

**POR UN FUNDAMENTO ÉTICO-JURÍDICO
DE LA PARTICIPACIÓN DIFERENCIADA DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS EN LAS DECISIONES ESTATALES**
*TOWARDS AN ETHICAL AND LEGAL FOUNDATION
OF THE DIFFERENTIATED PARTICIPATION OF THE INDIGENOUS
PEOPLES IN STATE DECISIONS*

Daniel Cerqueira*
Fundación para el Debido Proceso

Within the Latin American state Constitutions, is the establishment of prior consultation for the indigenous peoples legitimate? Does it represent a way of imposition of the minority rights in front of the majority rights? Does it implies a power of veto over the state decisions?

In this article, the author answers the aforementioned questions, as he assays an ethical and legal foundation for the establishment of the mechanism of free, prior and informed consultation, one that goes beyond its national and international recognition.

KEY WORDS: *Constitutional Law; right to prior consultation; indigenous peoples; Inter-American Human Rights System; multiculturalism; theories of justice.*

Dentro de las Constituciones de América Latina, ¿es legítimo el establecimiento de la consulta previa a los pueblos indígenas? ¿Supone una imposición de los derechos de las minorías frente a los derechos de las mayorías? ¿Implica un poder de veto de las decisiones estatales?

En este artículo, el autor responde a estas interrogantes mientras ensaya un fundamento jurídico y ético para el establecimiento del mecanismo de la consulta previa, libre e informada, que vaya más allá de su reconocimiento nacional e internacional.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Constitucional; derecho a la consulta previa; pueblos indígenas; Sistema Interamericano de Derechos Humanos; multiculturalidad; teorías de la justicia.*

* Abogado y Licenciado en Relaciones Internacionales. Magíster en Estudios Legales Internacionales por la Universidad de Georgetown. Estudios de maestría en el programa Estado de Derecho Global y Democracia Constitucional por la Università degli Studi di Genova. Ex funcionario de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, el Grupo de Protección y la Sección Regional Andina II (Bolivia y Perú) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Oficial de Programa Sénior de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF, por sus siglas en inglés: Due Process of Law Foundation). Contacto: dcerqueira@dplf.org.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la adopción de las primeras Constituciones liberales a comienzos del siglo XIX, los países de América Latina han experimentado diferentes modelos jurídico-políticos en la relación entre Estado y pueblos indígenas¹. Mientras que en la transición colonial prevaleció la búsqueda de una identidad nacional homogénea, las Constituciones sociales de la primera mitad del siglo XX incorporaron un paradigma asimilacionista, en el que se vislumbraba la extinción de las culturas indígenas y la necesidad de crear garantías mínimas para la incorporación de sus miembros al tejido social mayoritario. En la década de 1980, la adopción de Constituciones multiculturales en algunos países de la región estuvo acompañada de la consagración del derecho a la consulta previa, libre e informada, como una modalidad diferenciada de participación de los pueblos indígenas en las decisiones estatales.

El propósito del presente ensayo es describir el fundamento jurídico y proponer un fundamento ético para el ejercicio diferenciado de derechos por parte de los pueblos indígenas, y su colisión con el interés de los Estados en promover decisiones o políticas que benefician a un sector mayoritario de la población desprovisto de dichos mecanismos.

La primera sección resume la evolución del Derecho Constitucional indigenista en América Latina. Dicha sección narra la forma en que las primeras Constituciones liberales en América Latina replicaron instituciones europeas, en particular los modelos societarios basados en el reconocimiento de una sola nación por Estado. Posteriormente, explica el surgimiento de marcos constitucionales ajustados a sociedades pluriculturales, y culmina con una explicación sobre la consagración de la consulta previa en los procesos constituyentes en América Latina a partir de la década de 1980.

La segunda sección analiza la consolidación de la consulta previa en el ámbito internacional. La tercera sección aborda el fundamento jurídico de la consulta previa a partir de una descripción sobre la forma en que los órganos supranacionales de Derechos Humanos y las altas cortes constitucionales de América Latina han abordado la referida garantía.

La cuarta sección examina el fundamento ético de la consulta previa como forma diferenciada de participación en los procesos de toma de decisión estatal, a partir de la posición de diferentes tratadistas de las teorías de la justicia. Dicha sección sostiene que la consulta previa y otras modalidades de ejercicio diferenciado de derechos por parte de los pueblos indígenas se proyectan como una alternativa a la tendencia de la doctrina política liberal, a partir de la Segunda Guerra Mundial, de abordar las diferencias étnico-culturales a partir de un ejercicio de eculización de derechos.

A modo de conclusión, se define la consulta previa como una herramienta de participación y ejercicio de derechos, propia de aquellos Estados cuyo diseño normativo-constitucional reconoce la autonomía de instituciones culturales y políticas de los pueblos indígenas y tutelan el vínculo especial que poseen con su territorio.

II. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

A. La era del constitucionalismo liberal

Como regla general, las Constituciones adoptadas tras los procesos de independencia en los países de América Latina ignoraron las instituciones culturales, jurídicas y políticas de los pueblos originarios. Esta experiencia se enmarcó, por un lado, en las políticas colonizadoras de Portugal, España y órdenes religiosas, dirigidas a reemplazar las prácticas culturales de los pueblos originarios por la doctrina católica y otras instituciones europeas.

Por otro lado, el modelo de Estado-nación que se consolidaba en el viejo continente a lo largo del siglo XIX inspiraría la elite política de las nuevas repúblicas latinoamericanas, las cuales buscaron imponer una sola identidad nacional en sus respectivos territorios. Al igual que en los procesos de formación de los Estados-nación en Europa, las nuevas repúblicas latinoamericanas ignoraron los grupos societarios minoritarios en el trazado de fronteras estatales.

Lo más cercano a la idea de autodeterminación en Europa occidental durante el siglo XIX se vinculó

¹ A los efectos del presente ensayo, la expresión "pueblos indígenas" coincide con la definición derivada de los estándares internacionales vigentes, la cual se basa en criterios de naturaleza objetiva y subjetiva: (i) bajo el criterio objetivo, integran pueblos indígenas aquellas personas que descienden de grupos étnicos cuya existencia es anterior a los Estados donde se encuentren, y que conservan al menos parte de sus instituciones sociales, políticas o culturales; y, (ii) bajo el criterio subjetivo, son integrantes de un pueblo indígena quienes poseen consciencia de una auto-identificación como tal. Véanse el literal b del artículo 1.2 y el artículo 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo [en adelante, OIT], "Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes". En: <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>.

a la noción de soberanía popular, cuyos titulares pasarían a ser los ciudadanos –en reemplazo de imperadores– y cuyo ejercicio se haría por medio de sus representantes². Es así que, tras las revoluciones liberales del siglo XIX, el elemento emblemático de la autodeterminación no fue tanto el desafío del poder supremo de imperadores³, sino la consolidación de una praxis política en la que el individuo-ciudadano era el punto de referencia. Sus calidades étnicas, lingüísticas y culturales fueron irrelevantes tanto en la construcción de la idea de autodeterminación popular, como en la conformación de las naciones europeas. Aunque la plurinacionalidad –en sentido antropológico o, en todo caso, no político– era auto-evidente en el viejo continente, los arreglos fronterizos de los tratados de paz, procesos de independencia y de unificación se basaron en la acomodación del mayor número posible de grupos étnicos en un número reducido de Estados-naciones.

