

**El derecho a la consulta
previa en América Latina**
Del reconocimiento formal a la
exigibilidad de los derechos de los
pueblos indígenas

Director.

Germán Palacio Castañeda

Comité Científico Internacional.

Laura Pautassi (Argentina)
 Carlos Federico Mares (Brasil)
 Víctor Manuel Moncayo (Colombia)
 Manuel Jacques (Chile)
 Felipe Gómez Isa (España)
 Magdalena Gómez (México)

Comité Editorial.

Jairo Estrada Álvarez
 Mario Aguilera
 Germán Burgos
 Jorge Carvajal
 Andrea Becerra

Junta Directiva ILSA.

Manuel Jacques, presidente de ILSA (Chile)
 Carlos Federico Mares (Brasil)
 Debra Evenson (Estados Unidos)
 Germán Palacio (Colombia)
 Héctor-León Moncayo Salcedo (Colombia)
 Magdalena Gómez (México)
 Víctor Manuel Moncayo (Colombia)

Dirección Ejecutiva ILSA.

Jairo Estrada Álvarez - Director
 Sergio Moreno Rubio - Asistente dirección

Equipo de investigación ILSA

Ana Lucía Maya Aguirre
 Carmen Andrea Becerra Becerra
 Angel Libardo Herreño Hernández
 Fabián Enrique Oyaga Martínez
 Germán Burgos Silva
 Héctor-León Moncayo
 Ismael Díaz Barbosa
 Jorge Carvajal Martínez
 Jesús Aníbal Suárez Montoya
 María Eugenia Ramírez Brizneda
 Margarita Flórez Alonso
 Lina Marcela Muñoz
 Sergio Moreno Rubio

Pares académicos

Gloria Amparo Rodríguez
 Margarita Florez Alonso
 Carmen Andrea Becerra

© ILSA- Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos
 Calle 38 N° 16-45, Bogotá, Colombia
 Tels.: 2880416, 2884772, 2884437
 Correo electrónico: ilsa@ilsa.org.co
 Página web: www.ilsa.org.co

ISSN colección: 0122225-2
 ISSN este número: 9770122225001 00040

Edición: Luis Gonzalo Uscátegui Gómez
 Ilustración de cubierta: Luis Gonzalo Uscátegui Gómez
 Corrección de textos: María José Díaz Granados
 Coordinación Editorial: Publicaciones ILSA
 Impresión: Gente Nueva Editorial
 Bogotá, junio de 2009.

El contenido de esta publicación es responsabilidad de los autores.

Esta publicación se hace con el auspicio de MISEREOR.

CONTENIDO

Presentación	7
De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento RAQUEL Z. YRIGOYEN FAJARDO.....	11
El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ	55
El derecho a la consulta previa en las decisiones de la Organización Internacional del Trabajo contra el Estado colombiano ANA LUCÍA MAYA	75
Construcción del Puerto Brisa en territorio ancestral, destrucción del cerro sagrado Jukulwa y desconocimiento de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas Koguis, Arhuacos, Kankuamos y Wiwas de la Sierra Nevada de Santa Marta CARMEN ANDREA BECERRA BECERRA	97
Fundamentación jurídica del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado en el marco del Convenio 169 de la OIT. El caso de Perú PATRICIA URTEAGA CROVETTO.....	123
Megaproyectos en el sur de Chile y la participación no vinculante del Movimiento Identidad Territorial <i>Lafkenche</i> FERNANDO LOBOS POBLETE	163
Reseña documental: información y participación ambiental en Colombia ANA MARÍA MARTÍNEZ	183

PRESENTACIÓN

El carácter fundamental del derecho a la consulta previa de los grupos étnicos, reconocido en los convenios, pactos y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales, así como en las disposiciones constitucionales y legislativas de algunos países de América Latina, ha sido destacado en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, –aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007– como un deber de los Estados, anterior a la adopción de medidas legislativas o administrativas que puedan afectar los derechos de los pueblos indígenas, y correlativo al derecho de estos grupos étnicos a manifestar su consentimiento libre, previo e informado, en el marco de un diálogo intercultural signado por la buena fe.

El presente número de la revista *El Otro Derecho*, reúne los trabajos de varias autoras y autores que desde un enfoque académico, o a través de su labor orientada a la defensa de los derechos de estos grupos étnicos, proponen un balance a propósito del estado actual del derecho a la consulta previa en América Latina, haciendo énfasis en los casos de Colombia, Perú y Chile, e identificando, en los respectivos contextos, la relación existente entre la consagración normativa de los derechos a la autonomía, a la participación, al territorio y a la existencia de los pueblos indígenas, y las garantías previstas para su realización, a través del análisis de los mecanismos orientados hacia la exigibilidad de estos derechos ante instancias nacionales e internacionales.

El carácter colectivo de los derechos de los pueblos indígenas, y las implicaciones sustantivas y procesales de este reconocimiento para los países latinoamericanos que ratificaron el Convenio 169 de la OIT o que suscribieron la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, generadas a raíz de los cambios constitucionales desatados en la última década del siglo XX en la región, son destacados en el artículo “De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento”, escrito por Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, abogada (PUCP)

con Máster en Sistema Penal y Problemas Sociales, doctorado en Derecho (Universidad de Barcelona) y fundadora del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS) —International Institute on Law and Society (IILS)—. En este trabajo la autora evidencia, en perspectiva comparada, *la brecha en la implementación*, entre la adecuación normativa interna, la implementación institucional en las políticas públicas, la protección jurisdiccional, el ejercicio efectivo por los pueblos indígenas y el cambio en la cultura jurídica. Posteriormente identifica algunos retos y hace recomendaciones para la aplicación efectiva de los derechos de los pueblos indígenas en circunstancias especialmente álgidas como el acceso a los recursos naturales en sus territorios.

El tema de la aplicación del derecho a la consulta previa frente a decisiones de carácter ambiental se encuentra presente en el artículo “El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia”, escrito por Gloria Amparo Rodríguez, directora de la Especialización y de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, quien propone un análisis retrospectivo sobre la forma en que se han realizado las consultas previas en Colombia, como recurso para identificar los problemas que han caracterizado el desarrollo de este mecanismo de participación, formulando algunas alternativas frente los mismos, y profundizando posteriormente en la importancia de la realización efectiva del derecho a la consulta previa para la pervivencia de los grupos étnicos. La autora destaca, a manera de conclusión, la necesidad de orientar el debate hacia la consolidación de propuestas que involucren otras visiones del desarrollo y que propicien la organización de instancias encaminadas a garantizar el derecho a la participación y a la consulta de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos.

La cuestión del derecho a la consulta previa en Colombia a través de su reconocimiento en el Convenio 169 es abordado en el artículo “El derecho a la consulta previa en las decisiones de la Organización Internacional del Trabajo contra el Estado colombiano”, escrito por Ana Lucía Maya, abogada especializada en derecho constitucional, investigadora del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Este escrito parte de la aproximación del derecho a la consulta previa como un mecanismo para hacer efectivo el derecho a la participación de los grupos étnicos, y como un medio de protección de otros derechos, como la vida e integridad personal, y el derecho al territorio, haciendo posteriormente un análisis de los pronunciamientos de la OIT contra Colombia, y de las exigencias dirigidas al Estado y orientadas a la adopción de una normatividad nacional acorde con los estándares internacionales de protección de derechos humanos.

El análisis de la aplicación del derecho a la consulta previa en el contexto colombiano, frente a un caso concreto, se desarrolla en el artículo “Construcción del Puerto Brisa en territorio ancestral, destrucción del cerro sagrado Jukulwa y desconocimiento de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas Koguis, Arhuacos, Kankuamos y Wiwas, de la Sierra Nevada de Santa Marta”, escrito por Carmen Andrea Becerra Becerra, socióloga y abogada especializada en derecho penal, investigadora del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Partiendo de la caracterización de la Sierra Nevada de Santa Marta como territorio estratégico, este trabajo contextualiza el procedimiento para el otorgamiento de una licencia ambiental, mediante el cual fueron vulnerados los derechos al territorio, a la autonomía, a la participación y al debido proceso de los pueblos indígenas por parte del Ministerio del Interior y de Justicia, entidad que certificó en varias ocasiones que no existían comunidades indígenas en el sitio proyectado para la construcción del Puerto de Brisa, y por parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al haber ordenado un proceso de concertación desconociendo los derechos de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.

Continuando con la exposición del derecho a la consulta previa en perspectiva casuística, se presenta el artículo “Fundamentación jurídica del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado en el marco del Convenio 169 de la OTI. El caso de Perú”, de Patricia Urteaga Crovetto, licenciada en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ph. D. en antropología de la Universidad de California, Berkeley, y catedrática en la Pontificia Universidad Católica del Perú. La autora propone un análisis del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado desde la lógica del derecho indígena y del derecho internacional, identificando los fundamentos jurídicos del contenido y los alcances de estos derechos, y evidenciando cómo en Perú su reconocimiento es visto por algunos sectores del Estado como desfavorable para la promoción de la inversión privada, afectando los derechos de los pueblos indígenas que enfrentan las consecuencias de proyectos extractivos en sus territorios.

Finalizando el bloque conformado por los análisis de casos, está el artículo “Megaproyectos en el sur de Chile y la participación no vinculante del movimiento identidad territorial Lafkenche”, de Fernando Lobos Poblete, docente de la Universidad de las Artes, Ciencias y Comunicación (Uniac), y director del Programa “Quiero Mi Barrio” del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (Minvu) en el barrio de Ovejería, ciudad de Osorno. El texto muestra cómo en Chile se ha generado el desplazamiento de indígenas de sus territorios ancestrales con la construcción de la carretera de la costa en el espacio geográfico

de la identidad territorial *lafkenche*, siendo ésta una manifestación más de la imposición de megaproyectos bajo la apariencia de procesos participativos y de tutela electoral como mecanismos funcionales al desconocimiento de los derechos del pueblo indígena mapuche *lafkenche*, que tienden a consolidarse ante la ausencia de elementos jurídicos y operativos para definir un conflicto indígena con miras a la construcción de megaproyectos en territorio ancestral, contrastando esta situación con la existencia de garantías legales que favorecen la presencia de estas empresas en territorio chileno.

Como cierre de la revista se presenta la reseña documental “Información y participación ambiental en Colombia”, escrita por Ana María Martínez Cifuentes, estudiante de décimo semestre de Ciencias Políticas y Administrativas de la ESAP, y pasante del campo de acción: Territorio, migraciones y desplazamiento de ILSA. Este trabajo destaca el texto titulado *Manual de acceso a la información y a la participación ambiental en Colombia*, de las autoras Ana María Lora, Lina Marcela Muñoz y Gloria Amparo Rodríguez —editado por ILSA y la Universidad del Rosario—, como una herramienta valiosa que permite abordar uno de los temas a los que se ha hecho alusión en los escritos precedentes: la importancia del acceso a la información y la participación desde una perspectiva jurídico-legal y práctica para defensores del medioambiente, a través de la identificación de las figuras más relevantes de acceso a la información y participación previstas a nivel nacional e internacional.

