

TOMANDO EN SERIO Y SUPERANDO EL DERECHO DE CONSULTA PREVIA: EL CONSENTIMIENTO Y LA PARTICIPACIÓN¹

-A propósito de la integración de la Declaración y el Convenio 169- OIT por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Saramaka vs. Surinam-

Raquel Yrigoyen Fajardo ²

Introducción

Mediante la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso del pueblo Saramaka contra Surinam (28.11.2007),³ la CIDH establece un nuevo parámetro para proteger los derechos territoriales y de acceso a los recursos naturales por parte de pueblos indígenas y tribales (PIyT), a través del establecimiento de salvaguardas. La Corte desarrolla los derechos de participación, consulta previa y consentimiento libre, informado y previo respecto de planes de inversión y desarrollo, así como respecto de concesiones para actividades de exploración o explotación de recursos naturales en los territorios que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera y que pueden afectarles.

Se trata de una sentencia en la que la Corte integra la Declaración de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas (La Declaración) conjuntamente con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Convenio 169), las recomendaciones del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, además de su propia jurisprudencia relativa a derechos colectivos indígenas.

Un análisis de la sentencia nos permite identificar mejor la naturaleza de las instituciones que relacionan al Estado con los pueblos indígenas, y no centrar toda la atención en la consulta previa. La consulta previa es un mecanismo que el Estado está obligado a implementar antes de tomar una decisión sobre una medida –administrativa o legislativa– que pueda afectar a los pueblos indígenas. Pero los pueblos no deciden. Justamente se activa el mecanismo de la consulta cuando es el Estado el que debe decidir. Y el deber del Estado se agota en garantizar, de buena fe, que los procedimientos estén orientados al logro de un acuerdo o consentimiento, aunque dicho acuerdo o consentimiento no se produzca. Esto ha llevado a algunos pueblos a preguntarse por la real utilidad de este mecanismo cuando lo que está en juego detrás de una medida concreta es una política con la cual dichos pueblos no están de acuerdo. Incluso, por tal motivo, algunos pueblos han

¹ Ponencia presentada en el Curso sobre “Consulta Previa”. V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Bogotá Octubre 2008.

² Abogada, con maestría y doctorado (Universidad de Barcelona), Diploma de Estudios Antropológicos (DEA, PUCP) y Especialización en Derecho Consuetudinario Indígena (UNAM-USAC). Fundadora del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad- IIDS/ *International Institute on Law and Society-IILS* y editora de www.Alertanet.org -Portal de Derecho y Sociedad. (raquelyf@alertanet.org).

³ La sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam está disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf.

llegado a rechazar el mecanismo mismo de la consulta, puesto que finalmente el Estado es el que decide, aún en contra del pronunciamiento negativo de los pueblos respecto de ciertas medidas. En cambio, cuando se exige el consentimiento para la adopción de ciertas medidas, el peso de la decisión se traslada a los pueblos indígenas. De ahí que muchos pueblos reclamen que el Estado no sólo esté obligado a realizar la consulta sino a contar con su consentimiento antes de adoptar la medida en cuestión. Y, de hecho, esta sentencia desarrolla en qué casos el Estado está obligado no sólo a consultar sino a contar con el consentimiento del pueblo correspondiente antes de adoptar ciertas medidas. Y este es un valor de la sentencia, que supera la discusión sobre la consulta al desarrollar cuándo se requiere además el consentimiento. Ahora, el consentimiento sólo es exigible en ciertos casos, cuando se pone en riesgo la integridad biológica y cultural de los pueblos, como ante los megaproyectos. Y entonces volvemos al mismo problema, pues no se puede exigir el consentimiento en todos los casos donde se hace una consulta. La consulta sirve para preguntar a los pueblos antes de la toma de medidas concretas, como por dónde pasará una carretera o cómo se puede hacer una exploración petrolera, pero el mecanismo de la consulta previa, en sí mismo, no da el margen para que los pueblos puedan oponerse a la política de desarrollo en la que se enmarca dicha carretera o dichas actividades de exploración. Y es aquí donde la sentencia también permite superar esta limitación de la consulta previa al desarrollar el derecho de participación. Este derecho ya estaba garantizado en el Convenio 169 de la OIT, pero no ha sido realmente implementado. Y la sentencia ayuda a reflexionar sobre su valor y necesidad.