La ductilidad del concepto de nacionalidad en la Europa del siglo XIX es evidenciada por Hobsbawm al observar que los próceres de la unificación italiana tenían alguna claridad sobre qué era el Estado italiano creado en 1871, pero no eran capaces de explicar quién era el pueblo italiano. En palabras del autor, “la ecuación nación = Estado = pueblo, y particularmente pueblo soberano, sin duda vinculaba nación a territorio, en tanto la estructura y definición del Estado era esencialmente territorial desde entonces. Ello implicó una multiplicidad de Estados-naciones constituidos, y fue de hecho una consecuencia necesaria de la autodeterminación popular”⁴.

Habiéndose mencionado brevemente la trayectoria histórica de la subordinación de la idea de nación a la de Estado, es importante subrayar que el término “constitucionalismo liberal” aquí empleado no se confunde con la teoría política liberal vigente en el siglo XIX. Mientras el paradigma de relación Estado-naciones en las primeras Constitu-

ciones del viejo continente se basó en la primacía del primer concepto sobre el segundo, en el ámbito de la filosofía política dicha relación parece ser menos atribuible al liberalismo y más a la influencia del paradigma evolucionista o darwinismo social.

En la tradición liberal de esta época era usual encontrar la acepción de que minorías nacionales eran tratadas injustamente por los grandes imperios Habsburgo, Otomano y Zarista. Según Kymlicka, los pilares fundamentales del liberalismo político –autonomía individual e igualdad– se ajustaban perfectamente a la defensa de los derechos de minorías nacionales en la Europa del siglo XIX:

“Tenemos aquí las dos grandes demandas en las que, pienso yo, subyace la defensa liberal de los derechos de las minorías: que la libertad individual se vincula de alguna forma a la pertenencia a un grupo nacional; y que los derechos vinculados a grupos específicos pueden promover igualdad entre la minoría y la mayoría [...]. Ambas demandas fueron ampliamente aceptadas por varios liberales del siglo XIX y comienzos del XX”⁵.

Varios pensadores liberales sostuvieron la inviabilidad de que minorías nacionales se organizaran jurídica y políticamente en sus propios Estados. A modo de ejemplo, John Stuart Mill defendió, en su libro “Utilitarianism, Liberty & Representative Government”, los beneficios para los bretones, vascos, navarros u otras minorías que aceptasen la nacionalidad francesa y, con ella, los privilegios de la ciudadanía de una gran nación. La misma observación la hizo Mill con relación a los galeses y escoceses como miembros de la nación británica⁶.

Sin embargo, Kymlicka resalta que posturas como las de Mill no son inherentes al liberalismo, sino al etnocentrismo derivado de la lectura evolucionista de la historia. Para dicho autor, la tradición evolucionista se trasladó de igual manera a escuelas del pensamiento del siglo XIX opuestas al liberalismo,

² CRAVEN, Matthew. “Statehood, self-determination, and recognition”. En: EVANS, Malcolm D. (Editor). “International Law”. Cuarta Edición. Oxford: Oxford University Press. 2014. p. 226.

³ En efecto, en el primer país a experimentar la transición hacia el modelo representativo –Reino Unido–, el gobierno representativo aún convive con el régimen monárquico, naturalmente subordinado a un Parlamento que actúa en representación de la ciudadanía.

⁴ En el original: “The equation nation = state = people, and especially sovereign people, undoubtedly linked nation to territory, since structure and definition of states were now essentially territorial. It also implied a multiplicity of nation-states so constituted, and this was indeed a necessary consequence of popular self-determination”. Ver: HOBBSAWM, Eric J. “Nations and Nationalism since 1780: Programme, Myth, Reality”. Segunda edición. Cambridge: Cambridge University Press. 1992. p. 19.

⁵ En el original: “We have here the two major claim which, I believe, underlie a liberal defense of minority rights: that individual freedom is tied in some important way to membership in one’s national group; and that group-specific rights can promote equality between the minority and majority [...]. These two claims were widely accepted by many nineteenth –and early twentieth– century liberals”. Ver: KYMLICKA, Will. “Multicultural citizenship”. Oxford: Oxford University Press. 1995. p. 52.

⁶ MILL, John Stuart. “Utilitarianism, Liberty & Representative Government”. Londres: ed. popular. 1910.

tales como el marxismo, cuyos principales exponentes vislumbraron la asimilación de minorías nacionales como un corolario de la historia⁷. En efecto, Engels sostuvo, en su obra “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”, la progresión de la cadena familia-tribu-región-nación-Estado como una suerte de trayectoria natural hacia el fin de toda distinción social, que sería alcanzado con el comunismo.

Ahora bien, si en el ámbito de la teoría política los pensadores liberales del siglo XIX no estuvieron ajenos al reconocimiento de minorías nacionales, en el ámbito jurídico-político este tipo de abordaje no tuvo mayor acogida. Una dimensión aún embrionaria de los derechos fundamentales contenida en las Constituciones liberales del siglo XIX se basaría en la abstención estatal frente a las libertades individuales, sin que alcanzara contornos colectivos.

El reconocimiento de derechos exclusivos de individuos-ciudadanos, aunado a la imposición de una única nación a grupos sociales heterogéneos, conllevó así a la primacía de la autodeterminación individual sobre cualquier tipo de autodeterminación colectiva. En la línea de Musgrave, “dado que la tradición de la autodeterminación en Europa occidental no involucra consideraciones étnicas, los individuos eran capaces de participar como miembros iguales en los procesos políticos estatales, independientemente de sus orígenes étnicos, y las minorías coexistían mucho más fácilmente en el interior de la población más general”⁸.