A través de la lectura de estos escritos podrán identificarse diferentes elementos para el análisis del derecho a la consulta previa en América Latina, predominando una aproximación crítica al contexto regional y a los ordenamientos internos caracterizados actualmente por el reconocimiento formal de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, y por la ausencia o precariedad en materia de garantías orientadas a hacer exigibles los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito nacional, en contravía de los estándares internacionales.

De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento*

RAQUEL Z. YRIGOYEN FAJARDO**



Para una mayor comprensión sobre el fundamento de los actuales derechos de las comunidades indígenas a la participación, consulta y consentimiento previo, el texto desarrolla, desde una perspectiva diacrónica, los cambios producidos en los principios de la relación Estado-pueblos indígenas. Desde la *tutela* de raíz colonial que partía del hecho del vasallaje del nativo, y legitimaba una supuesta incapacidad de las comunidades para controlar su destino, hasta el derecho de los pueblos a determinar libremente su modo de vida, basado en la igual dignidad de los pueblos y las culturas. Esta situación sienta nuevas bases para la relación entre el Estado y los pueblos indígenas, que permite superar el modelo de tutela indígena basado en la ideología colonial de la minoridad o incapacidad indígena.

Complementariamente se realiza el balance de los alcances de instrumentos como el Convenio 107 de 1957 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Convenio 169 de la OIT de 1989, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas aprobada en septiembre 2007, centrándose en los retos y las recomendaciones para la aplicación efectiva de tales derechos. El artículo está orientado a brindar herramientas para la comprensión y aplicación de los derechos referidos, tanto en instancias de planeación, sean éstas de carácter estatal o de em-

* Este texto complementa el artículo de Yrigoyen (2008). Las reflexiones contenidas en el referido artículo, y en el que nos ocupa, fueron presentadas en el “Curso sobre Consulta Previa”, que antecedió al V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, Bogotá, octubre de 2008.

** Abogada (PUCP); Magíster en Sistema Penal y Problemas Sociales; Doctorado en Derecho, Universidad de Barcelona, con Diploma de Estudios Antropológicos (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); editora de www.Alertanet.org -Portal de Derecho y Sociedad. raquelyf@alertanet.org.

presas privadas que realicen algún tipo de intervención con comunidades indígenas, como para el reconocimiento de los derechos en las comunidades indígenas y sus representantes.

Palabras clave: pueblos indígenas, consentimiento previo, libre e informado, tutela indígena, participación, autodeterminación, Convenio 107 OIT, Convenio 169 OIT, Declaración ONU.



To the indigenous peoples protection at the free determination of the development, participation, consultation and assent.

For understand better the foundation of the current rights of the indigenous peoples to the participation, consultation and previous assent, the text develops, from a perspective diacrónica, the changes produced in the beginning of the relation State - indigenous people. Since the protection of colonial root that was departing from the fact of the subjection of the native and was legitimizing a supposed disability of the communities to control their destiny, until the right of the peoples to determine freely their way of life, based on the equal dignity of the indigenous peoples and cultures. Situation that suppose new bases for the relation between the State and the indigenous peoples, and allows to overcome the model of indigenous protection based on the colonial ideology of the minority or indigenous disability.

In addition the text present a balance of the scopes of instruments as the Agreement 107 of 1957 of the International Organization of the Work (OIT), the Agreement 169 of the OIT of 1989 and the United Nations Declaration on rights of indigenous peoples approved in September, 2007, centring on the challenges and recommendations for the effective application of such rights. The document offer tools for the comprehension and application of this rights, in instances of planeation, of statal character or of private companies who realize some type of intervention with indigenous communities, for the recognition of Rights of the indigenous peoples and their authorities.

Key Words: indigenous peoples; previous free and informed assent; indigenous protection; participation; self-determination; Agreement 107 OIT; Agreement 169 OIT; United Nations Declaration on rights of indigenous peoples.

INTRODUCCIÓN

Los derechos de decisión autónoma o libre determinación del desarrollo, participación, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado hacen parte de un *corpus* de derechos colectivos enmarcado en nuevos principios de relación entre los Estados y los pueblos indígenas, los cuales rompen con la tradición tutelar anterior. Antes de este nuevo marco de derechos, los Estados consideraban que los territorios donde

habitaban pueblos originarios, y los pueblos mismos, estaban bajo su dominio y tutela y, por ende, bajo su sola decisión. De ahí las políticas de asimilación, integración forzosa e, incluso, de desaparición física y cultural que caracterizaron eras pasadas.

Este nuevo *corpus* de derechos indígenas ha quedado establecido, y es vinculante, a partir de la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes en 1989,¹ y los cambios constitucionales desatados en la última década del siglo XX en la región. El mismo se ha enriquecido y desarrollado además con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas aprobada en septiembre 2007.²

En lo procesal, estos derechos obligan a los Estados a no tomar decisiones que puedan afectar a los pueblos indígenas mientras tales no implementen procesos de diálogo, participación y consulta previa. En lo sustantivo, los Estados quedan obligados a respetar las prioridades de desarrollo de los pueblos, sus formas de vida e integridad. En el caso de proyectos de desarrollo, en particular, están obligados a priorizar el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos indígenas de acuerdo con su propia visión de desarrollo.

De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y la Declaración ONU, los derechos de participación y consulta se aplican a todo tipo de campos en los que el Estado va a adoptar políticas, tomar medidas o implementar programas que puedan afectar a los pueblos originarios. Esto es, en el campo económico, social, político, cultural, educativo, laboral, de salud, justicia, seguridad, etc. Ningún campo queda exento. Ahora, si bien estos derechos deben aplicarse a todo tipo de materias en la relación entre Estados y pueblos indígenas, el tema es particularmente álgido cuando se trata de la realización de actividades extractivas en territorios indígenas.

Hay dos asuntos centrales que se ponen en cuestión en torno al acceso a los recursos naturales en territorios indígenas.

- De un lado, las necesidades y demandas energéticas que provienen del modelo de desarrollo que asume el Estado o gobierno de turno en un contexto de mercado energético global, demandas que generan una presión por el acceso y la explotación de recursos naturales que se encuentran en territorios indígenas.

¹ En adelante, Convenio 169 de la OIT. <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C169>.

² En adelante, Declaración ONU.

- Y, de otro, el derecho de los pueblos indígenas a definir sus prioridades y modelo de desarrollo, el derecho a su territorio y, en última instancia, el derecho a su existencia e integridad física y cultural como pueblos, derechos que pueden verse afectados por las actividades extractivas.

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

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

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

Se organiza en cinco partes que responden a las siguientes preguntas:

- ¿A qué sujetos se aplican estos derechos? ¿Cuál es la fuente de los derechos indígenas?
- ¿Cuál es el fundamento de los derechos de participación, consulta y consentimiento?
- ¿Qué derechos tienen los pueblos indígenas en la decisión de los asuntos que les afectan?
- ¿Cuál es el objeto de los derechos de participación, consulta y consentimiento?
- ¿Cómo deberían implementarse estos derechos para garantizar su objeto, considerando el balance de buenas prácticas y las lecciones aprendidas en la región?

ELEMENTOS CONCEPTUALES

¿Cómo se identifica a los pueblos indígenas?

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

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

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los pueblos indígenas en países independientes

Art. 1. El presente Convenio se aplica:

[...]

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

2. La *conciencia de su identidad* indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio (énfasis agregado).

¿Cuáles son las fuentes de los derechos indígenas?

Considerando el derecho internacional,³ las fuentes de los derechos indígenas son los instrumentos internacionales (los tratados ratificados por un Estado hacen parte del derecho convencional), el derecho consuetudinario internacional, los principios generales del derecho, la jurisprudencia de instancias internacionales y la doctrina de juristas reconocidos.

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

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

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

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

De otro lado, hay un desarrollo significativo de los derechos indígenas en la región a partir de los casos vistos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Hay importantes decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que desarrollan los derechos indígenas integrando tanto el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007, su propia jurisprudencia, e incluso recomendaciones del Relator Especial sobre las libertades y derechos fundamentales de los indígenas. Si bien estas decisiones son vinculantes para los casos concretos, las mismas marcan la pauta de por dónde irá la jurisprudencia de la Corte en casos afines.

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

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

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

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

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

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

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

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

Este principio sienta nuevas bases para la relación entre el Estado y los pueblos indígenas, las que permiten superar el modelo de tutela indígena basado en la ideología colonial de la minoridad o incapacidad indígena.

Para comprender mejor el fundamento de estos derechos es útil una mirada diacrónica de los cambios producidos en los principios de la relación Estado-pueblos indígenas. De ahí que en este punto sea necesario un rápido repaso histórico desde la *tutela* de raíz colonial que partía de la minoridad indígena, hasta el derecho de los pueblos a determinar libremente su modo de vida, basado en la igual dignidad de los pueblos y las culturas (Yrigoyen, 2006). Cabe subrayar que las líneas explicativas aquí seguidas, fundamentalmente, persiguen los cambios producidos en el marco normativo y las políticas públicas adoptadas por el Estado. Ello no pretende obviar —aunque no es materia que desarrolla este texto— los procesos sociales y políticos desatados por las luchas de los pueblos indígenas, contexto en el que se dan los cambios normativos.⁵

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

Igualmente, la explicación que sigue hace énfasis en los procesos y las políticas adoptadas desde los Estados, lo que en ningún caso supone ignorar —aunque no sea el objeto de este

La herencia colonial sobre la “incapacidad” y tutela indígena

Por el hecho colonial los pueblos originarios quedaron en una posición política subordinada, en permanente situación de despojo territorial y bajo condiciones de explotación económica. Tal situación fue justificada *a posteriori* mediante la construcción colonial de la ideología de la “inferioridad natural de los indios”, de base aristotélica. El derecho se encargó de perennizar tal ideología, echando mano de categorías castellanas medievales, por lo que los *indios* fueron definidos jurídicamente como “menores, rústicos y miserables” (Clavero, 1986). Considerados como “hermanos menores” de los colonizadores, los pueblos originarios fueron encomendados al control y tutela de los “hermanos mayores”. Desde entonces, inferioridad e incapacidad se convirtieron en los descriptores indígenas de las políticas públicas y las prácticas sociales. La *tutela indígena* se convirtió en el instrumento legal del despojo de la capacidad de los pueblos para controlar su destino.

