».

²⁰¹ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe Especial del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan 75 (Panamá)*, Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.5, 7 de setiembre de 2009, párr. 21.

²⁰² La CorteIDH ha afirmado en el caso del pueblo Saramaka vs. Surinam que «la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones». (citado en ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya: La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, 5 de octubre de 2009, párr. 27)

²⁰³ Ver: Galenkamp, Elisabeth Margaretha, *op. cit.*, pp. 120-121. Para la autora, la necesidad de representación de una colectividad solo puede darse cuando existen un «well-defined group identity», tal como es el caso de un pueblo indígena.

malas prácticas que podrían tener algunas empresas o gobiernos. Tal como apunta McGee, esta posibilidad puede perturbar la expresión de la real voluntad de la comunidad.²⁰⁴ Aún con este riesgo y bajo una interpretación literal del artículo 6 del Convenio No. 169, los representantes indígenas son quienes deberán emitir la voluntad del pueblo o comunidad.

Los representantes indígenas deberán ser elegidos con anterioridad al proceso de consulta y mediante procesos internos de la comunidad, quien tiene sus propias normas consuetudinarias para tal fin. En atención a este aspecto, Anaya propone los siguientes criterios mínimos para determinar la representatividad de la comunidad indígena en los procesos de consulta: «(i) dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; (ii) deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; (iii) debe incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; y (iv) conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género».²⁰⁵

3.3.6. *Su finalidad debe ser lograr un acuerdo o el consentimiento de los pueblos indígenas*

La consulta abre un espacio de diálogo, en el cual los pueblos indígenas tienen la posibilidad de expresar su posición y el Estado considerar sus opiniones, aunque sean contrarias a la medida propuesta. Es decir, la consulta promueve que el gobierno atienda a los verdaderos requerimientos de los pueblos indígenas afectados, que reflexione sobre

²⁰⁴ McGee propone que para obtener el consentimiento libre, previo e informado debe usarse el mecanismo de referéndum aplicado a la comunidad. Este mecanismo es un proceso electoral en el que participa la totalidad de la comunidad debidamente informada. Mediante el voto deciden rechazar o aceptar determinada medida, especialmente cuando se traten de proyectos extractivos en sus territorios. En estos casos, los representantes indígenas solo son interlocutores, es la comunidad en su conjunto quien decide. Ver: McGee, Brant (2009): «The Community Referendum: Participatory Democracy and the Right to Free, Prior and Informed Consent to Development», *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 27, issue 2, pp. 571- 635 p.

²⁰⁵ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya: *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, 5 de octubre de 2009, párr. 31.

ellos y que emita una decisión motivada en caso que decida ejecutar la medida a pesar de su negativa u observaciones.²⁰⁶

Para algunos casos no sería suficiente la realización de la consulta. Se sostiene que existen situaciones en las que necesariamente debe obtenerse el consentimiento libre, previo e informado; y, en el supuesto que los pueblos indígenas decidan no otorgarlo, se sostiene el deber de los Estados de respetar esta negativa.²⁰⁷ Según los organismos de derechos humanos, los casos en los cuales los pueblos indígenas deben otorgar su consentimiento están relacionados a la utilización de sus territorios para el desempeño de actividades extractivas, los traslados forzosos, la distribución de beneficios de estas actividades, el establecimiento de parques o reservas naturales²⁰⁸ o en los que se pretendan utilizar sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales.²⁰⁹

El Foro Permanente en Cuestiones Indígenas (en adelante, Foro Permanente) ha afirmado que son dos los tipos de proyectos que requieren el consentimiento de los pueblos indígenas: i) aquellos destinados concretamente a ellos y ii) aquellos que, sin estar destinados específicamente a ellos, puedan afectarlos.²¹⁰ De acuerdo a ello, sostiene que deberán someterse al consentimiento de los pueblos indígenas las medidas relacionadas a los proyectos o programas que deseen implementar cualquiera de los organismos de las Naciones Unidas u otras organizaciones intergubernamentales, o las medidas relacionadas al desplazamiento o reubicación de niños indígenas.

²⁰⁶ CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: nomas y jurisprudencia de derechos humanos*, OEA/Ser.LV/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párrs. 285.

²⁰⁷ ONU, Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, *Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su quinto periodo de sesiones (Ginebra, 9 a 13 de julio de 2012)*, Doc. ONU A/HRC/21/52, 17 de agosto de 2012, párr. 26; Fundación para el Debido Proceso Legal y OXFAM (2011): *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, pp. 22-23

²⁰⁸ CIDH, *Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*, OEA/Ser.LV/II. Doc. 58, 24 de diciembre de 2009, párrs. 18, 25 y 221; ONU, Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2010/2, párr. 34.

²⁰⁹ Artículo 8(j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas.

²¹⁰ ONU, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, *Workshop on Methodologies regarding Free, Prior and Informed Consent and Indigenous Peoples*, Doc. ONU E/C.19/2005/3, 17 de febrero de 2005, párr. 12.

La obtención del consentimiento de los pueblos indígenas es un asunto que merece ser tratado con especial atención y en un estudio aparte. El consentimiento es considerado como un derecho y como un principio y su ejercicio es demandado con mayor fuerza por las organizaciones indígenas en los foros internacionales y en los espacios nacionales, inclusive se ha llegado a afirmar que la consulta y participación son componentes fundamentales de un proceso de consentimiento. En este sentido, es menester señalar que las consideraciones metodológicas derivadas del Workshop organizado por el Foro Permanente con el fin de dilucidar cuestiones importantes para la comprensión y aplicación del consentimiento libre, previo e informado,²¹¹ son similares a las expuestas por el Relator Anaya en el documento en el que expone los principios aplicables a la consulta para la reforma constitucional en Chile. Con ello, se puede advertir que los lineamientos desarrollados para el proceso de consentimiento y de consulta encierran un proceso de negociación, pero el ejercicio del derecho a consentir solo es exigible para casos vitales en los cuales está en juego la conservación de la comunidad y la vida de sus miembros.

3.3.7. *La consulta previa como un proceso de diálogo fomenta el cumplimiento de los acuerdos*

La consulta previa como instrumento que el C169 ha previsto para institucionalizar el diálogo, busca armonizar intereses de las partes mediante procedimientos adecuados con el objeto de formar acuerdos.²¹² En este sentido, quienes participan en su proceso deben liberarse de cualquier posición intransigente, conflictiva y coercitiva, a fin de asumir sus compromisos. Si no se obtuviera algún acuerdo, el Estado debe respetar la decisión de la población afectada, salvo que la medida que se busque implementar responda a un interés de fuerza mayor, ineludible para procurar el bienestar general, o de una apremiante necesidad pública. Del mismo modo, la consulta no deberá ser tomada como un proceso de mero trámite o como un requisito para viabilizar la ejecución de la medida. Un planteamiento así quebrantaría el principio de buena fe, vulneraría los derechos participativos de los pueblos indígenas y manifiestaría el desinterés del Estado sobre sus ciudadanos.

²¹¹ *Ibidem*, Párrs. 46-50.

²¹² OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Guatemala (ratificación: 1996) Publicación: 2006, párr. 6.

Sobre ello, se puede tomar nota de la posición de la CIDH sobre la formación de consensos. La CIDH se ha referido al *deber de acomodo*, el cual significa que las partes involucradas son capaces de flexibilizar sus intereses, lo que incluye la posibilidad de que el gobierno cancele la medida. En caso de que se tratase de un asunto ineludible, el gobierno solo deberá proseguir mediante una motivación debidamente razonada que justifique la falta de acomodo a los intereses indígenas. Si no existiese una motivación razonable, el gobierno estaría vulnerando la garantía del debido proceso reconocida en el derecho internacional.²¹³

Es muy probable que al carecer de vías institucionales de diálogo, las organizaciones indígenas tiendan a movilizarse a través de protestas, con el objeto de manifestar sus requerimientos o sentar posición sobre la medida que se pretende aprobar. El diálogo sin reglas claras, a mi entender, carece de legitimidad. Los pueblos indígenas no tendrían la obligación de cumplir los acuerdos, ya que el proceso estaría transgrediendo las disposiciones elementales requeridas por el C 169 y la Declaración. El mismo razonamiento podrá hacerse sobre posiciones radicales de aquellos pueblos que no otorguen un margen de negociación al Estado, especialmente para los casos particulares en el que la medida que busque ser implementada requiera su consentimiento. Una posición como esta también desvirtúa al proceso de diálogo.

Con relación a esta última afirmación, se debe mencionar que la discusión sobre la pertinencia del proceso de consulta se suele centrar en la posibilidad que tendrían los pueblos indígenas de vetar las acciones estatales. Anaya afirma que el artículo 19 de la Declaración (el cual establece que el consentimiento es el único fin de la consulta) no puede ser interpretado de modo estricto, ya que la omisión del *acuerdo* en el texto de este artículo, no lo excluye de los alcances de la consulta. Las negociaciones que implican este proceso conllevan a acuerdos mutuamente aceptables y oportunos, salvo casos donde indefectiblemente es necesario obtener el consentimiento, como son las medidas que provoquen el traslado o la contaminación de territorios indígenas.²¹⁴ Según su opinión, la Declaración otorgaría mayor importancia al consentimiento, el cual debe ser interpretado de acuerdo al principio de buena fe. El Relator es enfático al señalar que el derecho a consentir

²¹³ CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: nomas y jurisprudencia de derechos humanos*, OEA/Ser.LV/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 325.

²¹⁴ Estos supuestos están previstos en los artículos 10 y en el artículo 29(2) de la Declaración.

no otorga a los pueblos indígenas el poder de veto,²¹⁵ ya que el ejercicio de la consulta tiene la finalidad de abrir un espacio de diálogo, en el que prevalezca la formación de consensos y no imposiciones de ninguna de las partes.