El derecho de participación en la adopción de las políticas y programas de desarrollo de carácter nacional o regional es lo que garantiza que los pueblos no sólo sean consultados antes de una medida concreta, sino que puedan intervenir en la adopción de decisiones políticas sobre los proyectos y programas de desarrollo. Y eso sí les da la oportunidad de asegurar el respeto de sus prioridades y modelo de desarrollo. Luego de haber participado en la adopción de las decisiones políticas, entonces sí tiene sentido la consulta sobre las medidas concretas que ejecutan dichas políticas. Y este es el aporte de la sentencia, tomarse en serio la consulta y superarla con el desarrollo de estas otras dos instituciones: el consentimiento y la participación.

Cabe recordar que Surinam no ha ratificado el Convenio núm. 169 y su legislación es muy individualista. Por lo tanto, esta sentencia se aplica incluso en situaciones donde los estados no han ratificado instrumentos internacionales o no tienen legislación interna relativa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En síntesis, con esta sentencia, la Corte integra y da vida al Convenio 169 de la OIT y a la Declaración. Entonces, más que verlos como dos instrumentos en conflicto o el primero ya superado en términos sustantivos por el segundo, se puede ver su complementariedad al ser aplicados en casos concretos. La Declaración ayuda a desarrollar una interpretación progresiva del Convenio mismo y, por ende, más efectiva para la protección de derechos.

Las sentencias de la Corte son vinculantes para todos los estados sometidos a ella. Y su jurisprudencia, más allá del caso concreto, se vuelve la regla para todos los casos afines en las Américas pues, en un supuesto de recurso ante la CIDH, la misma aplicará dicho estándar. De ahí que es importante esta sentencia porque da las pautas de por dónde debería ir la jurisprudencia nacional en la materia, y por ende, las políticas públicas y la legislación.

El caso

- El pueblo tribal Saramaka, afrodescendientes habitantes de los bosques de Surinam, recurrieron hasta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al haber sido afectados en su modo de vida y medios para su subsistencia por concesiones forestales y mineras en sus territorios. E, internamente, la legislación de Surinam no les había permitido defender sus tierras colectivas como grupo.
- La Corte estableció que dichas concesiones, en efecto, acababan restringiendo sus derechos de acceso a la tierra y a los recursos naturales de los bosques y aguas que ellos utilizaban desde que llegaron, que estaban relacionados con su cultura y que eran necesarios para su subsistencia.
- La Corte concluyó que el Estado de Surinam había violado los siguientes derechos del pueblo tribal Saramaka:
 - el derecho colectivo del pueblo Saramaka a la propiedad del territorio que venía ocupando ancestralmente,
 - el derecho a la personalidad jurídica del pueblo Saramaka, al no reconocerlo como colectivo, y
 - el derecho a protección judicial efectiva, al no permitirle acceder a la justicia como grupo para defender derechos colectivos.
- La Corte ordenó que el Estado de Surinam:
 - Reparara el medio ambiente degradado o dañado por las concesiones,
 - No otorgara concesiones hasta que no se dieran las tres salvaguardas de
 - a) participación efectiva (consulta y consentimiento, en su caso),
 - b) beneficios razonables, y
 - c) estudios técnicos e independientes de impacto ambiental y social;
 - Reconociera personalidad jurídica colectiva al pueblo Saramaka, titulación colectiva de la tierra, y que garantizara recursos efectivos y adecuados contra actos que violen sus derechos colectivos;
 - Otorgara reparaciones colectivas, y
 - Difundiera la sentencia de la Corte por escrito, en holandés (el idioma nacional de Surinam), y por radiofonía, en el idioma del pueblo Saramaka.