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

La tutela indígena en la era republicana, bajo el horizonte del liberalismo

Bajo liderazgo criollo, los nuevos Estados independientes latinoamericanos adoptan formalmente el constitucionalismo liberal, las instituciones republicanas, el modelo de Estado-nación (un solo pueblo, cultura, idioma y ley para todos), y derechos y garantías individuales. Con relación a los pueblos originarios, los Estados tienen un claro objetivo de sujeción y control, bajo políticas diferenciadas de acuerdo al grado de sometimiento o autonomía que conservaban los pueblos originarios.

artículo— los procesos de resistencia de los pueblos originarios y su capacidad para apropiarse de procesos o utilizar incluso situaciones adversas para poder sobrevivir, recrear su cultura, y desatar cambios en las políticas y normativa estatal o internacional. Tampoco pretender ignorar los procesos por los cuales ciertos agentes y agencias estatales son capaces de cooptar cambios normativos favorables a los pueblos indígenas y darles un sentido contraproducente o perverso.

Como herederos de las administraciones coloniales, los nuevos Estados republicanos asumieron como su territorio el habitado por los pueblos originarios, incluyendo aquellos territorios de pueblos no conquistados ni colonizados. Con relación a tales pueblos, los Estados establecieron políticas diferenciadas. Ahora, no obstante las diferentes políticas republicanas adoptadas, el denominador común de tales políticas seguía siendo el principio de la minoridad e incapacidad indígena y, en consecuencia, se hacía necesaria la tutela estatal o eclesial. Es decir, los nuevos Estados se arrogaron todas las atribuciones para decidir sobre los territorios y la forma de vida de dichos pueblos, sin su participación.

Las políticas republicanas diferenciadas fueron las que siguen:

- Los pueblos que en la era colonial fueron reducidos a *pueblos de indios*, en la republicana sufrieron políticas de disolución de sus tierras colectivas, autoridades y fuero propio, bajo el ideal liberal de “convertir indios en ciudadanos”, sometidos a las leyes generales del Estado. Tal política impedía a los pueblos originarios contar con una base territorial, política (autoridades y fuero) y cultural propia (idiomas, cultura), de tal modo que no se produjeran los levantamientos indígenas que caracterizaron los finales de la era colonial. Bajo el ideal liberal definido externamente por la élite criolla dominante, la desaparición de las protecciones a las tierras colectivas, las autoridades y el fuero indígena dará lugar a la expansión de las haciendas y la servidumbre indígena.
- En los casos de los pueblos que en la colonia no habían sido sometidos militarmente y con los que la corona española hizo acuerdos o firmó tratados o parlamentos generales (como los pueblos mapuche, pehuenques, o “araucanos” de las pampas ahora ubicadas en Argentina y Chile, o pueblos al norte de lo que ahora es México), en la era republicana los Estados independientes desconocieron tales acuerdos o tratados. Considerando “naciones bárbaras” a los pueblos originarios que en la colonia conservaron su autonomía, los nuevos Estados independientes implementaron políticas bélicas (guerra ofensiva y defensiva) para su sometimiento y anexión territorial.
- Y en el caso de los pueblos que no habían sido colonizados y con los cuales la corona tampoco había firmado tratados (como pueblos de la Amazonia, La Guajira o el Orinoco), en la era republicana las constituciones liberales los definieron como “salvajes e infieles”. Las políticas de colonización territorial

realizadas mediante el envío de misioneros, tropas y colonos, buscaban ampliar la frontera agrícola⁶ y “reducir a los salvajes a la civilización”. Tales pueblos perdieron su autonomía y fueron reducidos en colonias, resguardos o territorios sujetos a legislación especial y tutela estatal o eclesial.

En el caso de Colombia, por ejemplo, en la era republicana los pueblos colonizados fueron sometidos a un régimen diferenciado de tratamiento legal bajo tutela eclesial. Bajo tal régimen especial, dichos pueblos —incluyendo sus resguardos— quedaron fuera de la ley general hasta finales del siglo XX.

La tutela en el modelo integracionista, bajo el horizonte del constitucionalismo social

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

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

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

⁶ Las diferentes oleadas colonizadoras se organizaron en función de la extracción de diversos productos exportables (desde el caucho y el café, hasta la coca), y aseguraron la mano de obra indígena mediante diversas formas de trabajo forzoso (desde correrías de indios hasta el enganche y endeudamiento).

incorporar a los indígenas al Estado y al mercado considerando sus especificidades, a diferencia de las políticas asimilacionistas del siglo XIX que las buscaban desaparecer.⁷ Sin embargo, el integracionismo, en tanto modelo de incorporación de los indígenas a la sociedad dominante, definido desde afuera de los propios indígenas, acaba siendo un modelo de destrucción cultural y, en este sentido, de asimilación.

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

La tutela en la normativa internacional integracionista

El modelo de tutela / control es el eje de la normativa interna e internacional. Tal modelo tiene también el Convenio 107 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes de 1957. Este Convenio, por ejemplo, si bien reconocía el derecho consuetudinario, lo sujetaba a no afectar las políticas de integración que los Estados podían imponer a los pueblos indígenas. Es decir, eran los Estados los que tenían la titularidad jurídica para definir los términos de lo que era bueno o no para desarrollo de los pueblos indígenas.

Convenio núm. 107 de la OIT

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

[...]

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

⁷ Cabe recordar que las políticas asimilacionistas aplicadas a los *pueblos de indios* buscaban “convertir a los indios en ciudadanos” y someterlos a las leyes generales, desapareciendo el régimen diferenciado y las especificidades indígenas (tierras, idiomas, comunidades, fueros, legislación especial, etc.).

Hacia el cuestionamiento del modelo tutelar

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

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

De la tutela al control de las propias instituciones y formas de vida

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

Convenio 169 de la OIT

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

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

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

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

La Declaración entierra definitivamente la posibilidad legal para políticas de asimilación o integración forzosa. E, incluso, la participación depende de la voluntad de los pueblos.⁸

Los Estados ya no pueden disponer legalmente, como hacían antes, de los recursos naturales en territorios indígenas de modo inconsulto y sin contar con la participación de los mismos en la definición de las políticas y los programas de desarrollo que les vayan a afectar. Los indígenas son pueblos con igual dignidad y derechos que otros pueblos. No son menores de edad o incapaces sometidos a tutela. Sólo en el marco de la participación y consulta se pueden dar relaciones democráticas y pacíficas entre todos los pueblos y sectores que habitan en el país.

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

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

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

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

Considerando el desarrollo del derecho internacional y constitucional a la fecha, cabe anotar por lo menos cuatro tipos de derechos relativos a las atribuciones que tienen los pueblos en la toma de decisiones sobre los asuntos que les incumben. A saber:

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

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

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

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

Derecho de decidir autónomamente o determinar libremente su desarrollo

Este derecho está consagrado tanto en el derecho internacional como en el interno. Supone la potestad de los pueblos de organizarse y tomar decisiones que les incumben sin interferencia estatal o de terceros. En todo caso, podrían contar con presupuesto o ayuda

estatal o de terceros, pero en ningún caso el Estado o terceros están autorizados a interferir. Este es el caso de la definición y elección de sus propias autoridades, la definición de sus prioridades de desarrollo, el establecimiento de programas educativos o de salud, etc. Éste fue consagrado originalmente por el Convenio 169 como el derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo, bajo el principio de que los pueblos controlan su modo de vida. Y ha sido potenciado con la Declaración ONU que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a determinar libremente su modo de vida.

Convenio 169 de la OIT

Art. 7.1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de *decidir sus propias prioridades* en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural (énfasis agregado).

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

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

Aplicación

- En algunos países, como Colombia, los pueblos indígenas elaboran los llamados “planes de vida”. Estos instrumentos pueden ser útiles en tanto sirvan para reflejar las prioridades indígenas, pero no si se vuelven requisitos para la negociación con el Estado.
- En el caso de Perú y Guatemala los pueblos realizan las llamadas “autoconsultas” a falta de consulta estatal. Estas “autoconsultas” no sustituyen al Estado en su deber de consultar. Sin embargo, eso no significa que tales expresiones de voluntad de los pueblos no sean válidas o incluso que sean “ilegales”. Por el contrario, deben ser tenidas en cuenta por el Estado como parte del ejercicio del derecho de los pueblos a definir sus prioridades y visión de desarrollo propio.

Derecho de participación en la elaboración, aplicación y evaluación de políticas y programas

El derecho de participación consiste en la intervención de los pueblos en todas las fases del ciclo de elaboración, aplicación y evaluación de políticas y programas de desarrollo nacional o regional que les puedan

afectar. No sólo en la fase inicial, como en el derecho de consulta previa, sino en todo el ciclo.

Según el artículo 7.1 del Convenio 169 de la OIT, “[...] Además, dichos pueblos deberán *participar* en la *formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas* de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” (énfasis agregado).

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

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

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

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

Convenio 169 de la OIT

Art. 7.2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su *participación y cooperación*, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento (énfasis agregado).

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

Convenio 169 de la OIT

Art. 6, b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan *participar libremente*, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a *todos los niveles* en la *adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos admi-*

nistrativos y de otra índole responsables de *políticas y programas* que les conciernan (énfasis agregado).

Declaración ONU

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

Aplicación

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

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

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

Derecho de los pueblos indígenas (PI) de ser consultados frente a medidas concretas que les puedan afectar

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

Convenio 169 de la OIT

Art. 6.1. [...] los gobiernos deberán:

a) *Consultar* a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se *prevean medidas legislativas o administrativas* susceptibles de afectarles directamente.

Art. 6.2. Las *consultas* llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la *finalidad* de llegar a un *acuerdo o lograr el consentimiento* acerca de las medidas propuestas (énfasis agregado).

Declaración ONU

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

Art. 32.2. Los Estados *celebrarán consultas* y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a *fin de obtener su consentimiento* libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (énfasis agregado).

El objetivo es obtener el consentimiento del pueblo indígena respecto de la medida propuesta o, llegar a un acuerdo. Los procedimientos que implemente el Estado deben estar orientados a instaurar un proceso de diálogo que permita lograr dicho consentimiento o acuerdo. De ahí que la consulta no pueda consistir sólo en una audiencia informativa, o un acto de votación. Supone información previa, pero no se agota en ella. En la consulta previa, el Estado debe garantizar, en lo procesal, el diálogo y la negociación de buena fe. Y en lo sustantivo, asegurar que la medida propuesta beneficiará al pueblo en cuestión, de tal modo que ello permita lograr el acuerdo o el consentimiento de la misma. Ahora, si instalado un proceso de diálogo, el pueblo en cuestión, en principio, no

acepta la medida propuesta, cabría entrar en un proceso de negociación orientado a llegar a un acuerdo, donde ambas partes puedan revisar sus planteamientos iniciales. Si se llega a un acuerdo, el Estado queda vinculado. Si no se llega a un acuerdo, el Estado tiene la atribución de tomar una decisión. Sin embargo, no se trata de un acto arbitrario, sino que, como todo acto estatal, el Estado está obligado a motivarlo.