3.4. Obligatoriedad de la consulta previa

3.4.1. *El deber de consultar dimana de la obligación de los Estados de cumplir con los tratados*

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²¹⁶ los define como acuerdos internacionales que cada Estado celebra por libre voluntad. Este instrumento establece dos aspectos fundamentales que sirven para sustentar la obligación de cumplir con los tratados. El primero, está referido al principio *pacta sunt servanda*, por el cual los Estados que forman parte de un tratado están obligados a cumplirlos con buena fe. El segundo, está relacionado a la prohibición de los Estados de alegar disposiciones de su derecho interno para justificar su incumplimiento.²¹⁷ Por lo tanto, la regla general es que los Estados que firman un tratado están obligados a cumplirlos íntegramente, salvo que al momento de adherirse hayan manifestado expresamente reservas a algunas de sus disposiciones.

El cumplimiento de las declaraciones, pese a su carácter de *soft law*, deberá ser evaluado de acuerdo a su alto grado de legitimidad y a los principios aceptados por la comunidad internacional. Además, se deberá tener en cuenta que han sido concebidas dentro de un contexto de confianza mutua y de compromiso universal. Su incumplimiento significaría faltar al honor y a la buena fe de los Estados que depositaron sus ideales en su redacción y aprobación. En referencia a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Anaya ha señalado que su aplicación debe ser considerada «como un impe-

²¹⁵ Ver: ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe Anual del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 46.

²¹⁶ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Doc. ONU A/CONF.39/27, fue firmada el 23 de mayo de 1969, entró en vigencia el 27 de enero de 1980.

²¹⁷ El artículo 8(b) de la Convención de Viena se lee como sigue: «Del mismo modo, el Estado que ha manifestado su consentimiento en obligarse a un tratado deberá abstenerse a realizar actos que frustren el objeto y el fin de un tratado durante el periodo que preceda la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente».

rativo político, moral y jurídico»²¹⁸ y que su condición jurídica debe ser evaluada de acuerdo a su alto grado de legitimidad y por fundamentarse en principios como la libre determinación, la no discriminación y la integridad cultural, ampliamente aceptados por la comunidad internacional y que forman parte del derecho consuetudinario internacional.²¹⁹

Sobre el cumplimiento del derecho a la consulta previa, en opinión de la Comisión de Expertos de la OIT, los artículos 2 y 6 del C169 establecen que los gobiernos son los responsables de efectuar las consultas. En particular, el artículo 6 establece el deber de los Estados de consultar mediante procedimientos apropiados,²²⁰ pero ¿este deber solo puede ser exigido a los Estados que ratificaron el C169? En concordancia con la posición de la CortelDH, la obligación de celebrar consultas de los Estados es un principio general del derecho internacional²²¹ que no deriva exclusivamente del C169. La CortelDH ha resuelto situaciones en las cuales los Estados han violado el derecho de los pueblos indígenas a la consulta, basándose en otras normas de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos²²² (en adelante, la Convención Americana), especialmente bajo el amparo del artículo 1(1).²²³ Por esta disposición, los Estados deben aprobar e implementar todas las reformas institucionales y las medidas normativas legales y administrativas necesarias para cumplir con este deber,²²⁴ lo cual tam-

²¹⁸ ONU, *Informe provisional del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Doc. ONU A/65/264, 9 de agosto de 2010, párr. 85.

²¹⁹ *Ibidem*, 60 y 87.

²²⁰ OIT, Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Informe General*, 100.ª reunión CIT, Doc. ILC.100/III/1.ª, 16 de febrero de 2011, pp. 865.

²²¹ CortelDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2002, serie C No. 245, Párr. 164.

²²² CortelDH, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134.

²²³ El texto del artículo 1(1) de la Convención Americana de Derechos Humanos es como sigue: «1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

²²⁴ La Corte Interamericana señala que el deber del Estado de regular el derecho a la consulta previa está previsto en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que textualmente establece: «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

bién incluye el deber de omitir cualquier acto que obstaculice el ejercicio de la consulta previa, así como la derogación de normas contrarias al goce de este derecho.²²⁵

Contrariamente a lo establecido por los instrumentos jurídicos expuestos, en la práctica es recurrente que los gobiernos deleguen esta obligación a las empresas. Esto generalmente ocurre cuando comparten el objetivo de emprender proyectos de desarrollo o de fijar los beneficios de la actividad extractiva.²²⁶ La actuación de los gobiernos se reduce así a un rol meramente regulador, ya que confía a la empresa la promoción de los derechos de los pueblos indígenas.²²⁷ Desde mi punto de vista, la delegación del deber consultar del Estado a la empresa es ilegal y genera responsabilidad internacional. Primero, porque según el derecho internacional los Estados son quienes tienen la obligación de proteger los derechos humanos; mientras que las empresas buscan principalmente maximizar sus ganancias, a través de la viabilidad del proyecto. Segundo, porque se excede la capacidad de las empresas, quienes en su mayoría realizan procesos consultivos meramente formales, sin una metodología que atienda a las particularidades de las poblaciones indígenas.²²⁸

Entre las razones que los Estados utilizan para justificar su incumplimiento del deber de consultar, se encuentran la aplicación no retro-

²²⁵ CortelDH, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 221.

²²⁶ La Comisión de Expertos ha advertido que la obligación de consultar recae en los gobiernos y no en las empresas. Son aquellos quienes tienen el deber de arreglar los procedimientos de acuerdo a los requisitos procedimentales derivados de los artículos 6 y 7 del C169. Ver: OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Guatemala (ratificación: 1996) Publicación: 2006, párr. 13. En el contexto Latinoamericano, ver: CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párrs. 290 y 291; y CortelDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2002, serie C No. 245, Párr. 203. Para la Corte estos procesos consultivos asumidos por la empresa resultan siendo inaccesibles e inadecuados.

²²⁷ Los beneficios de la actividad extractiva que obtiene la empresa deberá también ser compartida con la comunidad afectada, así ésta también se constituirá en parte interesada del proyecto. Por esta razón, es necesario no confundir las obras sociales de la empresa con el deber del Estado de atender a las necesidades de la población mediante políticas públicas.

²²⁸ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya: Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos*, Doc. ONU A/HRC/18/35, 11 de julio de 2011, párr. 63.

activa de una norma o la falta de desarrollo de mecanismos que estén conformes a los estándares del derecho internacional.²²⁹ El primer caso está relacionado a las medidas o actos realizados antes de la vigencia del C169. En este supuesto, conviene diferenciar las medidas o actos que aún surten o no efectos. Se sostiene que si los efectos continúan después que el C169 ha entrado en vigor, deberá realizarse un proceso de consulta, al menos subsanar las consecuencias negativas que pudo generar la falta de consulta oportuna.²³⁰ Respecto al segundo caso, la CortelDH ha manifestado que el Estado no puede abstenerse de sus obligaciones alegando dificultades en adecuar su derecho interno a las normas de la Convención Americana.²³¹ Por su parte, Anaya ha afirmado que las disposiciones del C169 son vinculantes desde su ratificación,²³² por lo que carece de fundamento postergar su validez hasta que se desarrollen sus lineamientos. Por esta razón, ha recomendado adoptar «provisionalmente mecanismos transitorios o *ad hoc* con miras al ejercicio efectivo de la consulta indígena».²³³

Finalmente, se puede afirmar que la falta de mecanismos jurídicos para los procesos de consulta previa y la inminente realización de proyectos extractivos, ha estimulado a los pueblos indígenas a organizar por sí mismos procesos consultivos con el fin de expresar su posición²³⁴.

²²⁹ Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia No. 06316-2008-AA/Aclaración, 24 de agosto de 2010, párr. 8.

²³⁰ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe Especial del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan 75 (Panamá)*, Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.5, 7 de setiembre de 2009, párr. 27.

²³¹ CortelDH, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 103.

²³² ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya. Nota preliminar sobre la aplicación del principio de consulta con los pueblos indígenas en Guatemala y el caso de la mina Marlin*, Doc. ONU A/HRC/15/37/Add.8, 8 de julio de 2010, párr. 19.

²³³ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya: La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, 5 de octubre de 2009, párr. 38.

²³⁴ Se puede mencionar la consulta en el que el pueblo indígena K'iche' rechazó la realización de actividades mineras e hidroeléctricas en sus tierras (octubre de 2010, Santa Cruz del Quiche, Guatemala); o la consulta vecinal de las comunidades de Yanta y Segunda y Cajas manifestaron estar en contra del proyecto minero Majaz, por operar en sus territorios sin su consentimiento (septiembre de 2007, Piura, Perú).

Los resultados de estas consultas han sido rechazados, hasta se ha afirmado que se encuentran al margen de la legalidad. Al respecto, considero que si un Estado se opone a las autoconsultas y a sus resultados, está perdiendo la oportunidad de conocer la verdadera voluntad de sus ciudadanos. En concordancia con el Relator, creo que los pronunciamientos que pueden resultar de las autoconsultas deben ser tomados como elementos determinantes para emprender y ejecutar programas y proyectos de desarrollo. Al fin y al cabo, lo que exprese la comunidad tendrá un valor jurídico, moral y práctico.²³⁵

3.5. Entidades relacionadas al proceso de consulta previa

3.5.1. *El rol de las empresas en la celebración de consultas*

Como se mencionó, uno de los principales problemas que aquejan a los pueblos indígenas es la frecuente vulneración de su derecho a sus tierras, territorios y recursos naturales mediante la realización de actividades extractivas a gran escala que son realizadas principalmente por empresas transnacionales. Esta incursión en sus territorios se ha tornado agresiva en las últimas décadas y viene generando múltiples conflictos, sobre los cuales no se establece con certeza el grado de responsabilidad empresarial frente a las violaciones de derechos humanos, ya que en el derecho internacional solo se fijan relaciones y responsabilidades de los Estados.