Al importar el modelo de las Constituciones liberales europeas, las primeras Constituciones republicanas en América Latina se limitaron a consagrar una lista corta de derechos civiles y políticos. Pero, a diferencia del viejo continente, donde el sufragio universal masculino se hizo realidad aún en el siglo XIX, en América Latina el ejercicio de los derechos políticos estuvo supeditado hasta las primeras décadas del siglo XX a condiciones económicas o de origen social, limitando así el *status* de ciudadano

a un grupo reducido de hombres latifundistas descendientes de europeos. Dicha realidad anuló la posibilidad de que los pueblos indígenas, afrodescendientes y otros grupos minoritarios participasen en los procesos de toma de decisión estatal, ya sea como colectividad diferenciada, ya sea como ciudadanos-electores.

B. La era del constitucionalismo social y de los modelos constitucionales multiculturales

Con la promulgación de las primeras Constituciones sociales en América Latina a partir de la primera mitad del siglo XX, el paradigma asimilacionista sería reemplazado por uno en el que, si bien se reconocía la autodeterminación de los pueblos indígenas, las instituciones y políticas públicas se centraban en la creación de condiciones para que sus integrantes se incorporasen armónicamente al tejido social predominante⁹. Dicho modelo se basó en dos premisas: (i) la cultura de los pueblos indígenas tiende a extinguirse por su fragilidad e inadecuación a la realidad social y económica contemporáneas; y, (ii) corresponde al poder público mediar la integración de los miembros de los pueblos indígenas al resto de la sociedad, garantizando derechos económicos y sociales mínimos.

Producto de la consagración de dicho paradigma, los pueblos indígenas fueron reconocidos como sujetos colectivos de derecho, pero sería la Administración Pública la que se encargaría de representarlos ante controversias con agentes privados o entidades del propio Estado. Tal como se verá más adelante, este modelo integracionista estuvo vigente no solo en los nuevos diseños constitucionales latinoamericanos, sino en la posición de foros multilaterales como la OIT, hasta que el denominado debate multicultural¹⁰ pasaría a influenciar la praxis política de diversos países del continente americano y, a la postre, de los foros intergubernamentales.

Sobre este punto, es importante hacer algunas precisiones sobre la influencia del debate multicultu-

⁷ KYMLICKA, Will. Óp. cit. pp. 53-56.

⁸ En el original: “As the Western European tradition of self-determination did not involve ethnic considerations, individuals were able to participate as equal members in the political processes of the state whatever their ethnic origins, and minorities coexisted much more easily within the wider population”. Ver: MUSGRAVE, Thomas D. “Self-determination and national minorities”. Oxford: Oxford University Press. 1997. p. 13.

⁹ YRIGROYEN FAJARDO, Raquel. “A los veinte años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de la implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica”. En: YRIGROYEN FAJARDO, Raquel (Editora). “Pueblos Indígenas: Constituciones y reformas políticas en América Latina”. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad. 2010. pp. 18-23.

¹⁰ A los fines del presente ensayo, “debate multicultural” guarda relación con la producción intelectual y políticas públicas desarrolladas sobre todo en Estados Unidos y Canadá en las décadas de 1960 y 1970, basadas en un criterio de reorganización colectiva a la luz del reconocimiento de la pluralidad identitaria de los diferentes grupos que componen la sociedad.

tural en la evolución de los diseños constitucionales en la región. No es nuestro propósito profundizar en definiciones conceptuales, sino aclarar cómo el lineamiento jurídico-político de la relación Estado-pueblos indígenas se enmarcó en un proceso más amplio de consolidación de modelos societarios multiculturales. Para ello, destacamos que el término “nación” es aquí empleado como la comunidad histórica que ocupa un determinado territorio de forma sostenida y que comparte una cultura e idioma propios¹¹. “Estado multicultural” es aquél cuyos miembros pertenecen a diferentes naciones –abarcadas en un Estado plurinacional–, o que han emigrado desde diferentes naciones –hacia un Estado poliétnico–, “siendo uno de estos rasgos un aspecto importante de su identidad y vida política”¹².

Aunque el llamado debate multicultural ha sido influenciado particularmente por el reconocimiento de modelos societarios poliétnicos –por ejemplo, Canadá¹³ y Estados Unidos–, a los fines del presente ensayo nos interesa puntualizar la forma como las democracias liberales han abordado los derechos colectivos de pueblos o naciones que conforman Estados plurinacionales. Tal como será explicado más adelante, desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, la mayor parte de las democracias liberales buscaron acomodar diferencias culturales y demandas de grupos nacionales minoritarios a través de derechos de ciudadanía (civiles y políticos).

Uno de los desencadenantes del debate multicultural fue la aceptación, en la teoría y praxis política de países plurinacionales y poliétnicos, de que algunas formas de diferencias culturales solo pueden ser armonizadas por medio del reconocimiento de derechos específicos a los diferentes grupos sociales o nacionales que componen el Estado. Se trata de lo que Young define como “ciudadanía diferenciada” –*differentiated citizenship*–, es decir, la creación de arreglos legales y/o constitucionales basados en diferencias culturales, étnicas o nacio-

nales¹⁴. Para Kymlicka, en la ciudadanía diferenciada subyacen usualmente tres formas de garantías de derechos colectivos:

- a. **Derechos de autogobierno:** se caracterizan por la consagración de la autonomía política o territorial, con la finalidad de preservar la cultura y el desarrollo de las naciones de un Estado plurinacional según sus propias tradiciones¹⁵. El federalismo es la modalidad clásica de autogobierno a favor de grupos nacionales minoritarios dentro del Estado, pero mayoritarios en una determinada unidad territorial (por ejemplo, Quebec en Canadá).
- b. **Derechos poliétnicos:** buscan garantizar a minorías étnicas o religiosas el libre ejercicio de su particularidad cultural sin que sean perjudicadas por las instituciones económicas y políticas de la sociedad dominante.
- c. **Derechos de representación especial:** cuotas de representación para el acceso a funciones públicas a favor de estratos sociales o grupos étnicos sometidos a una situación de discriminación histórica. Son usualmente empleados en contextos de desventaja sistémica que conllevan a una situación de marginalización en los procesos de toma de decisión estatal¹⁶.

En lo que atañe al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, las Constituciones de Canadá (1982), Guatemala (1985) y Nicaragua (1987) fueron pioneras en el continente americano, al establecer mecanismos de protección de la identidad cultural de sus pueblos¹⁷. Posteriormente, las Constituciones de Brasil (1988), Colombia (1991) y Perú (1993) consagrarían una serie de derechos poliétnicos y algunos derechos de autogobierno. Los marcos constitucionales y las políticas públicas indigenistas adoptadas a partir de esta época en Latinoamérica se caracterizaron por la transición

¹¹ KYMLICKA, Will. Óp. cit. p. 11.