En cuanto a lo procesal, el Estado debe explicar cómo aplicó el derecho de consulta y cómo ha tenido en cuenta los planteamientos indígenas. En cuanto a lo sustantivo, aunque no se llegue a un acuerdo, el Estado debe asegurar igualmente el máximo respeto posible a las prioridades de desarrollo de los pueblos, priorizar —en caso de proyectos de desarrollo— el mejoramiento de sus condiciones de vida, garantizar los beneficios o las ganancias, así como las indemnizaciones que correspondieran, y, explicar cómo dicha medida no va a afectar la integridad biológica o cultural de dicho pueblo, adoptando, en todo caso, las medidas necesarias de minimización de riesgos correspondientes.

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

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

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

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

Derecho al consentimiento previo, libre e informado

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

Aquí cabe distinguir el consentimiento como “finalidad” de un proceso de consulta, de aquel como “requisito” para que el Estado tome una decisión. El consentimiento como finalidad del proceso de consulta significa que el Estado debe organizar los procedimientos de tal modo que estén orientados al logro del consentimiento o acuerdo. Sin embargo, si aun instaurados dichos procedimientos de buena fe, no se logra dicho consentimiento o acuerdo, la consulta sigue siendo válida y el Estado está facultado a tomar una decisión.⁹

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

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

Convenio 169 de la OIT

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

⁹ “[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, 2004).

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* (énfasis agregado).

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

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

Art. 29.2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para 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*.

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 (énfasis agregado).

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

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

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

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

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

Los derechos de participación, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado tienen como objeto asegurar que los pueblos indígenas hagan parte en los procesos en los que los Estados toman decisiones que los pueden afectar. Los derechos de participación están estrechamente conectados a la idea de los pueblos indígenas con igual dignidad y capacidad a otros pueblos. El respeto a la dignidad de los pueblos como colectivos supone que el Estado no debe tomar decisiones sin tenerlos en cuenta. El respeto a su capacidad supone que el Estado valora y asegura que tales pueblos mantengan o recuperen el control de su vida y destino.

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

Los contenidos sustantivos de estos derechos tienen como objeto garantizar:

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

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

con los requisitos de buena fe, representatividad, antelación, etc., sino que también debe hacerse una verificación sustantiva o material.

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

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

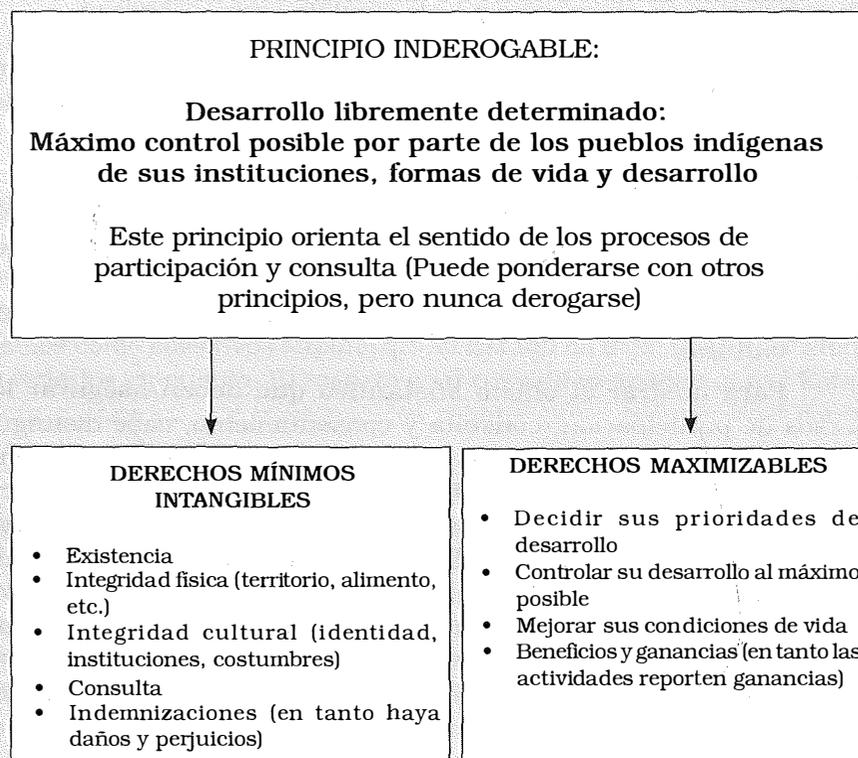
Para ilustrar el objeto sustantivo que deben asegurar los procesos de participación, consulta y consentimiento, cabe distinguir entre los mínimos intangibles y los derechos de obligatorio cumplimiento que deben ser maximizados, todos bajo el principio inderogable de buscar que los pueblos indígenas tengan el máximo control de su destino. Los derechos maximizables de obligatorio cumplimiento constituyen el horizonte al que se busca llegar a través de los procesos de participación y consulta, mientras que los mínimos intangibles son como la alarma roja de lo que dichos procesos deben evitar. Usualmente, sólo se han considerado los mínimos intangibles (es decir, proteger la no afectación de la integridad), pero no se ha buscado garantizar las prioridades de desarrollo de los pueblos, sus ganancias, etc. (Ver diagrama)

Principio inderogable

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

Objeto sustantivo que deben garantizar los procesos de participación y consulta

Lo que deben *garantizar* los procesos de participación, consulta y consentimiento:



("Piso mínimo") ("Horizonte")

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

Derechos mínimos intangibles

De un lado, debe preguntarse cómo los procesos de participación y consulta de proyectos o programas garantizan los derechos maximizables. En el otro extremo, cabe la pregunta de si tales proyectos, programas o

políticas no afectan la vida o integridad de los pueblos, o cómo se pueden determinar indemnizaciones por posibles daños y perjuicios, en tanto tales sean mínimos razonables, y qué medidas debe tomar el Estado para minimizar los riesgos. En ningún caso se debe admitir un proyecto que afecte la vida o subsistencia, o vulnere la integridad cultural.

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

- El derecho de los pueblos a su existencia (está prohibido el exterminio de los pueblos indígenas, el genocidio o cualquier forma de afectación de su vida).
- Integridad física y existencia de medios para su subsistencia (alimentos, territorio). La privación del territorio o las posibilidades de acceder a recursos naturales para alimentarse pueden constituir una amenaza a su integridad física.
- Integridad cultural: identidad y modo de vida de los pueblos. Si bien hay una indelible relación entre la integridad física y cultural, la protección de la integridad cultural alude a la identidad social y cultural, las costumbres y tradiciones, las instituciones y formas de vida de los pueblos indígenas, las cuales se pueden ver afectadas por traslados, migración, actividades extractivas o de infraestructura en sus territorios. Si bien el impacto de estas actividades puede tener grados, se debe cuidar que no se vulnere la integridad de los pueblos.¹⁰

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

Convenio 169 de la OIT [Derecho a la integridad]

Artículo 5. [...] b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos.

¹⁰ El Comité de Derechos Humanos, al analizar el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo al "goce de la propia cultura en común con el grupo", ha desarrollado el derecho a la integridad cultural. En algunos casos ha considerado que el Estado puede hacer concesiones de explotación de recursos naturales en territorios indígenas, previa consulta, pero siempre que el impacto de tales actividades no sea tan significativo que acabe afectando la integridad cultural de dicho pueblo. Este es un tema conflictivo, pues la gradación puede ser polémica. Lo que no está en cuestión es el derecho de los pueblos a su integridad cultural. Véase Anaya (2004).

Artículo 2 [Respeto de la integridad]

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

2. Esta acción deberá incluir medidas:

[...]

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones.

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

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

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

Artículo 4. [Salvuarda de personas, cultura y medioambiente]

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

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

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

Convenio 169 de la OIT

Artículo 7.3. Los *gobiernos* deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen *estudios, en cooperación con los pueblos interesados*, a fin de evaluar la *incidencia social, espiritual y cultural* y sobre el medioambiente que las *actividades* de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

7.4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para *proteger y preservar el medioambiente* de los territorios que habitan (énfasis agregado).

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

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

Derechos de cumplimiento obligatorio que deben maximizarse en lo posible

El Convenio 169 de la OIT contempla varios derechos sustantivos vinculados al desarrollo respecto de los cuales propende su maximización. Se trata de derechos de cumplimiento obligatorio, y constituyen el objeto material de los derechos de participación, consulta y consentimiento. Los procesos de consulta, participación y consentimiento tienen como objeto sustantivo garantizar dichos derechos, y generan varias preguntas: ¿Cómo asegurar las prioridades de desarrollo de los pueblos a través de la participación y la consulta? ¿Cómo garantizar el máximo control de su desarrollo por los pueblos? ¿Cómo asegurar que un proyecto de desarrollo tenga como prioridad el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos? ¿Qué beneficios o ganancias traerá el proyecto de desarrollo a los pueblos indígenas? Sólo cuando se hayan resuelto dichas preguntas es que debe pasarse a los mínimos intangibles, que se desarrollan luego.

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

- Derecho a decidir sus prioridades de desarrollo y controlar en lo posible el mismo

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

Convenio 169 de la OIT

Artículo 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, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (énfasis agregado).

- El derecho de los pueblos al mejoramiento de sus condiciones de vida como prioridad de los planes y proyectos de desarrollo

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

Convenio 169 de la OIT

Artículo 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 (énfasis agregado).

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

El hecho sustantivo de que una política, plan o programa no respete las prioridades de desarrollo de los pueblos, o que un proyecto de desarrollo específico no tenga como prioridad el mejoramiento de sus condiciones de vida, al afectar un derecho sustantivo obligatorio, puede dar lugar a una acción de garantía constitucional. Es como no realizar el proceso de consulta o participación. Está por descontado que un proyecto de desarrollo, debiendo velar por el mejoramiento de los pueblos, tiene prohibido vulnerar la integridad física o cultural de los mismos. Dependiendo del caso, esto puede incluso constituir delito contra la vida, la propiedad, etc.

- Derecho a beneficios y ganancias en tanto se den

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

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

Convenio 169 de la OIT

Artículo 15.1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la *utilización, administración* y conservación de dichos recursos.