En los últimos años, esta situación ha tomado la atención de las Naciones Unidas. En 1999, el Secretario General propuso a las empresas la suscripción de un Pacto Mundial, el cual se firmó con el reconocimiento de diez principios que cubren materias de derechos humanos, normas de trabajo, medio ambiente y lucha contra la corrupción. Concretamente, los principios relacionados a los derechos humanos son los que se relacionan a los pueblos indígenas, ya que establecen el deber de las empresas de apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados en el ámbito internacional y de no ser cómplices de abusos contra estos derechos (Principios Nos. 1 y 2, Pacto Mundial).

²³⁵ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya. Nota preliminar sobre la aplicación del principio de consulta con los pueblos indígenas en Guatemala y el caso de la mina Marlin*, Doc. ONU A/HRC/15/37/Add.8, 8 de julio de 2010, párrs. 20-31.

Posteriormente, la Comisión de Derechos Humanos promovió la designación de un representante especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales,²³⁶ al cual se encargó elaborar unos principios rectores, a fin de aplicarlos a todos los Estados y empresas. Estos principios rectores tienen su fundamento en «a) Las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales; b) El papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; c) La necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento».²³⁷ Las consideraciones desarrolladas en torno al deber de las empresas de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, abarca el deber que tienen de evitar que sus actividades transgredan o contribuyan a transgredir los derechos humanos, y a afrontar las consecuencias de los daños cuando estos se hayan dado.

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) sostiene que las empresas multinacionales tienen el deber de respetar, en todos los casos e independientemente del país donde realicen sus operaciones, a los trabajadores y a las demás personas o grupos afectados por sus actividades, conforme a las normas internacionales de derechos humanos.²³⁸ Por lo tanto, según este organismo, la empresa no puede desligarse de la responsabilidad de adecuar su normativa interna o códigos de ética a los estándares del derecho internacional relacionados con los derechos de los pueblos indígenas.

Stavenhagen ya desde el 2003 se había referido al impacto negativo que la explotación de recursos extractivos o proyectos de desarrollo inconsultos ejercían sobre los pueblos indígenas.²³⁹ En consideración a ello, recomendó a los gobiernos e inversionistas tener en cuenta los de-

²³⁶ ONU, Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2005/69, 20 de abril de 2005.

²³⁷ ONU (2011): *Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «Proteger, Respetar y Remediar»*, Nueva York y Ginebra, Doc. ONU HR/PUB/11/04, p. 1.

²³⁸ OECD (2011): *Guidelines for Multinational Enterprises*, pp. 31 y 32, párrs. 37-40. Disponible en: <http://www.oecd.org/investment/investmentpolicy/48004323.pdf>.

²³⁹ ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Los pueblos indígenas y la resolución de conflictos. Documento de trabajo presentado por el Sr. Miguel Alfonso Martínez, miembro del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, de conformidad con la resolución 2003/29 de la Subcomisión*, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/2, 5 de Julio de 2004, párrs. 46 y 47.

rechos humanos, en especial, la opinión de los pueblos indígenas, con el fin de lograr un consenso o su consentimiento libre, previo e informado. Para el ex Relator, el consentimiento es una garantía de aceptación mutua del proyecto de inversión, de distribución de beneficios y de establecimiento de mecanismos de solución de controversias.²⁴⁰

Anaya aborda el tema de la responsabilidad social de la empresa en su Informe Anual 2010. Mediante este documento les recomienda actuar de acuerdo a las normas de derechos humanos, especialmente conforme al C169 y a la Declaración, aún cuando realicen actividades en Estados que no sean parte de estos instrumentos.²⁴¹ Además, les recomienda actuar con *diligencia debida* en: i) la identificación de los pueblos indígenas que habitan en la zona de influencia del proyecto (si el Estado no los ha identificado o si no cuenta con criterios oficialmente establecidos, la empresa deberá aplicar los estándares internacionales como el C169); ii) el respeto a la relación espiritual de los pueblos indígenas con su tierra, territorio y recursos naturales (especialmente en casos de pueblos que no tengan un título de propiedad, debe reconocer sus derechos ancestrales sobre sus tierras y territorios); iii) la exigencia a los Estados en el cumplimiento de su deber de consultar de manera previa, libre e informada (por lo que no deberán asumir esta función estatal); y, iv) la obligación de renunciar a ejecutar el proyecto de inversión si se confirma que el Estado no ha cumplido con su deber de consultar ni de respetar los derechos de los pueblos indígenas.²⁴²

De acuerdo a lo expuesto, se puede afirmar que un adecuado funcionamiento de la responsabilidad social corporativa tendrá mayor impacto positivo en su actividad empresarial. Se ha comprobado que aquellas empresas que, en complicidad con gobiernos que evitan cumplir con su obligación de consultar, han sufrido grandes pérdidas por enfrentar los conflictos con la población local o por la cancelación de sus proyectos.²⁴³ Por ello, aunque no estén obligadas, las empresas de-

²⁴⁰ ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65.ª de la Comisión*, Doc. ONU E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 66.

²⁴¹ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, Doc. ONU A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010, párrs. 47 y 89.

²⁴² *Ibíd.*, párrs. 49-70, 85-88.

²⁴³ El Relator James Anaya afirma que los conflictos sociales en torno a una actividad extractiva se presentan básicamente por no haber consultado a las comunidades indígenas afectadas por el proyecto. Ver: ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamen-*

ben exigir al Estado la realización de los procesos de consulta que sigan los estándares internacionales de derechos humanos, no solo por razones económicas, sino —y esta es la mayor razón— por cuestiones éticas.

3.5.2. *El rol de los organismos financieros sobre la celebración de consultas*

El deber del Estado de celebrar consultas no impide que los organismos financieros multilaterales cuenten con lineamientos que promuevan la participación y la realización de procesos consultivos a quienes resultarán afectados por sus operaciones. Por este motivo, considero necesario verificar si estos lineamientos resultan inclusivos y en qué medida. Me referiré en primer lugar a los lineamientos del Banco Mundial y, posteriormente, a los criterios establecidos por algunos bancos regionales.

En la década de 1980, el Banco Mundial empezó a interesarse sobre la situación de los pobladores que habitaban en las zonas de influencia de los proyectos que financiaba. Por tal motivo, encargó a un grupo de profesionales la elaboración de un estudio con la finalidad de establecer criterios de actuación sobre estos territorios. De estos primeros estudios resultó la aprobación de la Directriz Operacional 4.20, relacionada a los pueblos indígenas, la cual fue duramente criticada por sus organizaciones, quienes no se sintieron parte del proceso de elaboración, por la poca participación que tuvieron.²⁴⁴

Durante la vigencia de la Directriz Operacional 4.20, el Banco Mundial solicitó la realización de un estudio relacionado a las industrias extractivas. Este estudio, conocido como la *Revisión de las Industrias Extractivas (RIE)*,²⁴⁵ alerta sobre la posible incongruencia entre los ob-

tales de los indígenas, James Anaya: Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos, Doc. ONU A/HRC/18/35, párrs. 41 y 42. Los conflictos también se presentan por la realización de proyectos de desarrollo sin haber sido consultados a la población afectada, lo que contraviene el artículo 32 de la Declaración. Ver: ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe Especial del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan 75 (Panamá)*, Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.5, 7 de setiembre de 2009.

²⁴⁴ Griffiths, Tom (2005): *Los Pueblos Indígenas y el Banco Mundial. Experiencias de participación*, Forest Peoples Programme, pp. 3 y 4.

²⁴⁵ El estudio fue encargado a Emil Salim, ex ministro de Medio Ambiente de Indonesia, con el fin de establecer el rol del Banco Mundial frente a las Industrias Extractivas.

jetivos del Banco —combatir la pobreza y promover el desarrollo sostenible— y su apoyo a las industrias extractivas de recursos no renovables. Considera a los proyectos extractivos como no sostenibles si no pueden asegurar el bienestar de las generaciones futuras ni ayudar a la formación de un sólido capital humano y social. Además, advierte la necesidad de comprender la idea de progreso, desarrollo sostenible y sostenibilidad de los pueblos indígenas, ya que estos tienen una visión diferente relacionada fundamentalmente con perpetuar su integridad cultural.²⁴⁶

Asimismo, a pedido de las organizaciones indígenas, este documento plasmó la obligatoriedad de la realización de procesos de consulta para obtener el consentimiento previo, libre e informado. De acuerdo al RIE, el consentimiento es importante tanto para los pueblos indígenas como para las empresas. Para los primeros, porque es un derecho que debe ser ejercido durante cada etapa del proyecto; para los segundos, porque es una herramienta fundamental de negociación para la obtención de la licencia social:

La RIE concluye que los pueblos indígenas y otras partes afectadas tienen el derecho de **participar en la toma de decisiones y de dar su consentimiento libre, previo, e informado en cada fase del ciclo del proyecto**. Se debe entender que este consentimiento es el principal determinante de la existencia de una «licencia social para operar» y por tanto es una herramienta importante para decidir si se debe apoyar una operación²⁴⁷ (énfasis añadido).