Los Fundamentos

La Corte se basa, en particular, en los siguientes derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de 1969):

- El derecho al goce pleno de derechos (Art. 1.1).
- Deber del Estado de adoptar las medidas legislativas u otras para hacer efectivos los derechos (Art. 2).
- El derecho a la personalidad jurídica (Art. 3).
- El derecho a la propiedad, que incluye a su vez el derecho a una indemnización justa en caso de privación o restricción del mismo (Art. 21).
- El derecho a un recurso efectivo para proteger derechos (Art. 25).

Y, a partir de tales derechos básicos, la Corte desarrolla otros derechos.

La base legal

Convención Americana sobre Derechos Humanos- CADH o Pacto de San José

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

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.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

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.

Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

Fuentes

En su sentencia, la Corte integra:

- **Los avances de su propia jurisprudencia**, la cual ha desarrollado la dimensión colectiva de los derechos que la Convención reconoce a “la persona”. En varias sentencias previas (como *Awas Tingni vs. Nicaragua*), la Corte ha interpretado que el sujeto titular de los derechos de la Convención no sólo está constituido por seres humanos individuales, sino también por colectivos, como las comunidades y pueblos indígenas, y en esta sentencia, los pueblos tribales.⁴
- **Los contenidos del Convenio núm. 169** sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, en particular, los criterios que usa el Convenio para identificar pueblos indígenas y tribales (art. 1); los derechos colectivos a la tierra, territorio y recursos naturales, incluyendo la protección de “las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera” (arts. 13 y ss.), el derecho de consulta previa, con el fin de lograr el consentimiento o acuerdo (art. 6), el derecho de participación (6 y 7), así como los derechos a indemnización y beneficios en caso de concesiones en territorio indígena, cuando los recursos del subsuelo u otros pertenecen al Estado (art. 15,2).⁵
- **Los contenidos de la reciente Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas**, en particular sobre el derecho al consentimiento libre, informado y previo.⁶
- **Las recomendaciones del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas**, sobre todo en lo que respecta a sus recomendaciones sobre el consentimiento previo, libre e informado antes de la instalación de megaproyectos en territorios indígenas.

Sobre el derecho de propiedad colectiva

En cuanto al derecho de propiedad de pueblos indígenas o tribales, la Corte ha dejado sentado que, aunque los pueblos en cuestión –como en el caso del pueblo Saramaka- no tengan títulos de propiedad ni reconocimiento como colectivos, tienen derecho a las tierras y territorios que ocupan y a los recursos naturales (bosques, aguas, etc.) que son necesarios para su subsistencia y que utilizan según su cultura y costumbres. En consecuencia, el Estado debe adoptar las medidas legislativas o de otro tipo que sean

⁴ Véase la sentencia del Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001) en http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/JURISP/Corte/Nicaragua/comunidad_mayagna/comunidad_mayagna_fondo.pdf. Véase la jurisprudencia de la CIDH en materia indígena (de 1985 al 2000) en: <http://www.cidh.org/Indigenas/Anexos.htm>, y la doctrina al respecto en: <http://www.cidh.org/Indigenas/Cap.3.htm>.

⁵ Algunos de los artículos aquí citados aparecen al final. Véase el texto completo del Convenio en: <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>.

⁶ Véase el texto completo de la Declaración en: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/es/drip.html>.

necesarias para reconocer propiedad colectiva o comunal a una entidad colectiva como el pueblo Saramaka. (párr. 108).

El pueblo Saramaka tiene derecho a usar y gozar de su territorio conforme a sus tradiciones y costumbres. Y de ello se desprende su derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran en y dentro de las tierras que han poseído tradicionalmente. La Corte ya ha establecido en jurisprudencia previa la relación intrínseca entre el derecho a los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio con la supervivencia económica, social y cultural de los pueblos indígenas y de sus miembros (casos Yakye Axa y Sawhoyamaya). (párr. 121-123).