¹² Ibid. p. 18.

¹³ En el caso de Canadá, desde finales del siglo XIX se instauró el modelo poliétnico con miras a armonizar dos naciones, una de origen anglófono y otra francófono. A partir de la promulgación de la Constitución de 1982, se reconocieron una serie de prerrogativas a las naciones indígenas, consolidándose así un modelo societario a la vez poliétnico y plurinacional.

¹⁴ YOUNG, Iris Marion. “Polity and group difference: a critique of the ideal of universal citizenship”. En: *Ethics* 99. 1989. p. 258.

¹⁵ Según Kymlicka, las demandas de autogobierno asumen usualmente “[...] la devolución del poder político a una unidad política sustancialmente controlada por los miembros de una minoría nacional y que corresponde sustancialmente a su territorio tradicional o históricamente ocupado”. Ver: KYMLICKA, Will. Óp. cit. p. 30.

¹⁶ Kymlicka resalta que, si bien las demandas de representación especial han sido tradicionalmente abordadas como una herramienta temporal de remoción de barreras de desventajas y opresión a grupos marginados, recientemente se han vinculado igualmente a demandas de autogobierno por parte de minorías nacionales.

¹⁷ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Óp. cit. pp. 31-32.

de un modelo de tutela estatal hacia uno basado en la participación directa y en mecanismos diferenciados de ejercicio de derechos por parte de los pueblos indígenas. El más significativo de estos derechos es la consulta previa, libre e informada.

III. EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

A. De la ausencia de reconocimiento indígena hacia el modelo integracionista

Hasta la década de 1940, los foros intergubernamentales no manifestaron mayor apertura al debate sobre la cuestión indígena. Representantes de varios pueblos indígenas buscaron infructuosamente plantear sus demandas de autodeterminación, o al menos ser recibidos en el Secretariado de la Liga de las Naciones en Ginebra en el período entre guerras. Tal fue el caso de los pueblos Deskaheh y Maori, de Nueva Zelanda, y Miskito, de Nicaragua¹⁸. La misma tendencia se dio con relación a las minorías nacionales y sus demandas de organización territorial autónoma, ya sea al interior de un Estado –derecho de autogobierno–, o como un Estado-nación independiente.

Algunas excepciones al reconocimiento del estatus diferenciado de minorías nacionales tuvieron lugar en Europa, con relación al régimen especial de la población germánica en Polonia y Checoslovaquia, establecido en el Tratado de Paz de Versalles en 1919. Tras la invasión nazi a los referidos países en 1939, justificada por Hitler en la necesidad de proteger a sus connacionales germánicos, la comunidad internacional pasaría a ver el reconocimiento del estatus diferenciado de minorías nacionales como un elemento desestabilizador.

Durante la mayor parte del siglo XX, la práctica dominante en la política internacional sería tomar la cuestión indígena y la de las minorías nacionales como internas a los Estados, sin que existiera un tratado, convenio o norma vinculante reconociéndoles derechos colectivos. En efecto, los instrumentos fundacionales de la Organización de las Naciones Unidas [en adelante, ONU], en particular la Carta de San Francisco y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no hacen cualquier tipo de mención a la autodeterminación, ya sea de las minorías nacionales o de los pueblos indígenas¹⁹. Una de las razones fue, según Kymlicka, la guiñada liberal hacia los derechos individuales –civiles y políticos– como solución para los conflictos con raíces en diferencias étnico-nacionales:

“La acepción mayoritaria ha sido que los miembros de las minorías nacionales no necesitan y no pueden ser titulares de derechos especiales. La doctrina de los derechos humanos ha sido adoptada como un reemplazo al concepto de los derechos de minorías, con la fuerte implicación de que las minorías cuyos miembros poseen un trato individual igualitario no pueden demandar legítimamente facilidades para la preservación de sus particularismos étnicos”²⁰.

A partir de la década de 1940, los nuevos modelos de relación Estado-pueblos indígenas plasmados en las Constituciones sociales influenciarían la forma como los respectivos Estados abordarían la cuestión indígena en sus políticas externas. Dicha tendencia influenció la adopción de dos importantes instrumentos internacionales: (i) la Convención de Pátzcuaro, de 1940, en el continente americano²¹; y, (ii) el Convenio 107 de la OIT, “So-

¹⁸ MALEZER, Les. “Permanent Forum on Indigenous Issues: Welcome to the Family of the UN”. En: CASTELLINO, Joshua y Niamh WALSH (Editores). “International Law and Indigenous Peoples”. Leiden: Martinus Nijhoff. 2005. pp. 69-72.

¹⁹ Dicho concepto sería insertado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos solamente en 1966, con la adopción del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El artículo 1 de ambos tratados posee el mismo texto:

“Artículo 1.-

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”.

²⁰ CLAUDE, Inis. “National Minorities: An International Problem”. Cambridge: Harvard University Press. 1955. p. 211. Citado en: KYMLICKA, Will. *Op. cit.* p. 3.

²¹ Disponible en: <http://www.iadb.org/Research/legislacionindigena/pdocs/CONVENCIONPATZCUARO.pdf>. Dicho instrumento creó un instituto dedicado a la coordinación regional en los países de América sobre políticas indigenistas y a la investigación sobre el desarrollo indígena. Con sede en México, el Instituto Indigenista Interamericano cuenta actualmente con dieciséis países miembros, casi todos de América Latina. La adopción de la referida Convención se caracterizó por

bre Pueblos Indígenas y Tribales”, de 1957²². Este último reguló una variedad de temas vinculados al uso de la tierra, contratación y condiciones laborales de los pueblos indígenas, formación profesional, artesanía e industrias rurales, seguridad social, salud y educación.

En palabras de la OIT, el Convenio 107 “[...] tiene un enfoque integracionista que refleja el discurso sobre el desarrollo del momento de su adopción. Durante la década de 1970, cuando la ONU comenzó a examinar la situación de los pueblos indígenas y tribales con más detalle, y cuando los pueblos indígenas comenzaron a hacerse más visibles a nivel internacional, el enfoque del Convenio 107 fue objeto de cuestionamientos. El Consejo de Administración de la OIT convocó a una Comisión de Expertos en 1986 y ésta concluyó que el «enfoque integracionista del Convenio estaba obsoleto y que su aplicación era prejudicial en el mundo moderno». Luego, el Convenio fue revisado durante 1988-1989, y en 1989 se adoptó el Convenio 169. Desde la adopción de este último Convenio, el Convenio 107 ya no quedó abierto para ratificación”²³.