Finalmente, este estudio recomienda al Banco Mundial cumplir con determinadas condiciones habilitantes cuando financien proyectos extractivos, las cuales se resumen en lo siguiente: i) gobernabilidad pública en pro de los pobres; ii) políticas sociales y ambientales eficaces; y iii) respeto a los derechos humanos. Esta última condición establece la necesidad de contar con el consentimiento libre, previo e informado antes de la realización de cualquier tipo de proyecto extractivo, su omisión significaría violar los derechos humanos de las poblaciones circundantes al proyecto.²⁴⁸

Poco tiempo después, el Equipo de Gestión del Grupo del Banco Mundial respondió a las observaciones y conclusiones del RIE. Reconoció la importancia de la participación de la población local y su amplia

²⁴⁶ Salim, Emil (2004): *Hacia un Mejor Equilibrio: El Grupo del Banco Mundial y las Industrias Extractivas: Informe Final de la Reseña de las Industrias Extractivas*, Vol. I, p. 4.

²⁴⁷ *Ibidem.* p. 23.

²⁴⁸ *Ibidem.* p. 43.

aprobación del proyecto expresada mediante un proceso consultivo, pero no menciona la necesidad de obtener el consentimiento de la población. Sostiene que la participación y consulta no deben ser entendidas como un reconocimiento al derecho a veto.²⁴⁹ Esta posición fue recogida en la elaboración de la Política Operacional 4.10 sobre Pueblos Indígenas (OP 4.10).

La OP 4.10 exige la realización de procesos de consulta previa, la define como un proceso colectivo y culturalmente adecuado de toma de decisiones, realizado con buena fe y con participación informada durante la preparación y ejecución de un proyecto. Omite reconocer el derecho a consentir —recomendado en el RIE— y precisa que solo se necesitará del *apoyo amplio* de los pueblos afectados para el traslado de sus tierras. Mediante esta Política, el Banco Mundial guarda para sí la última palabra, porque la viabilidad del proyecto estará sujeta a si el prestatario ha cumplido con realizar un proceso de consulta previa y si los resultados de este proceso demuestran una amplia (no total) aceptación de la población involucrada.

Indudablemente, la exigencia de la realización de la consulta por el Banco Mundial constituye un avance de suma importancia en el reconocimiento de derechos de las poblaciones aledañas al proyecto. Sin embargo, se debe observar que su política se aparta del derecho internacional, en el sentido que no exige la obtención del consentimiento cuando se trata del traslado de la población ante la realización de proyectos extractivos. No debe olvidarse que, para estos casos, el derecho a consentir de los pueblos indígenas está amparado por el C169 y la Declaración.

Con relación a los organismos de apoyo financiero regionales, se hará referencia solo a los criterios establecidos por el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo (EBRD) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). El EBRD financia proyectos de desarrollo desde Europa Central a Asia, muchos de estos proyectos afectan de manera directa a pueblos indígenas. Por tal razón, en los últimos años, esta entidad ha adoptado dos documentos que permiten vislumbrar el tratamiento a las poblaciones indígenas afectadas por la realización de proyectos de desarrollo. Estos son: La Política Medioambiental y Social, que incluye las Normas de Desempeño 7 sobre Pueblos Indígenas (PR7) y su Nota de Orientación.²⁵⁰

²⁴⁹ Banco Mundial Group Management (2004): *Response to the Final Report of the Extractive Industries Review*, p. 7.

²⁵⁰ Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo (2008): *Environmental and Social Policy*, Londres, Reino Unido, Octubre. Este documento incluye las Normas de Desempeño 7 sobre Pueblos Indígenas. Se recomienda prestar especial atención a las páginas 50 a 57.

El PR7 reconoce la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras y los posibles impactos negativos sobre sus modos de vida y a su desarrollo que podrían generar los proyectos que financian. En concordancia con los principios y contenido de la Declaración, reconoce los derechos de consulta y consentimiento. En tal sentido, establece la necesidad de negociar de buena fe con los pueblos indígenas, de asegurar su participación y de obtener su consentimiento libre, previo e informado²⁵¹. Al menos en los siguientes casos:

- Cuando el proyecto está localizado en tierras tradicionales y pueda generar *impactos adversos* en sus medios de vida, y/o en sus usos culturales, espirituales y ceremoniales que definan su identidad como pueblos indígenas.
- Cuando el proyecto implique *reubicación* de los pueblos indígenas.
- Cuando el proyecto implique *comercializar* los recursos culturales, conocimientos y prácticas de los pueblos indígenas, y
- Otros *proyectos de gran magnitud e impacto* sobre los pueblos indígenas, como mega proyectos en la energía hidroeléctrica, minería, petróleo y gas.²⁵²

Apreciamos que, de acuerdo con los postulados de la Declaración, el EBRD exige no solo la realización de la consulta previa sino la obtención del consentimiento cuando se traten de proyectos de gran impacto para los pueblos indígenas, que impliquen el traslado de sus territorios o afecten sus medios de vida o su identidad cultural. Aspecto importante a tener en cuenta, ya que su posición se desliga de la asumida por el Banco Mundial, el cual no prevé la obtención del consentimiento para casos que revistan mayor protección.

Por su parte, la Política Operacional sobre Pueblos Indígenas y la Estrategia para el Desarrollo Indígena,²⁵³ elaboradas por el BID, tienen como principal premisa que la realización de operaciones dirigidas a los pueblos indígenas deberá contar con su acuerdo o consentimiento, obtenido mediante un proceso de consulta y con la aprobación del país miembro. Esta exigencia recaerá primordialmente sobre proyectos re-

²⁵¹ *Ibidem*, párr. 31.

²⁵² Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo (2010): *Guidance Note Indigenous Peoples*, Londres, Reino Unido, noviembre, p. 6. Se aconseja revisar todo el documento, ya que se desarrolla una definición y una metodología del consentimiento libre, previo e informado, en base a los estándares internacionales.

²⁵³ Banco Interamericano de Desarrollo, *Política Operacional en Pueblos Indígenas (OP-765) y la Estrategia para el Desarrollo Indígena (GN-2387-5)*, aprobada el 22 de febrero de 2006, Washington D.C.

lacionados al manejo o extracción de recursos naturales o gestión de áreas protegidas. De esta manera, se considera al proceso de consulta previa como un medio para proteger a los pueblos indígenas de los impactos adversos sobre su integridad física, territorial o cultural.²⁵⁴

Después de hacer una revisión sobre los documentos que los organismos financieros internacionales han elaborado en atención a la situación de los pueblos indígenas que viven alrededor a los proyectos que financian, se puede concluir que el derecho a la consulta previa se constituye en un elemento importante a tener en cuenta antes de emprender cualquier industria extractiva o proyecto de desarrollo. Asimismo, se puede concluir que cada entidad financiera tiene una posición diferente sobre la exigencia de la consulta y el consentimiento. Así, mientras el Banco Mundial y el BID se reconocen solamente la necesidad de llevar adelante procesos consultivos, el EBRD ha creado una política en la que se exige a los prestatarios contar con el consentimiento de los pueblos indígenas.

²⁵⁴ Banco Interamericano de Desarrollo, *Política Operacional en Pueblos Indígenas (OP-765)*, p. 7-8.

4. Consulta o consentimiento: ¿existe un tránsito de la consulta al consentimiento?

Consulta y consentimiento, ambos son derechos autónomos, ambos están regulados en el C169 y en la Declaración. Se ha advertido que el derecho al consentimiento se encuentra reconocido en el artículo 12(1) del C107, en el artículo 16(2) del C169 y en el artículo 10 de la Declaración, los cuales tienen como objeto prevenir los desplazamientos forzados de los pueblos indígenas de sus tierras y territorios. Existen otras disposiciones de la Declaración que exigen el consentimiento: el artículo 29(2), está relacionado a la adopción de parte del Estado de medidas eficaces para no almacenar ni eliminar materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas; el artículo 19, que tiene redacción similar al artículo 6 del C169, reconoce como único fin de la consulta previa la obtención del consentimiento en caso de la adopción de medidas legislativas o administrativas; el artículo 32 reconoce al derecho de los pueblos indígenas a que se respete su propia visión y estrategias de desarrollo para cualquier plan, programa o proyecto. Finalmente, el artículo 28 reconoce los derechos a una reparación o indemnización en caso de daño a la tierra, territorio o recursos que sustentan la pervivencia indígena, estos derechos son exigibles si la ocupación o mala utilización se ha realizado sin el consentimiento.

El derecho al consentimiento está siendo desarrollado. La CorteIDH la ha distinguido del derecho a la consulta, considerándolo como una *salvaguarda reforzada* de derechos esenciales, necesarios para asegurar la existencia de los pueblos indígenas,²⁵⁵ ante el impacto de los planes de

²⁵⁵ CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 333.

desarrollo o de inversión a gran escala sobre sus territorios, tierras y recursos naturales. El nivel de tal impacto será determinante para que el consentimiento sea exigible.²⁵⁶ El Mecanismo de Expertos sobre Derechos de Pueblos Indígenas ha afirmado que su obtención otorgaría al proceso de consulta una significación más *efectiva*, que implica una negociación mutuamente aceptada por los participantes del proceso,²⁵⁷ y no solo el cumplimiento de una formalidad. En suma, el requerimiento del consentimiento variará de acuerdo a la importancia, índole y repercusión que pueda tener la medida sobre los derechos y supervivencia de los pueblos indígenas.²⁵⁸ Anaya sostiene que la importancia de lograr el consentimiento variará según las circunstancias e intereses que estén en juego. Si existe la *posibilidad* que la medida ponga en peligro el bienestar físico o cultural básico de la comunidad, entonces se establecerá una *presunción sólida* que prohibirá proceder con la medida.²⁵⁹ En caso de que *no existiese tal peligro* y si aún la comunidad no ha manifestado su consentimiento, el Estado podrá proceder con la medida en base al interés público y tomando las precauciones del caso para mitigar cualquier impacto nocivo a la comunidad.