123. “[E]l derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro de su territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención, a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo.”

Las restricciones al derecho de propiedad en general

Ahora, el derecho de propiedad, en principio, no es absoluto, pues el art. 21 de la Convención establece que “la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad”. Por ejemplo, el Estado podría restringir el derecho de propiedad para dar concesiones. Sin embargo, tales restricciones del derecho de propiedad sólo pueden hacerse bajo ciertas condiciones:

- Por ley,
- Cuando sea necesario,
- De modo proporcional,
- Siempre que haya un objetivo legítimo en una sociedad democrática. (párr. 128).

A tales condiciones, la Corte le añade otro requisito para poder restringir el derecho de propiedad en el caso de los pueblos indígenas o tribales, esto es, que no implique “una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes.” Es decir, en el caso de posibles concesiones sobre recursos naturales, que vayan a restringir el derecho de propiedad, la Corte no sólo

está considerando el derecho de propiedad en sí mismo, sino el derecho de los pueblos a su subsistencia, según sus tradiciones y costumbres o su modo de vida.

Párr. 129. “[C]onforme al artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los Saramaka respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos señalados anteriormente y, además, cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo (...)”

Garantías o salvaguardas antes de restringir derechos territoriales de los pueblos

La Corte establece que, antes de que el Estado otorgue concesiones o ejecute planes de desarrollo que en la práctica vayan a restringir los derechos territoriales de los pueblos y que puedan afectar su subsistencia de acuerdo a su modo de vida, el Estado está obligado a asegurar **3 garantías**:

1. La **participación efectiva** de los pueblos indígenas y tribales, de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, en los planes de inversión o desarrollo que se lleven en sus territorios.
2. **Beneficios razonables** para los pueblos indígenas y tribales. La Corte incluye indemnización y, además, beneficios.
3. **Estudios de impacto** ambiental y social **técnicos e independientes**.

Consulta, consentimiento, participación: ¿en qué casos?

En una interpretación progresiva, la Corte analiza los derechos de:

- participación efectiva desde los planes de inversión o desarrollo;
- el derecho de consulta previa, como un proceso comunicativo continuo; y
- el derecho al consentimiento previo, libre e informado,

como **salvaguardas** que, en cada caso, los estados están obligados a cumplir antes de otorgar concesiones que restrinjan los derechos al territorio y recursos naturales de los pueblos indígenas o tribales de tal modo que afecten su forma de vida y subsistencia.

La Corte ordena que desde las primeras etapas de un plan de desarrollo o inversión, el Estado garantice la consulta y participación efectiva de los pueblos que puedan ser afectados, informándoles desde el inicio de los posibles riesgos de salud, ambientales, etc. y dándoles el tiempo suficiente para que tales pueblos puedan tener una discusión interna al respecto.

La Corte indica que en los procedimientos de consulta, el Estado debe brindar la información correspondiente y promover la comunicación constante con los pueblos; y que la consulta debe hacerse de buena fe, mediante procedimientos culturalmente

adecuados, según las tradiciones y costumbres de los pueblos consultados, y con el fin de llegar a un acuerdo (párr. 134).⁷

La Corte establece que, en los casos de planes de desarrollo o inversión de gran escala (**megaproyectos**) que puedan tener un “impacto significativo en el derecho al uso y goce de los territorios ancestrales”, el Estado no sólo está obligado a la consulta sino a obtener el **consentimiento libre, informado y previo** de dichos pueblos (párr. 135-137).

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

Aquí la Corte se vale del razonamiento del Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y libertades de los pueblos indígenas. El Relator concluye que, cuando se trata de proyectos a gran escala que pueden producir pérdida del territorio, desalojo, destrucción o contaminación, migración y posible agotamiento de los recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, “[e]s esencial el consentimiento libre previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo” (párr. 136).