Tal como hemos señalado previamente, el paradigma integracionista, impregnado en el Convenio 107 de la OIT y en las Constituciones sociales de varios países latinoamericanos, sería puesto en tela de juicio con la adopción de Cartas Políticas ajustadas a modelos societarios plurinacionales y/o poliétnicos. Esta evolución a nivel nacional coincidió temporalmente con la revisión de la

posición de la comunidad internacional sobre la cuestión indígena, culminando con la derogación del Convenio 107.

B. La consolidación de la autodeterminación y participación directa de los pueblos indígenas a través de la consulta previa, libre e informada

El 7 de junio de 1989, la OIT adoptó el Convenio 169, “Pueblos Indígenas y Tribales²⁴ en Países Independientes”, el cual ha sido ratificado por veinte países; catorce de los cuales se encuentran en América Latina. Este convenio internacionaliza el compromiso de preservación de las culturas de los pueblos indígenas, reconociéndoles la potestad de decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo²⁵. Uno de los principales cambios en la relación Estado-pueblos indígenas advenidos con el referido Convenio fue el fin de las políticas de tutela de los intereses indígenas y la consagración de la participación directa, por medio de la consulta previa, libre e informada²⁶.

En palabras de la OIT, “[e]l espíritu de la consulta y la participación constituye la piedra angular del Convenio 169 sobre la cual se basan todas sus disposiciones. El Convenio exige que los pueblos indígenas y tribales sean consultados en relación con los temas que los afectan. También exige que estos pueblos puedan participar de manera informada, previa y libre en los procesos de desarrollo y de formulación de políticas que los afectan. Los principios de consulta y participación en el Convenio

la revisión, en el ámbito interamericano, de las políticas de asimilación de la cultura indígena. Superada dicha política, la comunidad internacional pasó a refrendar la posición según la cual las culturas indígenas tienden a extinguirse por su propia fragilidad, siendo necesario adoptar medidas de integración social dirigidas a mitigar los efectos de la conversión de los medios tradicionales de supervivencia de los pueblos indígenas. Bajo ese paradigma, se diseñaron marcos constitucionales en los que correspondía al Estado definir una política de desarrollo que pudiese mitigar la condición de marginación económica y social de los pueblos indígenas. Al respecto, ver: MARZAL, Manuel. “Historia de la Antropología indigenista: México y Perú”. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1986. p. 17. La característica fundamental de dicho modelo fue la búsqueda de políticas de justicia redistributiva que, si bien no dependían de una noción monolítica de identidad nacional, dependían de una homogeneización social en la que indígena, campesino y grupo marginado compartirían las mismas aspiraciones frente al Estado. Al respecto, ver: YRIGROYEN FAJARDO, Raquel. *Op. cit.* p. 25.

²² Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_instrumentos_internacionales_convenio_107.pdf.

²³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “Convenio No. 107”. En: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang-es/index.htm>.

²⁴ La expresión “pueblo tribal” aquí empleada sigue la definición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a saber: “[...] un pueblo que no es indígena a la región [que habita] pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones” [El agregado es nuestro]. Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso *Saramaka v. Surinam*”. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C 172, párrafo 79.

²⁵ El artículo 7 del Convenio 169 establece que los pueblos indígenas y tribales tienen 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”.

²⁶ A la luz del artículo 6 del Convenio 169, la consulta previa debe seguir procedimientos apropiados, ser conducida de buena fe y a través de las instituciones representativas de las comunidades consultadas, debiéndose garantizar a los pueblos indígenas la oportunidad de participar libremente en todos los niveles en la formulación, implementación y evaluación de medidas y programas que les conciernen directamente.

169 no se relacionan únicamente con proyectos de desarrollo específicos, sino con cuestiones más amplias de gobernanza, y la participación de los pueblos indígenas y tribales en la vida pública²⁷.

Pasados más de veinte años de la consagración internacional del derecho a la consulta previa, la comunidad internacional le dio un nuevo impulso al adoptar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas el 13 de septiembre de 2007²⁸. La Declaración profundiza los derechos establecidos en el Convenio 169 de la OIT y reitera la prerrogativa de los pueblos indígenas en determinar sus prioridades de desarrollo y de participar en la definición de las políticas estatales, a través de la consulta.

En líneas generales, la consulta previa puede ser definida, en su aspecto procedimental, como un mecanismo de diálogo intercultural entre el Estado y los pueblos indígenas, mediante el cual se les informa de forma clara, precisa, de buena fe y según sus tradiciones, sobre el impacto que un determinado proyecto de desarrollo pueda tener sobre su territorio²⁹, y respecto de otras decisiones legislativas o administrativas de alcance general susceptibles de afectar sus intereses³⁰.

Tanto el Convenio 169 como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establecen que el objetivo de la consulta previa debe ser obtener el consentimiento. Si bien la jurisprudencia constitucional comparada en América Latina no es clara con relación a la definición de consentimiento³¹, en el ámbito internacional el Relator Especial de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

lo ha definido de la siguiente forma, refiriéndose a la concesión de actividades extractivas que afectan territorios indígenas:

“La obligación general de obtención del consentimiento [...] puede estar sujeta a algunas excepciones, pero solo con arreglo a parámetros rigurosamente definidos. En primer lugar, el consentimiento puede no ser necesario en el caso de las actividades extractivas realizadas dentro de territorios indígenas cuando pueda determinarse de manera concluyente que las actividades no afectarán sustancialmente a los pueblos indígenas en el ejercicio de cualquiera de sus derechos sustantivos en relación con las tierras y los recursos de sus territorios [...].

Cuando los pueblos indígenas dan libremente su consentimiento a proyectos extractivos con sujeción a condiciones que tienen por objeto proteger sus derechos, cabe suponer que toda limitación del ejercicio de sus derechos es admisible y que no se infringen sus derechos. En cambio, cuando los pueblos indígenas no dan su consentimiento a proyectos extractivos dentro de sus territorios, dicha suposición no es aplicable, y para que se lleve a cabo un proyecto el Estado tiene el deber de demostrar que no se limitará ningún derecho o que, en caso contrario, la limitación es válida³².

De acuerdo con la guía de la OIT para la aplicación del Convenio 169, la consulta previa y la obligación de buscar el consentimiento de los pueblos indígenas no conllevan el derecho de vetar las políticas de desarrollo diseñadas por el Estado. Lo que proyectan las referidas obligaciones es un

²⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “Convenio No. 169”. En: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>.

²⁸ Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf. Dicho instrumento contó con 143 votos favorables, 4 en contra –Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda– y 11 abstenciones.