Los elementos del derecho a consentir fueron desarrollados en el Taller sobre Metodologías Relativas al Consentimiento Libre, Previo e Informado y Pueblos Indígenas organizado por el Foro Permanente sobre Pueblos Indígenas. Estos elementos fueron posteriormente recogidos en las Directrices sobre los Asuntos Indígenas del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el cual los presenta de la siguiente manera:

— Libre: El consentimiento debe estar exento de coerción, intimidación o manipulación de la voluntad.

²⁵⁶ *Ibidem*, párr. 330; CortelDH, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 135.

²⁵⁷ ONU, Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2010/2, 17 de mayo de 2010, párr. 88. Ver también: Figueroa, Isabela: «El Convenio 169 de la OIT y el deber del Estado brasileiro de consultar a los pueblos indígenas y tribales». En: Rojas Garzón, Biviany y Otros (2009): *La consulta previa con los pueblos indígenas. Legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*, Red Jurídica para la Defensa de la Amazonía, Quito, pp. 39-41.

²⁵⁸ ONU, Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, *Informe definitivo del Estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, UN Doc. A/HRC/18/42, 17 de agosto de 2009, párrs. 22-25.

²⁵⁹ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe Anual del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 47.

- Previo: El consentimiento debe ser obtenido con antelación a cualquier medida o actividad, y con tiempo suficiente para que la comunidad pueda decidir y sus representantes puedan expresar esta decisión.
- Informado: Para obtener el consentimiento debe entregarse información completa, objetiva y exacta sobre los aspectos de la medida o actividad que se desea implementar. El contenido de esta información está referida mayormente a cuestiones relacionadas a los proyectos de actividades extractivas en territorios de los pueblos indígenas, tales como la duración y alcances del proyecto, la localización de las áreas afectadas, la evaluación del impacto ambiental y social, entre otras.²⁶⁰

En la práctica, el reconocimiento del derecho al consentimiento libre, previo e informado es un asunto que no cuenta con mucha aceptación por los gobiernos y por los actores empresariales involucrados. Especialmente cuando se trata de procesos de concesión de licencias para explorar y explotar recursos naturales o ejecutar proyectos de infraestructura. En estos procesos están en juego grandes intereses económicos, cuyos réditos se ven amenazados ante la posible negativa de las poblaciones aledañas a las zonas que podrían ser impactadas. Por esta razón, los gobiernos optan por reconocer únicamente el derecho a la consulta previa, porque la conciben como un derecho *más blando*. Sostienen que es posible ejecutar cualquier medida solo si se ha cumplido con consultar. Esta deducción es simple e incorrecta. Primero, porque todo proceso de consulta previa también se orienta a conseguir el consentimiento, más allá de tener o no éxito de conseguirlo. Segundo, porque el Estado tiene la obligación de presentar una motivación razonada y proporcionada, aunque se traten de medidas que no requieran del consentimiento de la comunidad.

En conclusión, se puede afirmar que los derechos de consulta y consentimiento tienen sus propias características y pueden ser aplicados de acuerdo al impacto de la medida. Ambos son de reciente reconocimiento y están desarrollándose progresivamente, tal como lo demuestran los constantes estudios y pronunciamientos que se están presentando a nivel internacional.

²⁶⁰ ONU, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, *Workshop on Methodologies regarding Free, Prior and Informed Consent and Indigenous Peoples*, Doc. ONU E/C.19/2005/3, 17 de febrero de 2005, párr. 46; Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Guidelines on Indigenous Peoples' Issues*, febrero de 2008, p. 28. Van der Vlist, Leo & Richert, Wolfgang (2012): *FSC guidelines for the implementation of the right to free, prior and informed consent (FPIC)*, Forest Stewardship Council International Center, Bonn - Germany, pp. 11-13.

5. El derecho a la consulta previa en los sistemas regionales de derechos humanos

5.1. La consulta previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

5.1.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Desde el inicio de sus actividades, la CIDH se ha interesado en los derechos de los pueblos indígenas. En su resolución «La protección Especial para las Poblaciones Indígenas. Acción para combatir el racismo y la discriminación racial», estableció que la protección de estas poblaciones es un *compromiso sagrado de los Estados*.²⁶¹ Sus visitas in loco, en las cuales verifica directamente la situación de los pueblos indígenas, sirven de sustento para la preparación de sus informes especiales enfocados a pueblos específicos²⁶² y para atender los casos particulares presentados a su consideración. Uno de los informes relevantes es «La Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en las Américas», que muestra un panorama general de las normas de protección a los pueblos indígenas y de las funciones que desempeñan los mecanismos de derechos humanos del sistema interamericano para la protección de sus

²⁶¹ Citado en: CIDH, *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, OEA/Ser.L/VII.108 Doc. 62, 20 de octubre de 2000, Capítulo I, primer párr.

²⁶² Ver: CIDH, *Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*, OEA/Ser.L/VIII. Doc. 58, 24 de diciembre de 2009. En este Informe, la Comisión emitió recomendaciones para la reconstrucción del territorio del pueblo Guaraní, resalta la importancia de la aplicación de los principios de consulta y consentimiento para la consecución de este objetivo.

derechos. Otro aspecto a tener en cuenta es su iniciativa para la preparación del Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, cuyo trabajo de redacción empezó en 1989.

En el Informe Temático «Derecho de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales»,²⁶³ la CIDH aborda el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas. Por un lado, ratifica la obligación del Estado de consultar, y determina el vínculo que tiene este derecho con otros, como el de participación, de identidad cultural, de propiedad de sus tierras y recursos naturales; en especial, cuando se trata de delimitar y demarcar sus territorios. Por otro lado, sostiene la necesidad de realizar la consulta y obtener el consentimiento sobre las acciones administrativas o legislativas que impacten sus derechos o intereses y sobre «toda decisión que pueda afectar, modificar, reducir o extinguir los derechos de propiedad indígenas»,²⁶⁴ especialmente, cuando se trate de ejecutar planes o proyectos que puedan afectar sus tierras, territorios y recursos naturales.

En general, la CIDH considera que todo proceso de consulta debe orientarse a conseguir el consentimiento, inclusive cuando éste no sea un requisito necesario.²⁶⁵ En tal sentido, sostiene la importancia de que el Estado otorgue información completa a *todos* los miembros de la comunidad y facilite la oportunidad de participar a sus miembros de forma individual y colectiva, mediante sus instituciones representativas, las cuales deberán elegirse de acuerdo a sus propias tradiciones. La comunidad debe seleccionar, autorizar e instruir su posición a sus representantes, con la finalidad que cuando estos emitan algún pronunciamiento o expresen su decisión final con relación a la medida, sea el reflejo genuino de la voluntad de la comunidad.²⁶⁶

Con relación al deber del Estado de consultar, la CIDH sostiene que la ausencia de un marco regulatorio del proceso de consulta previa *no*

²⁶³ CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: nomas y jurisprudencia de derechos humanos*, OEA/Ser.LV/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009.

²⁶⁴ *Ibidem*, párr. 281.

²⁶⁵ *Ibidem*, párrs. 273 y 285. Además, se recomienda ver el párr. 334 de este documento, en cual la Comisión identifica, de acuerdo a los estándares internacionales, tres supuestos en los cuales la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas resulta *obligatoria*: i) sobre planes y proyectos de desarrollo que se quieran ejecutar en sus territorios; ii) sobre desplazamientos a otros territorios, y iii) sobre el depósito o almacenamiento de materiales tóxicos en sus territorios.

²⁶⁶ CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: nomas y jurisprudencia de derechos humanos*, OEA/Ser.LV/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párrs. 286 y 287.

lo exige de esta responsabilidad. Por esta razón, insiste en la importancia de adoptar medidas legislativas y administrativas para orientar mejor a las partes implicadas. La CIDH advierte que la ausencia de marcos regulatorios ha permitido a los Estados adoptar la práctica generalizada de aplicar la normativa del sector ambiental a los procesos consultivos, transformándolos en audiencias públicas informativas que tienen como principal objetivo aprobar estudios de impacto ambiental.²⁶⁷ Esta práctica resulta incorrecta, debido a que la consulta previa debe ser concebida como un proceso de características peculiares que tenga en cuenta aspectos culturales de los participantes y no meros encuentros informativos.

5.1.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CortelDH)

La CortelDH, establecida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene por objeto conocer cualquier caso concerniente a la interpretación y aplicación de sus disposiciones, y puede ejercer funciones consultivas sobre la interpretación de la Convención u otros tratados de derechos humanos en vigor en la región americana (artículos 62(3) y 64). Si en los casos que conoce decide que hubo violación de un derecho o libertad amparado por la Convención Americana, dispondrá que se garantice a la persona o grupo lesionado el goce de su derecho y, si fuera procedente, la reparación e indemnización (artículo 63).

La CortelDH se ha pronunciado sobre el derecho a la consulta previa en los siguientes casos: Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua; comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay; comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, el del pueblo Saramaka vs. Surinam y del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.²⁶⁸ La resolución de estos casos se hizo bajo una *interpretación evolutiva* del artículo 21 de la Convención Americana,²⁶⁹ la cual ha tenido como fuentes las principales normas, informes y jurisprudencia internacional de pro-

²⁶⁷ CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia de derechos humanos*, OEA/Ser.LN/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 299.

²⁶⁸ Todos son importantes en el sentido que constituyen una fuente para desarrollar derechos claves de los pueblos indígenas. En particular, la sentencia del pueblo Saramaka vs. Surinam ha sido invocada frecuentemente dentro de los fundamentos de las decisiones de los tribunales nacionales, doctrina y propuestas normativas.