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

Si bien el objeto perseguido por todos los derechos arriba mencionados —participación, consulta y consentimiento— es afín a los

mismos, hay algunas variantes en la forma en la que se ejercitan dichos derechos y el nivel de decisión que tienen los pueblos en cada uno de ellos. En el Anexo 1 se observan algunas diferencias entre estos derechos en cuanto al objeto específico, el momento y el nivel de intervención tanto del Estado como de los pueblos indígenas en cada uno de ellos.

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

Si bien hay un avance normativo importante, el problema es la brecha de implementación efectiva de estos derechos, lo que ha generado desconfianza en las organizaciones indígenas. Esta situación da lugar a varias preguntas: ¿Cómo reconstruir relaciones de diálogo democrático entre los Estados y los pueblos indígenas? ¿Cómo mejorar los mecanismos de participación y consulta, a fin de llegar a acuerdos y al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos?

¿Cómo mejorar el control de las empresas extractivas respecto de su pago de tributos, el control ambiental, el respeto de los derechos indígenas, y su responsabilidad social? ¿Cómo prever mecanismos de resolución de conflictos entre actores Estado-pueblos-empresas?

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

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

Avances, problemas y retos

Avance: hay un marco internacional de derechos de los pueblos indígenas que contempla el derecho de consulta y participación

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

desarrollo, sin afectar su vida o integridad, o minimizando cualquier posible afectación.

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

Problemas

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

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

- La “consulta” se realiza por una empresa y no por el Estado.
- La “consulta” se realiza por una empresa para negociar indemnizaciones y compensaciones. Es decir, es una negociación directa y no una consulta.
- Los pueblos indígenas no son informados propiamente, en sus idiomas, y considerando su cultura, normas, usos y propio derecho.
- La consulta es entendida como un acto y no como un proceso para llegar a acuerdos.
- Hay Estados que actúan de “mala fe” en la medida en que van a la consulta con una decisión tomada, sin considerar lo que van a plantear los pueblos indígenas.
- La “consulta” se reduce a actos informativos unilaterales, sin tener en cuenta lo que planteen los pueblos afectados.
- La agencia estatal correspondiente no informa sobre posibles ganancias, y no consulta sobre los beneficios que deben recibir los pueblos indígenas. Delega a las empresas la negociación directa sólo relacionada a compensaciones o indemnizaciones.

Retos

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

1. *Adecuación normativa interna*, tanto a nivel constitucional como de la legislación secundaria, que desarrolle los diferentes derechos: participación, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado. No enfocar todo en la consulta previa.
 - En algunos países de la región los derechos de consulta y participación están consagrados en la constitución (como en Ecuador). La consagración constitucional es una buena práctica, aunque no es necesaria para la vigencia del derecho.
 - En pocos países hay una ley sobre la consulta (se dio una en Colombia, observada; hay una relativa a la consulta vinculada a hidrocarburos en Bolivia). Esta ley debe darse en consulta con los pueblos indígenas.
 - No se ha desarrollado normativamente el derecho de participación (en Colombia hay unas mesas de concertación donde los indígenas sólo tienen competencias consultivas, no de codecisión). Por lo general, la regulación sobre la consulta previa se da en el nivel reglamentario, y, salvo contadas excepciones, suele ser restrictiva (como el Reglamento de participación ciudadana relativo a actividades extractivas en Perú). Hay varios

países que están discutiendo proyectos de ley sobre el derecho de consulta (por ejemplo, Perú, Guatemala, etc.).

Para efectos de legislar sobre estos derechos es necesario:

- Considerar todos los derechos: decisión autónoma, participación, consulta, consentimiento previo, libre e informado, y no sólo el de consulta.
 - No reducir la participación a un acto consultivo. La participación supone codecisión en todo el ciclo de elaboración, aplicación y evaluación.
 - La participación y consulta deben darse desde la elaboración de la política, la identificación de “lotes”, etc., es decir, desde los primeros pasos del diseño del modelo de desarrollo.
 - La consulta previa en ningún caso debe reducirse a la mera información.
 - La consulta debe ser previa a la concesión y a cada medida concreta.
 - Los procesos de participación y consulta deben garantizar procedimientos de buena fe orientados a llegar a acuerdos.
 - Los procesos de participación y consulta deben garantizar, en lo sustantivo, que se respeten las prioridades de desarrollo de los pueblos, el máximo control de su desarrollo posible, el mejoramiento de sus condiciones de vida, ganancias y beneficios; y, en todo caso, la protección de su integridad física y cultural, indemnizaciones y minimización de daños.
2. *Implementación institucional*, esto es, la adopción de políticas públicas que, efectivamente, implementen el derecho de consulta y participación.

Hay pocos países que han adoptado como política pública la implementación efectiva del derecho de consulta previa o éste es parcial (Colombia ha desarrollado una política de consulta previa centrada en evitar la afectación de la integridad, pero no asegura beneficios, ni se vincula a la participación desde la elaboración de la política de desarrollo). La mayor parte de países de la región tienen algunas prácticas puntuales, pero sus políticas públicas no desarrollan de modo efectivo el derecho a la participación respecto de las políticas en las que se enmarca la consulta de una medida concreta; los reglamentos son restrictivos, sus presupuestos ínfimos y carecen de modelos de gestión adecuados a la cultura y el idioma de los pueblos indígenas. Y al no destinar recursos para las consultas, trasladan tal tarea a las empresas, las que se convierten en juez y parte.

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

- Que tales derechos hagan parte de políticas nacionales, sectoriales (en cada ministerio implicado) y específicas.
- Una previsión presupuestaria (para que el Estado no traslade dicha responsabilidad a la empresa concreta que postula a una licitación en el territorio donde se hace la consulta).
- Un modelo de gestión institucional del derecho de consulta y participación. Es decir que, en el flujo de los procesos administrativos que se refieren a la planeación de actividades en territorios indígenas o que de algún modo van a afectar a pueblos indígenas, esté contemplada la implementación de los derechos de consulta y participación, incluyendo los procedimientos, protocolos, instrumentos, responsables, mecanismos de asignación de recursos, transparencia y rendición de cuentas.
- Asignación efectiva de recursos humanos y materiales, etc.
- Asegurar mecanismos de control y auditoría para los posibles casos de abuso o corrupción.
- Asegurar mecanismos de comunicación eficaz a través de intérpretes, etc.
- Asegurar una coordinación anticipada y eficiente para que los procesos de participación y consulta puedan estar antecedidos de procesos de definición y explicitación de prioridades de desarrollo de los pueblos en cuestión, a fin de facilitar procesos de diálogo intercultural.

3. Protección judicial.

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

Quedan como retos para una protección judicial más efectiva:

- No sólo proteger el derecho de consulta sino los de participación y consentimiento, pues tienen la misma entidad jurídica al ser parte del bloque de constitucionalidad.
- No sólo velar por los aspectos procesales (la verificación de la realización o no de la consulta) sino también la verificación de su objetivo sustantivo (si los planes consultados, por ejemplo, tienen como prioridad el mejoramiento de las condiciones de

vida de los pueblos, o si respetan sus prioridades de desarrollo, etc.).

- Distinguir entre indemnizaciones y beneficios, como hace la Corte Interamericana.
- Ordenar procesos de participación.

4. Cambios en la cultura jurídica.

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

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

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

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

Para lograr lo anterior existen unas acciones posibles, a saber:

1. Estudio y sistematización

Sería muy importante contar con investigaciones sistemáticas relativas a buenas prácticas y lecciones aprendidas respecto de:

- Estudio sobre la interpretación de los *órganos de control de la OIT* sobre los derechos de consulta y participación de los pueblos indígenas.
- Estudio comparado de la *regulación constitucional y legal* del derecho de consulta y participación en la región.
- Estudio comparado de las *políticas públicas* para la implementación del derecho de consulta y participación, incluyendo presupuesto, recursos humanos y materiales, y modelos de gestión.
- Estudio comparado de la regulación *infralegal*, como *reglamentos*, del *derecho de consulta* en los sectores específicos de actividades extractivas.
- Estudio de la *jurisprudencia internacional* de la Comisión y la Corte Interamericana, y sus líneas o tendencias jurisprudenciales (como el caso de *Saramaka vs. Surinam*).

- Estudio de la *jurisprudencia constitucional comparada*, y de la jurisprudencia local.
2. Espacios de encuentro para el intercambio de buenas prácticas y lecciones aprendidas

Encuentros sectoriales e intersectoriales sobre el derecho de consulta y participación para el intercambio de buenas prácticas y lecciones aprendidas. Entre los eventos sectoriales, cabría encuentros entre:

- Congresistas de los países que están elaborando proyectos de ley, con otros que tienen un mayor desarrollo.
 - Magistrados constitucionales y ordinarios, para que desarrollen una argumentación jurídica que les permita aplicar los derechos indígenas.
 - Hacedores políticos y servidores públicos de los ministerios más comprometidos con el tema. Sería sumamente importante, por ejemplo, un encuentro de ministros de Energía y Minas, para la adecuación de la norma al Convenio 169.
3. Visitas y viajes de apoyo técnico in situ.

Dado que en algunos países se ha avanzado en la implementación del derecho más que en otros, sería muy importante contar con visitas, por ejemplo, de magistrados, congresistas, técnicos de los países donde han desarrollado una jurisprudencia constitucional protectora a países con un menor desarrollo de dicho campo (jurisprudencia, etc.).

4. Estancias o pasantías de aprendizaje.

Para el aprendizaje de buenas prácticas sería también muy enriquecedor la realización de estancias o pasantías de congresistas, hacedores políticos, jueces, en lugares donde se han desarrollado prácticas institucionales de consulta y participación.

CONCLUSIONES

A continuación, a modo de conclusiones, se presenta una síntesis de las recomendaciones para la implementación.

- Desarrollar normas y políticas que contemplen los derechos de participación, consulta y consentimiento, y no sólo el de consulta previa.
- Generar espacios consultivos y de participación permanente en las instituciones que elaboran y ejecutan programas de desarrollo.
- Desarrollar modelos de gestión de formas de participación indígena en todo el ciclo de elaboración, aplicación y evaluación

de las diferentes políticas de desarrollo (desde cuando se definen los lotes petroleros, por ejemplo).

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

REFERENCIAS

- Anaya, S. J. (2004). "International human rights and indigenous peoples: The move toward the multicultural state", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 21, No. 1, pp. 13-62.
- Clavero, B. (1986). *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. México: Siglo XXI Editores.
- Consejo de Administración de la OIT (2004). 289ª reunión. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, GB.289/17/3, p. 89.
- Convenio 169 de la OIT. Disponible en <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C169>.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2008). aprobada en septiembre 2007. Disponible en http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf
- Yrigoyen Fajardo, R. (2006). "Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo

andino” (pp. 537-567), en Mikel Berraondo (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Madrid: Universidad de Deusto.