En este punto, también es consistente y compatible con el Convenio 169 de la OIT, pues para los casos de traslado de pueblos se requiere no sólo que pasen por un procedimiento de consulta, sino su efectivo consentimiento, libre e informado, o un procedimiento legal que garantice su representación (art. 16,2 del Convenio 169 OIT).⁸

De la consulta al consentimiento

¿Por qué la Corte insiste en que no basta la consulta, sino que exige el consentimiento?. Aquí es importante hacer una anotación que tiene que ver con cómo está redactado el artículo 6 del Convenio sobre el derecho de consulta (“las consultas ... 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”) y que algún modo se repite en el artículo 19 de la Declaración (“Los Estados celebrarán consultas ... *para* obtener [el] consentimiento...”). El derecho de consulta obliga al Estado a instaurar, de buena fe, procedimientos orientados hacia (“con la finalidad”/ “para”) el logro de dicho acuerdo o consentimiento, pero no exige que dicho consentimiento se produzca para que pueda tomar una decisión. Así ha sido comprendido el derecho de consulta previa por los órganos de control de la OIT, que el Estado cumple su deber de garantizar el derecho de consulta al implementar, de buena fe, procedimientos que busquen o propicien llegar a un

⁷ Es evidente que la Corte toma los elementos que definen el derecho de consulta del art. 6 del Convenio 169 de la OIT. Véase el art. 6 del Convenio 169 al final de este texto.

⁸ Véase el art. 16, 2 del Convenio 169 de la OIT al final del texto.

acuerdo o lograr el consentimiento de los pueblos respecto de las medidas propuestas, pero no se requiere que efectivamente se llegue a dicho acuerdo o consentimiento.

“[S]erá apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado. Es decir que la expresión «procedimientos apropiados» debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No es necesario, por supuesto, que un acuerdo se logre o que se obtenga el consentimiento.”

Consejo de Administración de la OIT, 289ª reunión, marzo de 2004, Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, GB.289/17/3, pár. 89.

Una vez terminado el procedimiento de consulta, el Estado toma la decisión y adopta la medida que corresponda con la debida motivación de su acto.

La exigencia adicional del consentimiento significa que el Estado no puede tomar una decisión sin la expresa aceptación de los pueblos a la medida propuesta. La pregunta que sigue es, entonces, ¿cuándo se exige el consentimiento para el Estado pueda tomar una decisión? El Convenio establece este requisito de modo expreso antes de traslados territoriales de los pueblos indígenas (art. 16,2). Y, en una interpretación sistemática del Convenio, se podría entender que el Estado está obligado a contar con el consentimiento de los pueblos antes de tomar medidas que de algún modo puedan afectar derechos de interés superior, como su propia existencia o su integridad biológica o cultural, como ocurre cuando se producen traslados territoriales.

De la sentencia de la Corte se desprende que es la protección de los derechos humanos colectivos de los pueblos, su derecho a existir de determinada manera, lo que genera la exigencia del consentimiento o, contrario sensu, el derecho del pueblo de oponerse a un proyecto que puede poner en riesgo su existencia misma. De ahí que los Estados deberán desplegar un esfuerzo adicional no sólo para consultar a los pueblos y hacerles participar desde el inicio de los proyectos de desarrollo o inversión, sino para garantizar su integridad como pueblos. Y, en todo caso, que los cambios que se produzcan puedan ser conocidos, previstos, aceptados y, en lo posible, controlados por tales pueblos.