²⁶⁹ Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (norma de interpretación) y artículos 31(1) y 31(2) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (regla general de interpretación de los tratados).

tección a los pueblos indígenas.²⁷⁰ Asimismo, es menester señalar que si bien es cierto que en los casos mencionados, los peticionarios no alegaron explícitamente la protección del derecho a la consulta —con excepción del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku—, se considera necesario abordarlos y analizar la interpretación utilizada por la CortelDH. A continuación resaltaré algunos aspectos:

- Los casos conocidos por la CortelDH se iniciaron por reclamaciones de pueblos y comunidades indígenas y tribales afectadas por la ejecución de proyectos de desarrollo o actividades extractivas en sus territorios. Las operaciones de estos proyectos habrían iniciado sin que los Estados demandados hayan consultado ni, mucho menos, obtenido el consentimiento de la población afectada. En estos casos, la CortelDH ha protegido el derecho a la propiedad individual y colectiva, mediante una interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención Americana en concordancia con los artículos 1 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En relación a los pueblos indígenas y tribales, reconoce la relación especial que tienen estos con su territorio.²⁷¹ La CortelDH también ha determinado algunas restricciones admisibles aplicables a situaciones en las que existan contradicciones reales o aparentes del ejercicio de la propiedad individual y comunal, las cuales deben: a) estar establecidas por ley; b) ser necesarias; c) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.²⁷²
- El reconocimiento constitucional de la soberanía estatal sobre los recursos naturales y territorios puede generar conflictos con las normas consuetudinarias de los pueblos indígenas, quienes confieren para sí el dominio sobre estos *bienes*.²⁷³ Por tal motivo, la disposición del Estado de territorios indígenas podría per-

²⁷⁰ CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: nomas y jurisprudencia de derechos humanos*, OEA/Ser.LV/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 294.

²⁷¹ CortelDH, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 90 y 91.

²⁷² CortelDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 144.

²⁷³ La definición de «bienes» dada por la CortelDH comprende a todas las cosas materiales apropiables y a todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. El concepto implica todos los bienes muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y los objetos inmateriales susceptibles de ser valorizados. Ver: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 144.

judicar irreversiblemente a la comunidad hasta hacer peligrar su existencia. Ante este escenario, la CortelDH ha sostenido la necesidad de proteger el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras que, a su vez, implica la protección de los recursos naturales que se encuentran en ella, ya que ambos constituyen elementos necesarios para mantener los estilos de vida de los pueblos indígenas.²⁷⁴

- La CortelDH también ha sostenido que no se puede impedir al Estado otorgar concesiones de explotación de recursos naturales. Estas concesiones podrán ser conferidas con la condición que no pongan en peligro la subsistencia del pueblo indígena o tribal y dentro del marco que ofrece las siguientes tres garantías que todo Estado debería cumplir: i) Asegurar, mediante la consulta previa, la participación efectiva de la población afectada; ii) Garantizar que la comunidad goce de los beneficios de la actividad; y, iii) Asegurar, bajo supervisión estatal, la realización de un estudio de impacto ambiental a cargo de un organismo independiente.²⁷⁵
- Sobre el deber estatal de regular el proceso de consulta, la CortelDH sostiene que no es suficiente con su reconocimiento constitucional; es necesaria, además, la implementación de medidas legislativas o de cualquier otra índole que viabilicen su ejercicio.²⁷⁶ Este deber debe ser cumplido en concordancia con el artículo 25 de la Convención Americana, el cual establece el derecho de los ciudadanos a contar con un recurso sencillo y efectivo para proteger o reparar las violaciones a sus derechos;²⁷⁷ este deber significa para los pueblos indígenas la posibilidad de contar con recursos que respeten sus características culturales propias.

²⁷⁴ CortelDH, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 120-123.

²⁷⁵ CortelDH, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 127-130.

²⁷⁶ El texto del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se lee como sigue: «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

²⁷⁷ CortelDH, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 105 y 106.

La sentencia correspondiente al Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador establece un hito dentro del sistema interamericano de derechos humanos en cuanto a la protección de los derechos de los pueblos indígenas, específicamente en relación al derecho a la consulta previa y a la propiedad comunal. De reciente vigencia, esta sentencia desarrolla de manera detallada aspectos de la consulta previa que los Estados partes ineludiblemente deben tener en cuenta al momento de regularla o llevarla a la práctica. Por tal motivo, a continuación, se presentarán los puntos más importantes que recoge esta sentencia.²⁷⁸

Los hechos que motivaron la demanda están relacionados a la concesión que otorgó el Estado ecuatoriano a la empresa CGC, para explorar y explotar petróleo en el bloque 23. Esta concesión no fue consultada pese a que el bloque está superpuesto al territorio de propiedad del pueblo indígena Sarayaku y a otros pueblos o comunidades indígenas (Jatun Molino, Pacayaku, Canelos, Shaimi y Uyuimi).²⁷⁹ El Estado argumentó que no estaba obligado a consultar, porque al efectuarse la concesión aún no había ratificado el C169. Además, señaló que la falta de consulta se subsanó al no permitir que la empresa concesionaria aplique sus *medidas de socialización* a las comunidades.²⁸⁰

En el proceso, la CortelDH determinó que las medidas de socialización (que la empresa sí llegó a aplicar), la colocación de explosivos y la destrucción de zonas sagradas de los Sarayaku, fueron acciones que violaron la integridad del pueblo, incluso pusieron en peligro la vida de sus miembros y su supervivencia como grupo. Considerando las circunstancias descritas, la CortelDH concluyó que «el Estado es responsable por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana, en relación a los artículos 1(1) y 2 de la misma (...)».²⁸¹ Asimismo señaló que: «El Estado es responsable por haber

²⁷⁸ CortelDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2002, serie C No. 245. Debo mencionar que algunos de estos aspectos han sido incluidos en secciones anteriores para reforzar los planteamientos expuestos.

²⁷⁹ CortelDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2002, serie C No. 245, Párr. 65.

²⁸⁰ La CortelDH refiere que estas medidas de socialización comprendían la entrega de dádivas a las autoridades y pobladores; la promoción de disputas entre los dirigentes y miembros de la comunidad, así como con las comunidades vecinas; la solicitud de presencia militar para resguardar sus campamentos; entre otras malas prácticas.

²⁸¹ CortelDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2002, serie C No. 245, Párr. 341.2.

puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal, reconocidos en los artículos 4(1) y 5(1) de la Convención Americana, en relación a la obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal en términos de los artículos 1.1 y 21 del mismo tratado, en perjuicio de los miembros del Pueblo Indígena Sarayaku (...).²⁸² Por lo que dispuso que el Estado cumpla con consultar de manera previa, efectiva y en observancia de los estándares internacionales, instándole a adoptar medidas legislativas, administrativas o de otra índole que implementen este derecho.

El análisis de fondo de esta sentencia se centra en esclarecer los aspectos esenciales de la consulta previa que, en términos generales, son similares a los desarrollados en la sección No. 3 supra.²⁸³ A continuación se resaltarán otras cuestiones de la sentencia que resultan relevantes y que también merecen ser atendidas:

— La sentencia reconoce el *vínculo espiritual* entre el pueblo indígena de Sarayaku con su territorio, tierras y recursos naturales, así como la forma colectiva de propiedad, la cual considera es también objeto de protección del artículo 21 de la Convención Americana. Este *vínculo* ha sido desconocido por el Estado ecuatoriano, quien argumentó que el título de adjudicación otorgado a los Sarayaku era de carácter limitado, pues el Estado tiene la potestad de utilizar su territorio para cualquier tipo de actividad.²⁸⁴

La CortelDH opina que es factible que el Estado utilice territorios indígenas e imponga ciertas limitaciones a su propiedad, solo con el fin de asegurar la subsistencia del pueblo indígena. Para ello, establece las siguientes garantías, que deberán cumplirse antes de disponer de estos territorios: i) realizar procesos de consulta para los planes de desarrollo e inversión a gran escala; ii) realizar estudios de impacto ambiental y iii) en consulta con la comuni-

²⁸² *Ibíd.*, Párr. 341.2.

²⁸³ Entre los aspectos que desarrolla la sentencia se encuentran: la obligación del Estado de garantizar el derecho a la consulta, la aplicación de la consulta en el caso Sarayaku (la consulta debe ser realizada con carácter previo, con buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo, adecuada y accesible, debe ser informada y debe redactarse un estudio de impacto ambiental). En esta sección no se profundiza en estos elementos de la consulta previa que ha desarrollado la Corte en el caso Sarayaku porque ya fueron objeto de análisis en la sección 3 del presente estudio. Sin embargo, sí se considera necesario mencionar los aspectos desarrollados entre los párrafos 180-211 de la sentencia.