Yrigoyen Fajardo, R. (2008). *Tomando en serio y superando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación. A propósito de la integración de la Declaración y el Convenio 169 de la OIT por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Saramaka vs. Surinam*.

ANEXO

Cuadro comparado sobre los derechos de participación, consulta previa y consentimiento¹¹

	Participación	Consulta previa	Consentimiento libre, previo e informado
Concepto	Por este derecho los pueblos intervienen en todas las fases del ciclo de elaboración, aplicación o evaluación de planes, políticas y programas de desarrollo nacionales o regionales que les puedan afectar.	Por este derecho el Estado está obligado a implementar procesos de diálogo de buena fe con los pueblos indígenas antes de adoptar medidas administrativas o legislativas concretas que puedan afectarles.	Por este derecho, el Estado no sólo está obligado a hacer una consulta o garantizar la participación indígena en caso de políticas, planes, programas o medidas, sino que, dado el derecho en juego (existencia, integridad), no puede adoptar una decisión sin el expreso consentimiento de los pueblos.
Objetivo	El objetivo es que a través de la participación se asegure que en las políticas, programas o proyectos que van a adoptarse por el Estado, estén plasmadas las prioridades de desarrollo de los pueblos, que los proyectos prioricen el mejoramiento de la vida de los pueblos, y que no se afecte su integridad.	El objetivo es obtener el consentimiento del PI o llegar a un acuerdo. Si se llega a un acuerdo, el Estado queda vinculado. Si no se llega a un acuerdo, el Estado puede tomar la decisión y debe motivar su acto. Aunque no se llegue a un acuerdo, el Estado debe asegurar el mejoramiento de los PI, otorgar beneficios, y no debe afectar su integridad.	El objetivo es garantizar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas que puedan verse afectados por una política, un proyecto o una actividad. Por ejemplo: - Traslados territoriales (Convenio 169, art. 16) - Actividades militares (Declaración, 2008). - Megaproyectos que puedan afectar la integridad de pueblos (sentencia CIDH: Saramaka vs. Surinam, 2007)

¹¹ Este cuadro ha sido construido sobre la base del Anexo 1 del artículo ya citado de Yrigoyen (2008).

¿Cómo?	La participación o intervención de PI puede ser: - en forma de cupos permanentes (por ejemplo, en entidades electivas como el Congreso, o administrativas), - mediante representantes permanentes, - de modo puntual cuando el Estado va a adoptar ciertas políticas.	La consulta se hará por el Estado a través de las organizaciones representativas de PI, de buena fe, brindando información previa y suficiente, mediante procedimientos adecuados (en los idiomas que comprendan los PI). No hay buena fe si el Estado ya tiene una decisión adoptada antes del proceso de consulta.	Al emprender un proceso de participación (en caso de políticas, programas o proyectos) o de consulta (en caso de medidas concretas), el Estado, por la materia en cuestión —actividades que puedan afectar derechos fundamentales de pueblos—, debe informar con anticipación de beneficios y riesgos, y pedir expresamente su consentimiento libre. Sin consentimiento, el Estado no puede adoptar acto o medida.
¿Ante qué casos o materias?	Elaboración, aplicación o evaluación de planes, políticas y programas de desarrollo nacionales o regionales.	Adopción de medidas administrativas o legislativas.	Dependiendo del derecho en juego, es una garantía adicional a la participación y consulta en caso de proyectos, políticas o medidas concretas que puedan afectar la existencia o integridad de los pueblos (como traslados).
¿Cuándo?	Antes, durante y después de la adopción de planes, políticas y programas susceptibles de afectar a pueblos indígenas.	Antes de que el Estado adopte medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar a los pueblos.	Antes de adoptar medidas o proyectos que puedan afectar derechos fundamentales de los pueblos relativos a su existencia o integridad biológica o cultural (modo de vida de acuerdo a su propia cultura y costumbres).
¿Quién decide?	El Estado y los pueblos indígenas	El Estado	El Estado, pero sólo con consentimiento de los pueblos.

Papel del Estado	<p>Procesal: Debe generar condiciones para que las autoridades estatales y los pueblos indígenas adopten conjuntamente políticas, planes y programas. Co-decide con los pueblos.</p> <p>Sustantivo: -Asegura respeto de prioridades de desarrollo de los pueblos. - El mejoramiento de la vida de pueblos - No afectar su integridad.</p>	<p>Consulta: busca consentimiento o acuerdo y adopta medidas, motivando su acto. -Si se llega a acuerdo, el Estado queda vinculado al mismo. - Si no se llega a acuerdo, el Estado tiene la atribución de decidir. -Pero siempre debe: en lo procesal, justificar su acto y explicar cómo ha considerado lo que dicen los pueblos. Y en lo sustantivo, asegurar las prioridades de desarrollo de los PI, beneficios (no sólo indemnizaciones), y no afectar integridad de PI.</p>	<p>En los casos en que se exige este requisito, el Estado sólo puede tomar la decisión en caso de que logre el consentimiento de los pueblos. No puede adoptar una decisión sin tal consentimiento o sin un procedimiento legal que lo autorice. (por ejemplo, traslado territorial, megaproyecto, etc). - El consentimiento no exime al Estado de buscar el desarrollo y mejoramiento del pueblo, ni autoriza al Estado a vulnerar la vida o integridad. Se requiere el consentimiento porque hay un riesgo potencial. Si hubiera seguridad de que el acto va a afectar o extinguir a un pueblo, el Estado no puede adoptar tal acto o medida ni con el consentimiento del PI.</p>
En todos los casos, el Estado debe:	<p>Informar de modo previo y completo. Actuar de buena fe (supone que el Estado decidirá luego del resultado de estos procesos y considerando lo que digan los PI. Si ya tiene una decisión tomada, por ejemplo, una licitación ya concedida, no hay buena fe). Tratar con representantes de los pueblos (no con individuos). Motivar su acto, explicando cómo ha llevado a cabo el proceso y cómo ha considerado lo que dicen los pueblos. Garantizar (decida lo que decida) que, en lo sustantivo, a) la medida respeta al máximo posible las prioridades de desarrollo de los pueblos; b) el proyecto prioriza el mejoramiento de los pueblos, y c) la medida o proyecto en ningún caso afecta la existencia o integridad física o cultural de los pueblos, y toma medidas para minimizar riesgos.</p>		

Papel del pueblo indígena	Participa en la adopción de la decisión conjuntamente con el Estado. Co-decide al ser parte de instancias electivas o representativas, o mediante representación puntual para cada caso específico.	Participa en el proceso de consulta. Puede dar su consentimiento o, si no, entrar en una negociación para llegar a un acuerdo que le convenga. -Valora y negocia beneficios o ganancias, e indemnizaciones. Puede no llegar a un acuerdo y sabe que el Estado decide, pero debiendo considerar sus planteamientos y respetando siempre sus derechos sustantivos. PI No decide. Puede reclamar si el Estado vulnera derecho a la consulta u otros derechos afectados.	Tiene derecho a dar o no dar su consentimiento. No decide, pero la decisión del Estado depende de su consentimiento.
Base Legal Convenio 169 (algunos artículos ilustrativos)	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 la autonomía Art. 33,2	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

Declaración ONU (algunos artículos ilustrativos)	Art. 4, 5 Art. 14,3 Art. 18 Art. 22,2 Art. 23 Art. 27 Art. 29,3 Art. 31,2 Art. 37 Art. 41	En consulta y cooperación Art. 15,2; Art. 17,2 Art. 19 Art. 32,2 Art. 36,2 Art. 38	Art. 10 Art. 19 Art. 28,2 Art. 29,2 Art. 30 Art. 32,2
---	--	--	--

El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia

GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ*



Este documento ofrece una mirada sobre la forma como se han realizado las consultas previas en Colombia, y pretende evidenciar los problemas que en el desarrollo de este mecanismo de participación se han presentado, con el fin de proponer algunas salidas a los mismos. De igual manera, hace mención de los casos en los cuales es obligatoria la realización de la consulta, y profundiza en las decisiones de carácter ambiental.

Finalmente, se refiere a la importancia que representa la consulta previa en la pervivencia de nuestras culturas, y a la necesidad de consolidar propuestas que involucren otras visiones del desarrollo además de generar la organización de instancias necesarias para que se pueda garantizar el derecho a la participación y a la consulta, y así lograr la protección de la integridad étnica, social y cultural de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos como un aporte al logro de la paz y a la pervivencia de los pueblos.

Palabras clave: consulta previa, participación, pueblos indígenas, afrocolombianos.



The role of consultation in the survival of indigenous peoples and other ethnic groups in Colombia

This document offers a glance on the way previous consultations have been made in Colombia and tries to show the problems that have appeared in the development of this participation mechanism, with the purpose of prescribing some exits to them. Also mentions the cases in which the accomplishment of the consultation is obligatory and deepens in the decisions of environmental character. Finally, it makes reference to the importance

* Directora de la Especialización y de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. <http://gloriamparodriguez.blogspot.com/> - grodrig@urosario.edu.co

of previous consultation in the conservation of our cultures and in the necessity to consolidate alternative proposals to the concept of development; looking for the generation of instances that can guarantee the rights to participation and consultation, and thus, to obtain the protection of ethnic, social and cultural integrity of the indigenous towns and other ethnic groups as a contribution in the profit of peace.

Key words: Prior consultation, participation, indigenous people, AfroColombians.

INTRODUCCIÓN

“En la consulta previa lo que hay de por medio es la vida”. Esto dice la líder indígena Albenis Tique en alguno de los tantos espacios públicos donde se hace referencia a este tema tan polémico. Lo que plantea Albenis es cierto, porque este mecanismo de participación está concebido para la protección de la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos, cuando se van a tomar decisiones que puedan afectarles.

La consulta previa es “un valioso instrumento que permite impulsar el respeto por los derechos étnicos y los derechos humanos colectivos de las comunidades indígenas y negras, como son el derecho al territorio, a la identidad, a la autonomía, a la participación plural y en general a su Plan de Vida” (DGAI et ál., 1999, p. 9). Lo anterior significa que la consulta previa se constituye en un mecanismo para avanzar en el reconocimiento real de los derechos humanos de los pueblos o las comunidades étnicas, el cual se aplica cuando se va a expedir una norma o un acto administrativo, cuando se vaya a realizar un proyecto o a adoptar programas o políticas que incidan en sus vidas, en sus territorios o en sus formas organizativas.