²⁹ Respecto de las fuentes internacionales de las cuales se deriva la obligación de consultar previamente a los pueblos indígenas, véase: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales”. Documento 56/09. 2009. Párrafos 273-288 y 302-328. En: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>.

³⁰ Sobre la obligación de consultar y garantizar la participación de los pueblos indígenas respecto de decisiones estatales de alcance general, el Relator Especial de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ha señalado que “[e]l deber de celebrar consultas se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por la población general del Estado, y en tales casos el deber se aplica en relación con los pueblos indígenas que se ven particularmente afectados y respecto de esos intereses particulares. El deber de celebrar consultas no solo se aplica cuando la medida propuesta se refiere a derechos sustantivos ya reconocidos en el derecho interno, como los derechos relativos a las tierras”. Ver: CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya”. Documento A/HRC/12/34. 2009. Párrafos 62 y 63.

³¹ Véase: GALVIS PATIÑO, María Clara y Ángela María RAMÍREZ RINCÓN. “Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria”. Washington, D.C: Due Process of Law Foundation. 2013. pp. 212-217. En: http://www.dplf.org/sites/default/files/digesto_indigenas_web_final.pdf.

³² CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. “Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas”. Documento A/HRC/24/41. 2013. Párrafos 31 y 33. En: <http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2013-hrc-annual-report-spanish.pdf>.

proceso de participación diferenciada, para que los pueblos indígenas puedan expresar sus puntos de vista e influenciar la toma de decisión con relación a un proyecto específico o una decisión estatal de alcance general, como leyes y actos administrativos³³.

Finalmente, es importante subrayar que América Latina es la región del planeta en que el derecho a la consulta previa ha tenido mayor desarrollo jurídico y político. Ello no resulta casual, teniendo en cuenta que la población indígena en la región equivale a más del 8% del total y alcanza los 45 millones de personas, pertenecientes a más de 800 pueblos³⁴. Todos los Estados de la región aprobaron el 13 de septiembre de 2007 la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas³⁵. A ello se suma que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos³⁶ es el sistema supranacional de derechos humanos que ha desarrollado mayores y más específicos estándares para la protección de este derecho.

IV. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

A diferencia de otros derechos cuyo contenido normativo se desprende de una disposición legal expresa, el alcance de la consulta previa ha sido determinado hace relativamente poco tiempo, y mayormente a través de un ejercicio de interpretación judicial. A excepción de Bolivia, cuya Constitución consagra expresamente la consulta previa como un derecho fundamental autónomo, ésta ha sido tutelada en el marco del derecho de propiedad colectiva (Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos), autonomía cultural (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas), derecho de participación (Corte Constitucional de Colombia), autodeterminación (Tribunal Constitucional del Perú), entre otros³⁷.

A los fines del presente ensayo no viene al caso profundizar en el debate sobre cuál es el derecho constitucional que mejor se ajusta a la obligación estatal de consultar previamente a los pueblos indígenas. Es suficiente resaltar que, bajo el Derecho Constitucional comparado en América Latina y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la consulta previa se enmarca en el rango de los derechos fundamentales cuya precisión puede variar según el criterio interpretativo de cada órgano judicial interno o supranacional.

La conceptualización de la consulta previa como un derecho fundamental conlleva a que las reglas y principios que le dan contenido tengan el potencial de colisionar con otras reglas y principios dirigidos a amparar derechos de los sectores no indígenas de la población. En general, los casos más comunes se dan cuando un pueblo indígena exige ser consultado con relación a un proyecto de desarrollo cuya concesión favorecería el bienestar y el goce de una serie de derechos por parte de la mayoría de la población. Tal como se ha explicado en la sección anterior, aunque la consulta previa no implica el poder absoluto de veto de las decisiones estatales, exige un procedimiento diferenciado de participación a favor de los pueblos indígenas, inexistente con relación a los demás sectores de la población.

Dicha situación no es absolutamente ajena a la que se presenta cuando el ejercicio diferenciado de un derecho fundamental por parte de un grupo minoritario colisiona con valores o intereses mayoritarios. Tales categorías de ejercicios diferenciados de derechos han atravesado un largo proceso de construcción judicial y aceptación en las políticas públicas y marcos legislativos de las democracias liberales. Sobre el particular, Kymlicka señala que:

“En la marginación de las mujeres, gays y lesbianas, y las personas con discapacidad subyacen lí-

³³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)”. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo. 2013. p. 17. En: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf.

³⁴ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA (CEPAL). “Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Síntesis”. Santiago de Chile: CEPAL. 2014. pp. 6 y 43.

³⁵ Si bien Colombia se abstuvo de votar durante la aprobación, dio posteriormente su apoyo a la Declaración.

³⁶ El Sistema Interamericano se encuentra conformado por la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las cuales fueron creadas en 1969 y 1959, respectivamente. La Corte Interamericana es un órgano judicial autónomo de la Organización de Estados Americanos [en adelante, OEA], cuyo propósito es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A su vez, la Comisión Interamericana es un órgano autónomo de la OEA, responsable por la promoción y respeto de los derechos humanos en la región por medio de actividades de monitoreo a la situación en los países, examen de peticiones individuales y sometimiento de casos ante la Corte Interamericana, y actividades de promoción.

³⁷ Sobre un resumen de la posición de las altas cortes de los países latinoamericanos respecto del derecho constitucional que se subsume en la obligación de realizar consultas previas, véase: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina. Una recopilación de casos”. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo. 2009. En: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_116075.pdf.

neas étnicas y nacionales –eso puede ser encontrado en culturas mayoritarias y Estados-naciones homogéneos, así como en minorías nacionales y grupos étnicos– [...]. Hay importantes analogías entre las reivindicaciones de justicia hechas por esos movimientos sociales y las de los grupos étnicos, pues ambos han sido excluidos y marginados en virtud de sus «diferencias»³⁸.

Ahora bien, si pudiéramos ubicar la consulta previa en las categorías de ejercicio diferenciado de derechos utilizadas por Kymlicka, tendríamos un mixto entre derechos de autogobierno y derechos poliétnicos. Su función primordial es preservar la cultura de dichos pueblos frente a instituciones económicas, sociales y culturales dominantes; pero, a raíz del vínculo especial entre las culturas o naciones indígenas con su territorio, se proyecta asimismo como un instrumento de toma de decisión exclusivo de los pueblos indígenas respecto de sus tierras. En el caso de los pueblos indígenas hay un sinnúmero de instituciones jurídicas que les son aplicables de forma diferenciada, o incluso con exclusividad. Es lo que se da, por ejemplo, en la convivencia entre la justicia “oficial” y la justicia comunitaria indígena. En la mayoría de los países latinoamericanos se reconoce la justicia indígena como mecanismo de solución de ciertas controversias intracomunitarias.