²⁸⁴ CortelDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo de Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2002, serie C No. 245, Párr. 128.

dad, determinar lo que les corresponderá de los beneficios de la actividad que se realizara en sus territorios.²⁸⁵

- Establece la *aplicabilidad del C169* sobre hechos o actos sucedidos antes de su vigencia, pero que surten efectos actuales. Según la CortelDH, las disposiciones del C 169 son aplicables a los proyectos y actos que aún tengan efectos sobre los pueblos indígenas, aunque estos hayan sido aprobados antes de su vigencia.²⁸⁶ Con relación al caso, señala que las consultas debieron realizarse a partir de mayo de 1999 (inclusivo desde 1998, fecha de la ratificación del C 169 por Ecuador)²⁸⁷ y que el Estado debió proceder de buena fe y en concordancia con los otros instrumentos de derechos humanos que se encontraban vigentes a la fecha de la celebración del contrato de concesión, las cuales les son también aplicables, aunque no se refieran concretamente a los pueblos indígenas.
- Reconoce la *importancia de los estudios de impacto ambiental*, debido a que permite a la comunidad o pueblo conocer el impacto que puede provocar un proyecto sobre ellos y el medio que los rodea, así como los riesgos que genere su realización. Por tal razón, la CortelDH considera imprescindible que los gobiernos supervisen su elaboración y fomenten la participación de los pueblos indígenas en este proceso.²⁸⁸

5.2. La consulta previa en el Sistema Africano de Derechos Humanos

La Comisión Africana fue establecida por el artículo 30 de la Carta Africana sobre Derechos del Hombre y de los Pueblos, con la finalidad de promover los derechos humanos y de los pueblos y garantizar

²⁸⁵ CortelDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2002, serie C No. 245, Párrs. 157 y 219. Estas salvaguardas fueron ya desarrolladas en la sentencia correspondiente al *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 130.

²⁸⁶ CortelDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2002, serie C No. 245, Párr. 176. Además, prestar atención a la nota al pie No. 234, referente a la opinión de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT sobre la irretroactividad de la C 169.

²⁸⁷ En este caso, el Estado ecuatoriano tampoco cumplió con su deber de consultar después de ratificar el C 169. Al contrario, firmó un convenio de cooperación con la empresa, en el cual brindaba apoyo militar para facilitar su ingreso y permanencia en el territorio indígena.

²⁸⁸ CortelDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2002, serie C No. 245, Párrs. 204-207.

su protección en África. La Comisión Africana empezó a interesarse en la situación de los derechos de los pueblos indígenas a partir de 1999. En el 2000, estableció el Grupo de Trabajo sobre los Derechos de las Poblaciones/ Comunidades Indígenas (en adelante, Grupo de Trabajo) con el mandato de: i) Examinar el concepto de poblaciones/comunidades indígenas en África; ii) Estudiar las implicaciones de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y el bienestar sobre las poblaciones/comunidades indígenas iii) Considerar las recomendaciones recomendaciones para el monitoreo y protección de derechos de las poblaciones/comunidades indígenas; y, iv) Entregar un informe a la Comisión Africana.²⁸⁹

En cumplimiento de este mandato, el Grupo de Trabajo elaboró un informe²⁹⁰ en el que aborda dos temas: i) la problemática de la definición de los pueblos indígenas en el contexto africano;²⁹¹ y ii) la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el continente africano. A pesar que este informe no trata concretamente el derecho a la consulta previa, sí es posible encontrar en su contenido algunas referencias, debido a que, como ya se ha señalado, es un derecho que está íntimamente vinculado a otros. Así, el Grupo de Trabajo reconoce que en el continente africano, la desposesión de territorios es uno de los principales problemas por el que atraviesan, especialmente los pastores indígenas y los cazadores-recolectores de las comunidades.

²⁸⁹ Traducción propia. El texto original de la resolución se lee como sigue: « i) Examine the concept of indigenous populations/communities in Africa; ii) Study the implications of the African Charter on Human Rights and well being of indigenous populations/communities; iii) Consider appropriate recommendations for the monitoring and protection of the rights of indigenous populations/communities; and, iv) Submit a report to the African Commission». Ver: OUA, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Resolución sobre los derechos de poblaciones/comunidades indígenas en África, 28.ª sesión, Cotonou, Benín, 6 de noviembre de 2000.

²⁹⁰ OUA, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos e IWGIA (2005): *Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Peoples' Rights*.

²⁹¹ Nótese que el término indígena utilizado en la resolución de la creación del GP resulta de por sí ambiguo, ya que no se logra determinar si se tratan de poblaciones o comunidades. Es decir, existiría un sesgo de vincular los derechos de los pueblos indígenas con el de las minorías. El Grupo de Trabajo de Expertos sobre Pueblos Indígenas formado por la Comisión Africana puso fin a esta controversia, resolviendo aplicar la descripción socio-psicológica de pueblos indígenas, sustentado en el criterio de autodefinición y reconocimiento de la autoidentificación de los pueblos. Ver: OUA, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos e IWGIA (2005): *Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Peoples' Rights*, p. 12.

La desposesión se genera principalmente por tres motivos: i) los gobiernos consideran los territorios indígenas como *terra nullius*;²⁹² ii) los gobiernos carecen de una política que impulse la titulación de las tierras que ocupan las comunidades o pueblos indígenas;²⁹³ iii) los gobiernos otorgan permisos a empresas, quienes junto a donantes internacionales, desarrollan actividades extractivas a gran escala, promueven la agricultura y el turismo industrial, la explotación minera, petrolera o forestal, la construcción de centrales hidroeléctricas o la creación de parques nacionales en territorios indígenas.²⁹⁴

La vulneración del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios afecta a su vez el ejercicio de otros, como el derecho a ser consultados, a otorgar su consentimiento o a obtener los recursos necesarios para existir. Para el Grupo de Trabajo las situaciones descritas constituyen una violación de la Carta Africana, en especial de los derechos de los pueblos a disponer y a usar con libertad y de manera tradicional sus riquezas y recursos naturales, así como del derecho a recuperar y a recibir una compensación ante la desposesión de estos recursos y tierras y de determinar su propio desarrollo económico, social y cultural (artículos 21(1), 21 (2) y 22).²⁹⁵

El Relator Anaya ha advertido que los Estados africanos suelen prescindir de la voluntad de los pueblos indígenas al tomar decisiones sobre la procedencia de proyectos de desarrollo en sus territorios. Esta omisión podría originarse a que los pueblos indígenas no cuentan con representación en los organismos públicos a nivel nacional o regional, o porque no se han creado mecanismos adecuados para su participación. De hecho, Anaya ha podido determinar que en algunos casos en los que se efectuaron consultas, estas fueron desarrolladas bajo diseños

²⁹² *Ibídem*, p. 21.

²⁹³ En atención a esta situación que acentúa la vulnerabilidad de los pueblos indígenas se sostiene la necesidad de contar en las cortes con historiadores, antropólogos, entre otros profesionales que sustenten los testimonios de estos pueblos que exigen se respete su derecho de propiedad de sus territorios. See: Barume, Kwokwo Albert, *op. cit.*, 45.

²⁹⁴ *Ibídem*, p. 42.

²⁹⁵ Entre los casos que menciona el Grupo de Trabajo, relacionados a la formación de áreas protegidas, se cita la afectación del pueblo Baka, que ocupa tradicionalmente el territorio donde se estableció la Nzanga-Ndoki National Park en la República Centroafricana; y la formación de la Reserva Mkomazi en el territorio de los Maasai en Tanzania. Sobre las actividades extractivas, se menciona la afectación de los derechos del pueblo Ogoni de Nigeria por la explotación de petróleo en su territorio; y sobre la construcción de represas hidroeléctricas, se menciona el caso del pueblo Himba, en Namibia, el cual deberá ser desplazado para llevar adelante este proyecto. Llama la atención que, a pesar que la República Centroafricana es el único país africano que ratificó el C 169, no consultó y tampoco subsanó su omisión, incumpliendo con su deber internacional.

aplicados a la población en general, mas no conforme a un procedimiento especial que contemple las particularidades de los pueblos indígenas como grupo culturalmente diferenciado.²⁹⁶

La jurisprudencia de la Comisión Africana sobre casos relacionados a los pueblos indígenas encuentra sus fundamentos en los artículos 19, 20, 21, 22, 23 y 24 de la Carta Africana. Estos artículos han permitido interpretar en situaciones concretas la exigencia de procesos de consulta previa. Por ejemplo, la Comisión Africana ha afirmado que el derecho a la libre determinación «[...] debería ser entendido como uno que abarca una serie de derechos relacionados a la plena participación en asuntos nacionales, al autogobierno local, **al reconocimiento para ser consultado en la redacción de leyes y programas concernientes a ellos**, al reconocimiento de sus estructuras y formas de vida tradicionales, así como a la libertad de preservar y promover su cultura»²⁹⁷ (énfasis añadido).

Con relación al derecho a la libre determinación, entendido como uno de los fundamentos del derecho a la consulta previa, puede mencionarse la Comunicación No. 75/92.²⁹⁸ Su importancia radica porque en ella se afirma que las diversas formas del ejercicio del derecho a la libre determinación (auto-gobierno, gobierno local, federalismo, confederalismo o unitarismo) deben reconocer los principios de soberanía e integridad territorial. Es decir, para la Comisión Africana el derecho a la libre determinación deberá ser ejercido conforme al artículo 46(1) de

²⁹⁶ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Sr. James Anaya: *La situación de los pueblos indígenas en Botswana*, Doc. ONU A/HRC/15/37/Add.2, 2 de junio de 2010, párr. 56; ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los indígenas, James Anaya. *La situación de los pueblos indígenas en la República del Congo*, Doc. ONU A/HRC/18/35/Add.5, 11 Julio 2011, párrs. 29 y 30.

²⁹⁷ Traducción propia. El texto original se lee como sigue: «[...] should be understood as encompassing a series of rights relative to the full participation in national affairs, the right to local self-government, the right to recognition so as to be consulted in the drafting of laws and programs concerning them, to a recognition of their structures and traditional ways of living as well as the freedom to preserve and promote their culture». Ver: OUA, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2007): *Advisory Opinion of the African Commission in Human and Peoples' Rights on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 41.ª Sesión Ordinaria, Mayo, Accra, Ghana, párr. 27.