¿Esto significa un derecho a veto? La Corte no se pronuncia al respecto. Sin embargo, cabe anotar que para la Corte el nivel de consulta que se requiere depende de “la naturaleza y del contenido de los derechos en cuestión” (párr 138). Podríamos inferir que, el derecho de consulta podría ser visto como un mecanismo que, en sí mismo, no genera un derecho a veto. Lo que exige al Estado la obtención del consentimiento del pueblo antes de ejecutar un proyecto de desarrollo de alto impacto, es el derecho de dicho pueblo a su existencia e integridad física y cultural, de acuerdo a sus costumbres y modo de vida, en tanto dicha integridad es la que se puede poner en riesgo con un megaproyecto de alto impacto. Ello supone que el Estado debe estar en capacidad de garantizar no sólo la información y participación de los pueblos indígenas y tribales en el proceso de

definición de megaproyectos, sino también, y fundamentalmente, la integridad y subsistencia física y cultural de tales pueblos. *Contrario sensu*, tal pueblo tendría el derecho a no dar su consentimiento a proyectos de inversión o desarrollo que no garanticen su existencia física y cultural. Nadie puede obligar a un pueblo a renunciar a su existencia y modo de vida, que es esencial a sus derechos humanos colectivos. Y, en cualquier caso, el Estado deberá abstenerse de adoptar medidas que puedan vulnerar la integridad de dichos pueblos, pues es su deber proteger dicha integridad (art. 2).

De la consulta a la participación en la adopción de decisiones

Otro asunto que debe ser subrayado es el derecho de participación. La consulta, tal como está regulada en el Convenio 169 de la OIT, cabe ante medidas concretas, ya sea administrativas o legislativas que vayan a afectar directamente a los pueblos indígenas. En cambio, el derecho de participación no sólo está vinculado a medidas concretas. Por el contrario, tiene un tratamiento más amplio por el propio Convenio 169 de la OIT. En primer lugar, no sólo es previo a una medida, sino que se da en todos los momentos del ciclo de políticas, proyectos, programas de desarrollo, esto es, en la elaboración o planeamiento, durante la ejecución y en la evaluación. Y, segundo, porque este derecho, a diferencia de la consulta, está vinculado al poder de decisión. En el caso de la consulta el Estado está obligado a hacerla porque es el Estado el que va a tomar la decisión respecto de una medida legislativa o administrativa. En cambio, en el caso del derecho de participación, son los propios pueblos indígenas los que hacen parte de la “adopción de decisiones” (art. 6, 1, b). En el mismo sentido, en el art. 7 del Convenio 169 OIT se garantiza el derecho de los pueblos de “decidir” sus prioridades de desarrollo y, en consecuencia, a “participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.” Aquí vemos entonces que el derecho de participación se vincula directamente a la capacidad de intervenir en mecanismos de toma de decisiones y no sólo en mecanismos consultivos, donde deciden otros.

La sentencia es explícita al indicar el derecho de los pueblos a participar en planes de desarrollo, megaproyectos, etc. que vayan a tener un impacto en los pueblos. Y este derecho no sólo es un mecanismo procesal consultivo, sino que asegura la intervención en las diferentes fases de toma de decisiones de proyectos y programas de desarrollo que vayan a impactarles.

La sentencia permite que el debate ya no se quede centrado en el derecho de consulta previa, al desarrollar el derecho al consentimiento (que exige la aceptación), y el de la participación (que posibilita intervenir en la toma de decisiones). Al trasladarse el tema de la consulta al derecho de participación, se permite también que la discusión no se centre en las medidas concretas a ser ejecutadas por el Estado, sino en los programas y políticas que darán marco posterior a las medidas concretas objeto de consulta.

Muchos pueblos se quejan que con la consulta se les pregunta por dónde pasará la carretera o cómo hacer una exploración o explotación minera o petrolera, pero no está en cuestión la realización misma de dichas actividades, porque no está en cuestión la política de desarrollo de comunicaciones, o la política minera o petrolera. En cambio, con el ejercicio del derecho de participación, los pueblos entran a intervenir desde esta etapa, desde la discusión de la política minera, petrolera, de comunicaciones. Y ahí los pueblos no sólo deben ser consultados para que el Estado decida, sino que el Estado debe garantizar que los pueblos participen –conjuntamente con otras autoridades del Estado– en la toma de decisiones de dichas políticas y programas de desarrollo. Habiendo participado en la adopción de las políticas y programas de desarrollo, entonces sí cabe la consulta sobre medidas concretas que hacen parte de la ejecución de dichas políticas y programas de desarrollo.