Es importante resaltar que, a diferencia de otros grupos sometidos a una situación de desventaja o discriminación histórica, el excepcionalismo del ejercicio diferenciado de derechos fundamentales de los pueblos indígenas trasciende un ejercicio de eculización *de jure* frente a una desigualdad *de facto*. En el léxico sugerido por Kymlicka, los pueblos indígenas ostentan una ciudadanía diferenciada, no solo por su coyuntura de desventaja histórica, sino por un vínculo especial con su territorio, que no se agota en un ejercicio de eculización de derechos.

A diferencia de otros grupos cultural o étnicamente diferenciados, aun cuando los pueblos indígenas constituyen mayorías nacionales –por ejemplo, Bolivia y Guatemala– y cuentan con diseños institucionales que les aseguran cuotas de repre-

sentación dentro de las distintas instancias del Estado –por ejemplo, Bolivia–, la principal herramienta dirigida a salvaguardar el vínculo ancestral con su territorio y preservar su integridad cultural es la consulta previa, libre e informada.

V. POR UN FUNDAMENTO ÉTICO DEL EJERCICIO DIFERENCIADO DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR PARTE DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Habiéndose mencionado los fundamentos jurídicos de la consulta previa, la presente sección busca responder las siguientes preguntas: ¿bajo qué criterios se puede decir que es justa la primacía de los procedimientos de toma de decisiones de los pueblos indígenas cuando la consulta previa o la objeción allí expresada colisiona con los intereses de la mayoría de la población? ¿Los postulados liberales de autonomía e igualdad son compatibles con el ejercicio diferenciado de derechos fundamentales por parte de los pueblos indígenas?

Para evaluar si es justa la existencia de mecanismos exclusivos de participación y ejercicio de derechos por parte de los pueblos indígenas, es importante contextualizar las bases intelectuales de la definición misma de justicia que prevalecieron antes y después de la consolidación de los modelos societarios multiculturales, entre las décadas de 1960 y 1980. No buscamos agotar la discusión, sino puntualizar dos grandes marcos teóricos sobre las teorías de la justicia que influenciaron el diseño de instituciones jurídicas y políticas en cada uno de esos períodos.

El primer marco tiene que ver con una definición redistributiva de la justicia, pensada como la satisfacción de un parámetro mínimo de igualdad. Uno de los principales representantes de esa corriente, John Rawls, examina las condiciones para la conservación de un estado inicial de justicia, pactada en un contrato social entre individuos libres, iguales y capaces de abstenerse de cualquier posición de ventaja³⁹. Al ubicar las causas de la injusticia en las estructuras sociales, la teoría política de Rawls y de otros liberales contemporáneos parte de una concepción homogeneizada de los individuos de

³⁸ En el original: “The marginalization of women, gays and lesbians, and the disabled cuts across ethnic and national lines –it is found in majority cultures and homogeneous nation-states as well as national minorities and ethnic groups– [...]. [T]here are important analogies between the claims of justice made by these social movements and the claims of ethnic groups, since both have been excluded and marginalized in virtue of their «difference»”. Ver: KYMLICKA, Will. *Op. cit.* p. 19.

³⁹ En su libro “Justice as fairness”, Rawls proyecta una hipótesis de contrato social bajo dos condiciones: (i) que los contrayentes pacten bajo un velo de ignorancia, es decir, sin ninguna influencia de sus condiciones sociales, creencias u otros atributos personales; y, (ii) la garantía infranqueable de libertades individuales, tales como libertad de expresión, religiosa y de credo. De forma subsidiaria, Rawls destaca la necesidad de que, tras la consolidación del contrato, se debe garantizar un estándar mínimo de igualdad económica y social. Ver: RAWLS, John. “Justice as fairness”. En: *The Philosophical Review* 67. 1958.

una determinada conformación social, quienes compartirían aspiraciones similares.

En este punto, es importante reiterar que la lejanía de la doctrina política liberal con relación al particularismo étnico no es atemporal. Es sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial que empezó a ganar terreno en la teoría y praxis política liberal la idea de que la satisfacción de los derechos individuales sería suficiente para atender a los postulados de igualdad y autonomía. En el ámbito doctrinario, la aceptación de las políticas de reconocimiento de grupos étnicos fue defendida por algunos liberales, en particular en el ámbito de las acciones afirmativas a favor de grupos sujetos a una situación de desventaja histórica.

Tal defensa se mostró más pronunciada en los debates sobre las políticas de ecualización a favor de grupos raciales históricamente discriminados en Estados Unidos y, de cierta forma, en el ámbito de la ONU. Pero, en la mayoría de los foros políticos –nacionales⁴⁰ o supranacionales⁴¹– y doctrinarios, la excepción liberal a los modelos de justicia redistributiva se basó en la premisa de que, una vez alcanzada la igualdad *de facto* entre los diferentes sectores de la sociedad, el tratamiento jurídico de sus demandas debería ser idéntico.

El punto de partida de la praxis y política liberal en la post Segunda Guerra sería la constatación de una desigualdad *de facto* entre diferentes sectores nacionales y étnicos al interior de un Estado. A su vez, el punto de llegada sería adoptar acciones afirmativas provisionales y, luego de mitigar la situación de desventaja histórica en perjuicio de grupos minoritarios, consolidar instituciones en las que “sociedad” y “etnicidad” serían conceptos ontológicamente distintos (*colorblind society*).

Así las cosas, los postulados de las teorías de la justicia basadas en una lógica redistributiva se ajustan a los modelos constitucionales de integración de los pueblos indígenas al tejido social predominante, mediante garantías sociales y económicas susceptibles a ubicar a sus miembros en una situación

de igualdad con sus pares no indígenas. Ahora bien, lo que quedó evidenciado a partir de los debates multiculturales es que entre más plural sea una sociedad, mayor es la probabilidad de que sus integrantes demanden el reconocimiento de una ciudadanía diferenciada y, de paso, el ejercicio diferenciado de derechos, de conformidad con sus condiciones culturales y étnicas.

Aunque las teorías redistributivas de la justicia han sido objeto de diferentes críticas, nos ceñiremos a aquellas basadas en una concepción de justicia como reconocimiento, y que están directamente asociadas a nuestra propuesta de evaluar un fundamento ético del ejercicio diferenciado de derechos por parte de los pueblos indígenas sin que exista una prerrogativa similar para los sectores no indígenas. En lo que atañe a la esfera pública del reconocimiento de identidades culturales diferenciadas, Charles Taylor observa que liberales contemporáneos como Rawls, Dworkin y Ackerman han hecho énfasis en la dimensión procedimental del compromiso moral como elemento distintivo de las democracias liberales.