La participación que se da a través de la consulta previa es de obligatoria aplicación no sólo para los pueblos indígenas sino también para las comunidades afrocolombianas, raizales y gitanas, cuando:

- Se desee expedir una medida del orden nacional, departamental o local susceptible de afectar a estas comunidades.
- Se vayan a erradicar cultivos de uso ilícito en sus territorios.
- Se pretenda realizar procesos de investigación científica o arqueológica.
- Las Fuerzas Armadas, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) u organismos de seguridad del Estado pretendan desarrollar actividades en sus territorios.
- Se desee realizar la adopción de menores de edad pertenecientes a estos grupos étnicos.

- Se proyecte otorgar autorizaciones para realizar proyectos o utilizar recursos naturales renovables en sus territorios.
- Se vayan a ejecutar proyectos de exploración, prospección y explotación de recursos naturales no renovables en sus territorios.
- Se tramiten procesos administrativos ambientales que puedan afectarles, como por ejemplo licencias ambientales para la realización de proyectos, obras o actividades, u otorgar permisos ambientales para la utilización de recursos naturales.
- Se pretendan adoptar los regímenes especiales de manejo en el caso de traslape de parques con territorios indígenas.
- En los casos de traslado de las comunidades de sus tierras tradicionales a otro lugar.
- Se realice el diseño y la implementación del Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas, y se establezcan los planes de salvaguardia étnica ante el conflicto armado y el desplazamiento forzado, para cada uno de los pueblos indígenas señalados por la Corte Constitucional. Adicionalmente, en el caso de la población afrocolombiana, cuando se realice el diseño y la puesta en marcha de los planes específicos de protección y atención para cada una de las comunidades afrocolombianas en situación de desplazamiento y confinamiento, y el plan de caracterización de los territorios colectivos y ancestrales habitados mayoritariamente por esta población.¹

Este tema es de tanta trascendencia por ser la consulta previa un derecho fundamental y porque infortunadamente, a pesar de la cantidad de consultas realizadas hasta la fecha como lo veremos más adelante, la tendencia que se presenta es a la confrontación y al conflicto en su aplicación, por razones que tienen que ver con el alcance, el procedimiento para su realización y la manera en que lo señalado por las comunidades es tomado en cuenta en la decisión final. Lo anterior evidencia las diferentes visiones que se poseen en relación con este mecanismo de participación.

En este escenario de divergencia, y teniendo en cuenta la importancia que tiene la consulta previa, consideramos que es hora de prevenir y resolver todos estos inconvenientes para lograr una salida que posibilite que en las decisiones, los proyectos y programas que se realicen, no se vulneren los derechos de estas comunidades a la participación, a la

¹ Corte Constitucional, Autos 004 y 005 de 2009. Protección de los derechos fundamentales de las personas y los pueblos indígenas y afrocolombianos desplazados por el conflicto armado en riesgo de desplazamiento forzado. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

consulta y al propio desarrollo. Es necesario que tanto las instituciones como los dueños de los proyectos y las comunidades efectúen un análisis sobre las consultas realizadas, y que se superen los problemas que se han presentado para que los mismos no terminen, casi siempre, siendo resueltos por los jueces.²

En este texto presentaremos un avance del análisis de la realización de las consultas previas que venimos realizando desde hace varios años, el cual parte de identificar algunas de las problemáticas que en desarrollo de este mecanismo de participación se han identificado. Posteriormente, realizaremos una descripción de la implementación de esta figura en procedimientos administrativos ambientales, describiendo las dificultades que se generan en el desarrollo de la consulta previa, y se hace énfasis en la necesidad de contar con una óptima metodología que sea concertada previamente con las comunidades para su desarrollo. Finalmente, se propone avanzar de la consulta previa al consentimiento previo, libre e informado, y se sugieren unas estrategias para superar las trabas que se han presentado.

ALGUNAS PROBLEMÁTICAS EN RELACIÓN CON LA CONSULTA PREVIA

Las comunidades étnicas han planteado sus inquietudes sobre el desarrollo que han tenido las consultas previas realizadas en nuestro país. Manifiestan cómo, en muchos de los casos, no han tenido la oportunidad de ser escuchadas de manera efectiva en estos procesos o que sus sugerencias no son tenidas en cuenta al momento de realizar la consulta y de tomar la decisión definitiva sobre los proyectos y demás determinaciones. Consideran que ésta es una instancia que les debe permitir incidir de manera real en las decisiones, y hacer efectivo el ejercicio de su derecho a la libre determinación y a la autonomía.

De igual forma, tanto los pueblos indígenas como las comunidades afrocolombianas han manifestado su inconformidad porque juzgan que a través de este proceso solamente se busca darle viabilidad a los proyectos, por lo cual reclaman para que en la parte final se tenga en cuenta lo que han dicho las comunidades dado que a través de la consulta previa no es factible oponerse a las políticas de desarrollo tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional y la misma Organización Internacional del Trabajo (OIT):

Ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afectan a todo el país [...] El

² Véase Corte Constitucional, sentencias T-428 de 1992, SU-039 de 1997, T-652 de 1998, SU-383 de 2003, T-880 de 2006, C-039 de 2008, C-175 de 2009, entre otras.

artículo 7º (del Convenio 169) exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones. Lo anterior significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo (OIT, s. f.).

De otra parte, en el marco de estas discrepancias, otra dificultad que se evidencia tiene que ver con la expedición, sin realizar la consulta previa, de una norma que reglamenta el procedimiento para la misma (Decreto 1320 de 1998), la cual termina violando los derechos de las comunidades y el mismo derecho a la consulta y a la participación. Esta norma ha sido cuestionada incluso por la misma Corte Constitucional en casos como el de la Represa de Urrá, donde este Tribunal ordenó al Ministerio del Interior y de Ambiente que no se aplicara porque según el fallo proferido, el mencionado decreto “resulta a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991”.³

De igual forma, el Decreto 1320 de 1998 es cuestionado, además del hecho de no haber sido consultado, por el procedimiento que se establece para realizar la consulta, el cual no respeta los tiempos con los cuales deben contar las comunidades para realizarla, y porque en él se establece que la consulta solo puede hacerse en los territorios debidamente titulados.

Adicionalmente, los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos a los cuales se le aplica la consulta previa argumentan que otro menoscabo que se presenta en estos procedimientos se relaciona con el hecho de no ser reconocidos todos sus sistemas de autoridad en los procesos de participación, y cuando se otorgan certificaciones por parte del Ministerio del Interior y de Justicia, señalando incluso que no existen comunidades en las áreas de los proyectos, cuando en verdad sí habitan estas zonas desde tiempos ancestrales.⁴ Con el fin de tener certeza en las certificaciones, sería recomendable contar con un inventario permanentemente actualizado y con cartografía sobre las áreas donde habitan estas comunidades.

Ante estas situaciones, en la tarea de buscar una salida a dichas inquietudes consideramos que en estos procesos juega un papel fundamental, en primer lugar en la etapa de preparación de la consulta, el Ministerio del Interior y de Justicia a través del Grupo de Consulta Previa en unión con los organismos de control (Procuraduría General

Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Sobre el particular se sugiere ver: Corte Constitucional, sentencia 880 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

de la Nación, Defensoría del Pueblo y Personería). Estas instituciones deben asegurarse de que las comunidades tengan un pleno conocimiento del proceso que se va a iniciar, de las implicaciones del mismo, y de la trascendencia que tiene esta figura en la protección de la integridad de las comunidades. En segundo lugar, durante la etapa de realización de la consulta debe garantizarse que el procedimiento se realice teniendo en cuenta los tiempos y la cultura; el mismo debe llevarse a cabo cumpliendo con los requisitos de buena fe, con un procedimiento adecuado y, por supuesto, que éste no se constituya en un simple trámite que soslaye la real participación de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos. Finalmente, que se refleje en la parte final que la comunidad ha tenido pleno conocimiento de los proyectos, que identificaron los aspectos positivos y negativos de los mismos, cómo influyen en su forma de vida y existencia, y que se establezcan las medidas de protección de la integridad de las comunidades.

LA CONSULTA PREVIA EN ASUNTOS AMBIENTALES

Consideramos pertinente, para ilustrar algunos de los tropiezos planteados, mirar cómo se han realizado las consultas previas en asuntos ambientales. Iniciaremos por mencionar que la gestión del ambiente y de los recursos naturales renovables, y la recuperación, conservación, protección, el ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento de los mismos para el logro del desarrollo sostenible, se encuentran en cabeza de las instituciones que hacen parte del Sistema Nacional Ambiental y que, para su logro, se adelantan diferentes procesos administrativos entre los cuales debemos destacar las licencias ambientales, mediante las cuales se otorga autorización para la ejecución de un proyecto, obra o actividad que de acuerdo con la ley y los reglamentos pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medioambiente, o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje. También están los permisos ambientales, mediante los cuales se autoriza la utilización de los recursos naturales y del ambiente, como el Permiso de Aprovechamiento Forestal, de Emisiones Atmosféricas, de Vertimiento, entre otros.

Otros procedimientos ambientales son el de acceso a recursos genéticos y el permiso de estudio con fines de investigación científica. El primero es una autorización con el propósito de realizar investigación, prospección biológica, conservación, aplicación industrial o aprovechamiento comercial, y el segundo corresponde a la autorización de un proyecto de investigación científica en diversidad biológica que involucre las actividades de captura, caza, colecta, recolecta, pesca y

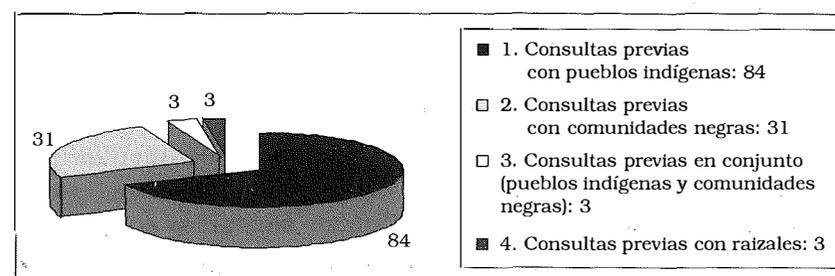
manipulación del recurso biológico y su movilización dentro del territorio nacional.⁵

También está el Régimen Especial de Manejo, que es una estrategia de planeación concertada entre la autoridad ambiental y la autoridad pública indígena, que busca definir acuerdos sobre el uso, control y coadministración de los recursos naturales presentes en el área de traslape. Los mismos deben responder a un proceso social de conservación de la biodiversidad que integre y enriquezca recíprocamente los saberes y las visiones asociadas de los pueblos indígenas, garantizando la conservación de la biodiversidad y la supervivencia étnica y cultural de las comunidades presentes en el área. Es importante señalar que, actualmente, la Unidad de Parques Nacionales Naturales viene adelantando procesos de consulta previa para la modificación del Decreto 622 de 1977 en relación con las Áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales y con la declaración de nuevas áreas.⁶

Todos estos procedimientos antes señalados deben contar con espacios idóneos de participación, y cuando alguno de estos proyectos afecte a los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, debe realizarse la consulta previa al igual que cuando se vayan a modificar los mismos.