Desde esta perspectiva se superan las limitaciones del derecho de consulta, esto es, que sólo se refiere a medidas concretas y no a las políticas dentro de las cuales se enmarcan tales medidas. Con el ejercicio del derecho de participación los pueblos intervienen en la adopción de decisiones de aquellas políticas o programas de desarrollo que les vayan a afectar.

Los retos de la participación

La implementación efectiva del derecho de participación constituye tanto un reto para los estados como para los propios pueblos indígenas. Exige del Estado el desarrollo de mecanismos idóneos en términos lingüísticos, culturales y políticos para asegurar que, efectivamente, los pueblos puedan intervenir de modo significativo desde la discusión y elaboración de las políticas de desarrollo, el diseño de los lotes para actividades hidrocarburíferas, la definición de los objetivos de producción minera, etc. y no sólo cuando dichas políticas ya están adoptadas, la selva ya está totalmente lotizada y subastada, y sólo cabe ejecutar actividades de exploración o explotación.

De otro lado, el derecho de participación exige a los pueblos tener claridad sobre sus propias prioridades y modelo de desarrollo, así como fortalecer sus capacidades técnicas y comunicativas para discutir con asesores, tecnócratas y políticos.

Y, a toda la sociedad en su conjunto le toca desarrollar capacidades de diálogo intercultural y la solidaridad suficiente para imaginar formas de desarrollo que compatibilicen los modos de vida y las aspiraciones de vida plena para todos.

Conclusiones

El derecho de consulta obliga al Estado a instaurar, de buena fe, procedimientos apropiados a fin de lograr el acuerdo o consentimiento de los pueblos antes de medidas administrativas o legislativas que los puedan afectar. La decisión es del Estado. El Estado está obligado a considerar lo que digan los pueblos y a motivar su decisión. Sin embargo, podría adoptar, motivadamente, decisiones aún en contra de lo expresado por los pueblos,

salvo que esté en juego derechos de interés superior como la existencia e integridad física y cultural de los mismos.

El consentimiento de los pueblos es exigido al Estado antes de tomar una decisión respecto de medidas que, eventualmente, puedan afectar derechos de interés superior, como la existencia e integridad de los pueblos. En tales supuestos, el Estado no puede tomar decisiones sin contar con el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos. Y, en todo caso, debe abstenerse de actos que vulneren dicha integridad o pongan en riesgo la existencia de los pueblos.

El derecho de participación significa que los pueblos hacen parte de procesos de toma de decisiones, conjuntamente con otras autoridades estatales, en todo el ciclo de elaboración, aplicación y evaluación de políticas, planes y programas de desarrollo nacional o regional que les puedan afectar. En este caso el Estado no decide solo, sino que los pueblos co-deciden. El derecho de participación permite que los pueblos puedan discutir, proponer, oponerse y modificar propuestas de políticas de desarrollo con las que no están de acuerdo. La participación en los procesos de toma de decisiones de políticas permite garantizar que los pueblos puedan expresar e integrar sus propias prioridades de desarrollo en tales políticas, programas o planes de desarrollo. Sin embargo, la participación en las políticas de desarrollo no elimina el derecho de consulta previa respecto de medidas legislativas o administrativas concretas. Tal derecho queda vigente y adquiere sentido, pues las medidas concretas se ubicarán en el marco de planes o políticas más globales en cuya elaboración los pueblos han participado. El derecho de participación puede ser reforzado con el requisito del consentimiento en el caso de políticas o medidas concretas que puedan vulnerar su existencia o integridad.

En síntesis, la consulta previa, el consentimiento y la participación constituyen derechos complementarios. Se trata de derechos garantizados por el Convenio 169 de la OIT y desarrollados por la Declaración, instrumentos que la sentencia de la Corte en el caso del pueblo Saramaka vs. Surinam ha tenido la sabiduría de integrar.