²⁹⁸ OUA, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Caso Katangese Peoples' Congress v. Zaire*, Comunicación No. 75/92, 22 de marzo de 1995, 16.ª Sesión Ordinaria, 25 de octubre - 3 de noviembre de 1994, Banjul, Gambia. Párr. 4. Disponible en: http://www.achpr.org/files/sessions/16th/comunications/75.92/achpr16_75_92_eng.pdf

la Declaración.²⁹⁹ Enfatiza que el derecho a la libre determinación será ejercido «(...) respet[ando] la soberanía, la inviolabilidad de las fronteras adquirida durante la independencia de los Estados miembros y su integridad territorial».³⁰⁰

Otro caso trascendental es el correspondiente a la Comunicación No. 276/03, en el cual el Pueblo Endorois denuncia al Estado de Kenia por el traslado forzoso de sus tierras ancestrales —alrededor del lago Bogoria— para la creación de una reserva y por la realización de procesos de consulta previa inapropiados en los que no se fijó una adecuada y efectiva compensación. El pueblo Endoris alegaron que estas consultas habrían sido irregulares porque el gobierno no convocó a su órgano representativo, el Endorois Welfare Committee,³⁰¹ y que la disposición de su territorio habría generado la violación de los artículos 8, 14, 17, 21 y 22 de la Carta Africana, los cuales reconocen, respectivamente, el derecho a la religión, a la propiedad, a la cultura, a la libre disposición de recursos naturales y al desarrollo.

En sus alegatos, el pueblo Endorois citan, entre otros pronunciamientos de órganos internacionales de derechos humanos, las resoluciones de la CortelDH. En particular, el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, referido al derecho de propiedad de los pueblos indígenas, y el caso de Mary y Carrie Dan vs. USA, referido al requerimiento del consentimiento previo, libre e informado. Los Endoris sostienen que el consentimiento debe ser otorgado libremente,

²⁹⁹ El artículo 46(1) de la Declaración tiene el siguiente texto: «Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a **quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes**». Como ya se mencionó, esta es una disposición de salvaguarda de la integridad de los Estados ante cualquier aspiración de fragmentación territorial de un grupo o un pueblo

³⁰⁰ OUA, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2007): *Advisory Opinion of the African Commission in Human and Peoples' Rights on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 41.^a Sesión Ordinaria, Mayo, Accra, Ghana, párr. 18.

³⁰¹ Traducción propia. El texto original se lee como sigue: «(...) respect[ing] of sovereignty, the inviolability of the borders acquired at Independence of the member states and respect for their territorial integrity». Ver: OUA, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Caso Centre for Minority Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) v. Kenia*, Comunicación No. 276/03, 25 de noviembre de 2009. 46a Sesión Ordinaria, 11-25 de noviembre de 2009, Gambia. Párr. 2 y 20. Disponible en: http://www.achpr.org/files/sessions/46th/comunications/276.03/achpr46_276_03_eng.pdf

sin cualquier tipo de coerción y con una vasta información disponible para toda la comunidad.

La Comisión Africana profundiza su reflexión sobre el derecho a la consulta previa cuando se pronuncia sobre la violación del artículo 22 de la Carta Africana. Su análisis se apoya en las consideraciones de la CortelDH correspondientes a los casos de la Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay y del Pueblo Saramaka v. Suriname, que abordan la relación de los pueblos indígenas con sus tierras, y la necesidad de asegurar su derecho a disfrutar de los recursos que hay en ellas para su subsistencia y desarrollo. Estos casos presentados en América Latina son similares a la situación de los Endorois, quienes fueron relegados a tierras semi áridas, sin la posibilidad de acceder su territorio tradicional, necesario para sus actividades pastoriles y su sustento.

Esta comunicación resulta importante en el sentido que la Comisión estableció que el gobierno de Kenya no aseguró una efectiva participación de los Endoris ni creó las condiciones para efectuar una consulta apropiada.³⁰² Del mismo modo, porque estableció que, más allá de la consulta, el Estado tiene el deber de obtener el consentimiento de estos pueblos antes de efectuar cualquier proyecto de desarrollo o inversión que impacte sobre su supervivencia: «[...] el Estado tiene el deber no solo de consultar a la comunidad, sino también de obtener el consentimiento libre, previo e informado, de acuerdo a sus costumbres y tradiciones».³⁰³

³⁰² OUA, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Caso Centre for Minority Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) v. Kenia*, Comunicación No. 276/03, 25 de noviembre de 2009. 46a Sesión Ordinaria, 11-25 de noviembre de 2009, Gambia. Párrs. 281, 282 y 283.

³⁰³ Traducción propia. El texto original se lee como sigue: «[...] the State has a duty not only to consult with the community, but also to obtain their free, prior and informed consent, according to their customs and traditions». *Ibidem*, párr.291.

Apreciaciones finales

Establecer el procedimiento del derecho a la consulta previa tiene varias dificultades, las cuales entorpecen su ejercicio. Entre estas dificultades se han nombrado las derivadas de la identificación de los pueblos indígenas y, por consiguiente, de sus territorios. El problema radica en que el criterio de autoidentificación es ampliamente aceptado por los organismos internacionales de derechos humanos y por las organizaciones indígenas, pero no por los Estados. En efecto, los Estados se sienten amenazados, ya que consideran que cualquier grupo puede autoidentificarse como pueblo indígena y arrogarse para sí el derecho a ser consultado. Por esta razón, se considera la necesidad de que mediante un proceso de consulta, organizaciones o federaciones indígenas junto a representantes gubernamentales, dialoguen, identifiquen y elaboren una relación de pueblos indígenas y definan sus territorios tradicionales, con el objeto de otorgar certeza a todas las partes involucradas en el proceso de consulta.

La generalidad de los estándares internacionales es útil en la medida que permite un margen de discusión para fijar las reglas del proceso de consulta. Esta generalidad puede ser positiva, porque permite desarrollar el proceso con flexibilidad, en atención a la particularidad de la comunidad y de la medida. Sin embargo, puede ser negativa, si el proceso está lleno de vacíos y dudas. Por ello, considero que la regulación internacional actual es perfectible siempre que los Estados y las demás partes involucradas actúen de buena fe, con el objeto de establecer los mecanismos que permitan conocer la voluntad genuina del pueblo indígena y que aseguren que todos cumplan con sus compromisos asumidos.

El derecho a la consulta y el derecho a consentir son autónomos. Diversos organismos de derechos humanos y de carácter financiero concluyen que ambos permiten proteger a los pueblos indígenas y ar-

monizar intereses diversos. Este estudio pudo determinar que el derecho a consentir podrá ser invocado en circunstancias especiales, siempre que se traten de medidas de gran impacto. En cuanto a la consulta, no es menos importante si a través de ella solo se consigue un acuerdo, ya que por su aplicación existe la posibilidad de evitar conflictos y conciliar. Ambos casos no deben confundirse con el derecho a veto. El derecho internacional aún no ha conferido a los pueblos indígenas la posibilidad de vetar las decisiones estatales, lo cual tampoco significará que el Estado imponga su voluntad.

A partir de la revisión a la jurisprudencia de la CortelDH y de la Comisión Africana, se ha determinado que sus pronunciamientos sobre el derecho a la consulta están directamente relacionados a casos donde se vulneraron el derecho a la propiedad y el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas. La CortelDH cuenta con un mayor número de casos que atienden a esta problemática indígena. Por su parte, la Comisión Africana empieza a pronunciarse sobre este derecho, algunas de sus decisiones se apoyan en los fundamentos de la CortelDH, lo cual permite reflexionar sobre la vulnerable situación de los pueblos indígenas en estos continentes. En ambas regiones se denuncia la presencia de agentes externos a la comunidad que buscan tomar el control de sus territorios tradicionalmente ocupados.

El derecho a la consulta se constituye en un reto y en una oportunidad para los Estados multiculturales, los cuales necesitan reinventarse a través de nuevas constituciones que recojan la diversidad cultural de sus sociedades. Esta reinvención también deberá incluir un conjunto de reformas estructurales y la adopción de medidas legales y administrativas que cubran la brecha de implementación de los derechos indígenas internacionalmente reconocidos y que resuelvan temas pendientes como la creación de mecanismos idóneos para hacer efectivo el ejercicio del derecho a la consulta previa.

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 76

Este estudio tiene por objeto presentar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas bajo un análisis crítico de su desarrollo en el derecho internacional, poniendo énfasis en los procesos consultivos en actividades extractivas. Para lograr este objetivo, el estudio se ha dividido en cinco partes, en las cuales se analiza el fundamento del derecho a la consulta, su marco jurídico internacional, sus aspectos más elementales (como su aplicación personal, temporal o material); su relación con el derecho al consentimiento, así como los pronunciamientos de los sistemas regionales de derechos humanos (americano y africano) relacionados a este derecho.

Amelia Alva Arévalo es candidata a Doctor en Derecho por la Universidad de Gante (Bélgica), maestra en Estudios Latinoamericanos por la Universidad de Salamanca (España) y abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Además, cuenta con diversos estudios de especialización sobre Derechos humanos y derechos de Pueblos Indígenas. En España, tuvo a cargo la coordinación de la Cátedra Indigenista «José María Arguedas» del Instituto de Iberoamérica (Universidad de Salamanca). En el Perú, laboró en el Congreso de la República, en la Defensoría del Pueblo y en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Actualmente es parte del staff de investigadores del Human Rights Centre de la Universidad de Gante.

HURI-AGE
Consolider-Ingenio 2010



Deusto

Publicaciones
Universidad de Deusto



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

LEHENDAKARITZA
Bakregintza eta Bizkidelzarako
Idazkaritza Nagusia
Biktimen eta Giza Eskubideen Zuzendaritza

PRESIDENCIA
Secretaría General para la Paz
y la Convivencia
Dirección de Víctimas y Derechos Humanos