Dicha dimensión requiere que los Estados estén provistos de medios institucionales para que cada individuo ejercite su propia noción de bien, siéndole prohibido al Estado imponer una concepción de bien público. Taylor observa que si bien dicha posición procedimentalista ha tenido gran influencia en el discurso legal anglo-americano, no ofrece una respuesta satisfactoria a las aspiraciones comunitarias en las que la supervivencia cultural requiere la consagración y protección de valores particulares compartidos por ciertos grupos⁴². Para dicho autor, la conciliación entre las doctrinas liberales y la política de la diferencia puede ser alcanzada a partir de modelos –aplicados sobre todo a la revisión judicial y otros mecanismos contra-mayoritarios– de ecualización de derechos fundamentales, sin que ello se haga en detrimento de la supervivencia cultural de comunidades autóctonas⁴³.

A partir de la propuesta de conciliación entre el procedimentalismo igualitario liberal y la preser-

⁴⁰ El ejemplo por excelencia de dicho modelo es la consagración del modelo de *colorblind society* en Estados Unidos, abrazado por el propio movimiento por los derechos civiles, la posición de la Suprema Corte y políticas públicas raciales.

⁴¹ Vale decir que la Convención de Naciones Unidas contra la Discriminación Racial apoya las acciones afirmativas siempre y cuando tengan un carácter temporal y remediador de una situación de desventaja histórica.

⁴² Es el caso, por ejemplo, de la imposición de la herencia cultural francófona en la enseñanza e, incluso, en ciertos ámbitos de la vida privada, en la provincia de Quebec; la colisión entre demandas derivadas de derechos civiles como la integridad personal y la preservación de ciertas prácticas culturales en comunidades indígenas o tribales, entre otros.

⁴³ Según el propio autor, refiriéndose a los modelos liberales: “they are willing to weigh the importance of certain forms of uniform treatment against the importance of cultural survival, and opt sometimes in favor of the latter. They are thus in the end not procedural models of liberalism, but are grounded very much on judgments about what makes a good life –judgments in which the integrity of cultures has an important place”. Ver: TAYLOR, Charles. “La política del reconocimiento”. En: HABERMAS, Jürgen y Charles TAYLOR. “Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento”. Milán: Feltrinelli. 1998. p. 61.

vación del comunitarismo desarrollada por Taylor, Jeremy Waldron sugiere que “así como individuos necesitan estructuras comunales para desarrollar y ejercitar las capacidades que sus derechos protegen, las comunidades minoritarias necesitan estructuras políticas e internacionales más amplias con el fin de proteger sus valores y bienes culturales”⁴⁴.

A nuestro juicio, la consulta previa se enmarca precisamente en aquellas instituciones consensuadas a nivel nacional e internacional como respuesta a la insuficiencia de los medios tradicionales de eculización de derechos inspirados en una concepción de justicia redistributiva. Aunque las modalidades tradicionales de representación especial –por ejemplo, cuotas raciales, sociales, étnicas o de género–, los mecanismos contra-mayoritarios –por ejemplo, control constitucional de leyes y actos administrativos– y los derechos diferenciados aplicables de forma individual –por ejemplo, derechos sexuales y reproductivos y cláusulas de no discriminación– alcanzan varias demandas de reconocimiento de la diferencia cultural de los pueblos indígenas, la consulta previa es la herramienta que, por excelencia, les permite ejercer su singularidad como grupo social cuya subsistencia requiere la preservación de un vínculo tradicional con su territorio.

Como ejemplo del reconocimiento de la ciudadanía diferenciada indígena en el ámbito internacional, se puede mencionar la Observación General 23 del Comité de los Derechos Humanos de la ONU, relacionada con el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (derechos de las personas que pertenecen a minorías étnicas a preservar su cultura, religión e idioma).

En tal observación, el Comité subrayó que, si bien los derechos consagrados en el artículo 27 del Pacto poseen un carácter individual, su ejercicio depende de la capacidad de cada grupo minoritario de mantener su identidad cultural, religiosa y

social. El Comité señaló que, en el caso de los pueblos indígenas, la cultura se manifiesta en el modo especial con el que se relacionan con su territorio y en el uso de sus recursos naturales, trascendiendo así la titularidad individual y alcanzando al pueblo o comunidad como tal, requiriendo además “la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afecten”⁴⁵.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Bajo una mirada histórica, la consagración internacional de la consulta previa, libre e informada se da en un contexto de consolidación de modelos societarios multiculturales, en los que las políticas públicas y marcos constitucionales se impregnaron de mecanismos diferenciados de ejercicio de derechos por parte de cada grupo minoritario. Mientras que en un discurso estrictamente jurídico la consulta previa puede ser definida como una garantía de los pueblos indígenas expresada en forma de derechos fundamentales, una lectura enraizada en la teoría política podría definirla como un parámetro orientador de la relación entre grupos étnicos y Estados conformados por sociedades multiculturales.

En la línea de Rodríguez Garavito, “[...] la incidencia de la [consulta previa, libre e informada] en las regulaciones y las disputas sobre derechos indígenas han sido tan profundas que, antes que una institución, ha pasado a constituir un nuevo enfoque sobre los derechos étnicos y el multiculturalismo, con un lenguaje y unas reglas distintivos”⁴⁶ [El agregado es nuestro]. Desde el punto de las teorías de la justicia, consideramos que la consulta previa es una de las varias expresiones del balance entre la eculización de derechos, oriunda de los modelos liberales de justicia redistributiva, y la preservación de la cultura de grupos cultural y étnicamente diferenciados, cuestión primordial de las teorías de la justicia como reconocimiento. 🗣️

⁴⁴ WALDRON, Jeremy. “Minority cultures and the cosmopolitan alternative”. En: KYMLICKA, Will (Editor). “The rights of Minority Cultures”. Oxford: Oxford University Press. 1995. p. 104.

⁴⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. “50 Período de sesiones (1994). Observación General 23. Derecho de las minorías (artículo 27)”. En: ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Volumen I. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de Derechos Humanos”. Documento HRI/GEN/1/Rev.9. 2008. Párrafos 6.2 y 7. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/icm-mc/docs/8th/HRI.GEN.1.Rev9_sp.doc.

⁴⁶ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. “Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados”. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. 2012. p. 15.