Anexo 1

Cuadro comparado sobre la consulta previa, el consentimiento y la participación

	Consulta previa	Consentimiento libre, previo e informado	Participación
¿Ante qué casos?	Adopción de medidas administrativas o legislativas	Tanto antes de medidas concretas como de proyectos o políticas que vayan a afectar la existencia o integridad de los pueblos (dependiendo del derecho en juego, puede ser adicional a la	Elaboración, aplicación o evaluación de planes, políticas y programas de desarrollo nacionales o regionales

		consulta y la participación)	
¿Cuándo?	Antes de que Estado adopte medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar a los pueblos	En casos en los que se juegan derechos fundamentales de los pueblos a su existencia o integridad biológica o cultural (modo de vida de acuerdo a su propia cultura y costumbres)	Antes, durante y después de la adopción de planes, políticas y programas susceptibles de afectar a pueblos indígenas
¿Quién decide?	Estado	Estado, pero sólo con consentimiento de pueblos	Estado y pueblos indígenas
Papel del Estado	Consulta y adopta medida, motivando su acto. Decide debiendo considerar lo que dicen los pueblos y asegurando beneficios para pueblos; pero puede decidir incluso en contra (con fundamento)	Toma decisión sólo en caso que logre consentimiento de pueblos. (No puede adoptar una decisión sin el consentimiento de los pueblos)	Genera condiciones para que las autoridades estatales y los pueblos indígenas adopten decisiones. Co-decide con pueblos.
Papel del pueblo indígena	Participa en la consulta, da su opinión. No decide.	Tiene derecho a dar o no dar su consentimiento. No decide, pero la decisión del Estado depende de su consentimiento.	Participa en la adopción de la decisión conjuntamente con el Estado. Co-decide.
Base Legal Convenio 169 (algunos artículos ilustrativos)	Art. 6,1, a) Art. 6, 2 Art. 15,2 Art. 17,2 Art. 20 (en cooperación) Art. 22,3 Art. 28,1	Art. 4,2 Art. 16,2 Art. 16,4	Art. 2 ART. 5 Art. 6,1,b) Art. 6,1,c) (hacia autonomía) Art. 7 Art. 8,1 Art. 15,1 Art. 22,2 Art. 22,3 Art. 23 Art. 25 Art. 27 y fortalecer autonomía Art. 33,2
Declaración ONU (algunos artículos ilustrativos)	En consulta y cooperación Art. 15,2; Art. 17,2 Art. 19 Art. 32,2	Art. 10 Art. 19 Art. 28,2 Art. 29,2 Art. 30 Art. 32,2	Art. 4, 5 Art. 14,3 Art. 18 Art. 22,2 Art. 23 Art. 27

	Art. 36,2 Art. 38		Art. 29,3 Art. 31,2 Art. 37 Art. 41
--	----------------------	--	----------------------------------------------

Anexo2.

Principales artículos sobre los derechos de consulta, consentimiento y participación

Derechos	Convenio 169 OIT	Declaración ONU
Derecho de consulta	<p>Art. 6 1. (...) los gobiernos deberán:</p> <p>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;</p> <p>Art. 6, 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.</p> <p>Art. 15,2.</p> <p>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.</p> <p>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</p>	<p>Art. 19. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.</p> <p>Art. 32, 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.</p>

	<p>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.</p>	
<p>Consentimiento previo, libre e informado</p>	<p>Art. 16, 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.</p>	<p>Art. 10. Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.</p> <p>Art. 19.</p> <p>Art. 29, 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.</p> <p>Art. 30, 1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una amenaza importante para el interés público pertinente o que se hayan acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.</p>
<p>Participación</p>	<p>Art. 6, b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;</p> <p>Art. 7, 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además,</p>	<p>Art. 5. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.</p> <p>Art. 18. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.</p> <p>Art. 23. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar</p>

	<p>dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.</p> <p>Art. 7, 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.</p>	<p>prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.</p>
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

(Subrayado mío)