En estos casos es importante señalar que, desde 1994 hasta el mes de julio del presente año, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial había realizado un total de 121 consultas previas, de las cuales 84 han sido con pueblos indígenas, 31 con comunidades afrocolombianas, en 3 casos se han realizado consultas con ambos pueblos y 3 con comunidades raizales (figura 1).⁷

Figura 1. Consultas previas por etnias



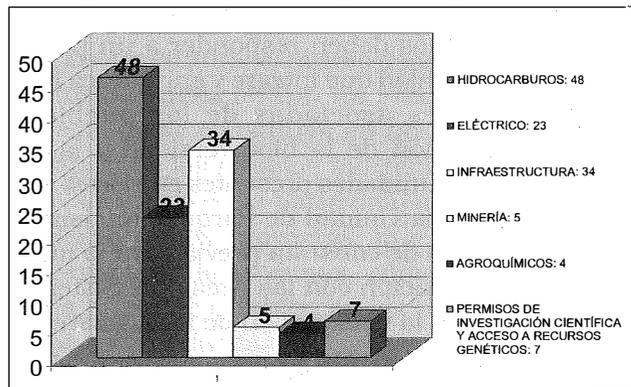
⁵ Véase <http://www.minambiente.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=138&conID=2185>. [Fecha de consulta: enero 10 de 2009].

⁶ Véase <http://www.parquesnacionales.gov.co/PNN/portel/libreria/php/decide.php?patron=01.06110201>. [Fecha de consulta: agosto 10 de 2009].

⁷ Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, respuesta derecho de petición. Radicado MAVDT 4120-E1-81394 del 21 de julio de 2009.

Por sectores, las consultas previas se han efectuado así: hidrocarburos 48, eléctrico 23, infraestructura 34, minería 5, agroquímicos 4, y permisos de investigación científica y acceso a recursos genéticos 7 (figura 2).

Figura 2. Consultas previas por sector.



Estas cifras dan testimonio de un acumulado que nos ha llevado a concluir sobre la necesidad de que el abordaje del tema de consulta previa debe hacerse desde la visión de los derechos humanos y no como un mecanismo para simplemente aprobar los proyectos. En este sentido, es necesario que el proceso de consulta previa sea enmarcado dentro de una estrategia que tenga en cuenta la necesidad de proteger tanto nuestro patrimonio natural como cultural.

Desde esta perspectiva, consideramos que la lección está aprendida y que este número de consultas nos debe llamar a la reflexión sobre la necesidad de buscar salidas consensuadas a los problemas que se presentan para hacer efectivo este proceso, entre las cuales proponemos, en primera instancia, tener en cuenta los siguientes aspectos:

a) Consultar antes de decidir

Una manera eficiente para resolver estos obstáculos podría partir de entender que la consulta previa es “previa”, es decir, que debe realizarse antes de tomar la decisión que puede afectar las comunidades. Adicionalmente, es esencial tener en cuenta que las comunidades tienen sus tiempos, sus autoridades y sus cosmovisiones que implican un reto para que los mismos se tengan en cuenta al momento de realizar los procedimientos.

No consultar antes de decidir conlleva consecuencias graves, un ejemplo de esto es cuando no se surte de manera anticipada la realización de la consulta previa a la toma de decisión en los términos del Convenio 169, en la expedición de una norma. Aquí se estaría

generando su inexecutableidad, es decir, su inconstitucionalidad, tal y como se presentó con la Ley 1021 de 2006 (Ley General Forestal), y en la Ley 1152 de 2007 (Estatuto de Desarrollo Rural), por la falta no sólo de la debida información, sino del conocimiento de los impactos que el proyecto pueda significar para las comunidades, y por la no generación de espacios de concertación adecuados.

Otro caso se vincula con los programas, planes y proyectos que también deben surtir el proceso de consulta previa. Mediante la sentencia C-461 de 2008, la Corte Constitucional decidió declarar exequible la Ley 1151 de 2007 correspondiente al Plan Nacional de Desarrollo, pero suspendió la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales que tuvieran la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realizara en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional.⁸

Por otra parte, cuando se presenta la autorización de proyectos sin la realización de la consulta, se acude a la acción de tutela como el mecanismo más idóneo para la protección del derecho fundamental a la participación y a la consulta previa, buscando proteger la integridad social, cultural y económica de las comunidades que deben contar con un conocimiento pleno sobre los proyectos; deben ser enteradas y deben poder libremente valorar conscientemente las ventajas y desventajas de los proyectos para poder pronunciarse sobre los mismos (sentencia SU-039 de 1997).

La falta de consulta previa se ha evidenciado en nuestro país en varios casos como el de la construcción de la Troncal del Café que afectó el resguardo indígena Emberá-Chamí de Cristiana en Jardín, Antioquia; el de los U'wa para la exploración en el Bloque Samoré, y en el caso de la construcción y operación de la Fase 1 del Puerto Multipropósito Brisa localizado en jurisdicción del municipio de Dibulla en La Guajira.

En este último proyecto se han presentado protestas por parte de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta (Arhuaco, Kogi, Wiwa y Kakuamo), que señalan que no fueron consultados, y que este proyecto había sido negado previamente en el año 1998, cuando el mismo había sido presentado para un puerto carbonífero por la Empresa Prodeco, en cuyo momento se realizó la consulta y se había negado la licencia ambiental.⁹ Las comunidades señalan que este proyecto afecta

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-461 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹ Ministerio de Ambiente, Resolución 621 de 1998.

el territorio y el sitio sagrado Jukulwa,¹⁰ donde realizan ceremonias tradicionales fundamentales para mantener su cultura. Actualmente se está solicitando la modificación de la licencia ambiental para que, además, el proyecto sea carbonífero, es decir, para retomar el proyecto negado a Prodeco a finales de los años noventa. Tan grave es la situación que incluso en el momento de la realización del presente documento no se ha hablado, y mucho menos, se ha llevado a cabo la consulta previa.¹¹

b) Dónde se ubican las comunidades

Una manera de solucionar los escollos que se presentan con relación a las certificaciones sobre la existencia de estas comunidades¹² es que las instituciones competentes cuenten con información suficiente y clara acerca de la existencia de territorios donde habitan estas comunidades en las diferentes zonas del país. No deben presentarse dudas, y las bases de datos deben ser sólidas y ofrecer seguridad tanto para las comunidades como para los dueños de los proyectos sobre su existencia.

Por eso, de ser necesario, el Ministerio del Interior y de Justicia debe ir a las zonas, y no se debe continuar otorgando certificaciones simplemente con la verificación de esta información con pruebas aéreas recogidas en un sobrevuelo,¹³ se requiere de información certera recogida en visitas de campo y con cartografía, con un sistema de georreferenciación y bases de datos que faciliten el proceso de certificación de la presencia de pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas.

Además, en relación con el lugar donde se encuentran las comunidades, es importante tener en cuenta el área de influencia de los proyectos, no sólo en lo referente a los impactos ambientales, sino

¹⁰ Las resoluciones 02 de 1973 y 837 de 1995, del Ministerio del Interior tienen que ver con la delimitación tradicional del territorio indígena y la protección de la diversidad cultural a través de hitos periféricos de la Línea Negra, donde se encuentra señalado este sitio sagrado.

¹¹ Véase Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Expediente 2619, puerto multipropósito Brisa.

¹² Cuya competencia es del Ministerio del Interior, actualmente a través del Grupo de Consulta Previa.

¹³ Para ilustrar esto se puede ver el caso del proyecto de perforación exploratoria Álamo I con el pueblo indígena Motilón Bari. Corte Constitucional, sentencia T-880 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis. En este caso, el Tribunal señala que se observa entonces no solo la vulneración del derecho fundamental a la consulta previa, sino además la profunda lesión infringida a la confianza legítima que las autoridades tradicionales indígenas depositan en las autoridades públicas, sumado al desconocimiento del deber de ceñirse a los postulados de la buena fe, de respetar los derechos ajenos, de no abusar de las prerrogativas, de defender y difundir los derechos humanos, de propender por el logro y el mantenimiento de la paz, y de proteger los recursos culturales y naturales del país.

también en las afectaciones culturales, lo cual quiere decir que en el proceso de evaluación se deben apreciar los menoscabos que generan los proyectos en lo referente a la integridad cultural de las comunidades, lo cual conlleva la necesidad de determinar una área de influencia en este sentido.

c) Buena fe y procedimiento adecuado

Como lo plantea el Convenio 169 de la OIT, la consulta previa debe ser realizada de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias, y brindando facilidades para que las comunidades se expresen libremente, a partir de contar con conocimientos suficientes sobre los proyectos o las decisiones que se pretendan adoptar. Sobre este tema, la Carta Política señala que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que adelanten (art. 83 CN).

La buena fe en la realización de la consulta previa significa que debe existir un ambiente de confianza y claridad en el proceso, el cual se genera a partir de la información dada a las comunidades en forma anticipada e integral (transparente y completa), y por la seguridad de la no intervención deshonestas de las partes.

Además, implica entender que la consulta está concebida no como una reunión o un proceso donde las comunidades simplemente se dedican a escuchar a los dueños de los proyectos y eso es todo. Por el contrario, la consulta debe permitir que las comunidades no sólo reciban información sobre los proyectos, sino que se pronuncien sobre los mismos y que sean tenidas en cuenta sus percepciones, propuestas y argumentaciones. De no ser así, no tendría objeto la consulta previa si las comunidades no tienen la oportunidad de expresarse tal y como corresponde, teniendo en cuenta, además, que nadie conoce de manera más idónea que ellos los impactos ambientales, culturales, sociales y territoriales que puedan generar los proyectos.

El procedimiento de consulta previa se considera adecuado en la medida en que la comunidad plantea sus inquietudes y objeciones al proyecto, por eso es importante que los procesos sean comprensibles para sus integrantes, teniendo en cuenta sus lenguas, y que los tiempos sean los necesarios para que el proceso sea continuo e integral, en el entendido de que:

[...]la consulta es un derecho. Se realiza mediante el diálogo y expresa el sentir de la comunidad. La comunidad pregunta para conocer los aspectos positivos y negativos del proyecto. La comunidad evalúa las ventajas y las desventajas del proyecto con la información que le proporcionan la empresa y las instituciones. La comunidad propone

medidas que prevengan, mitiguen, corrijan compensen los posibles impactos negativos. La comunidad propone medidas para el aprovechamiento de los impactos positivos (Ministerio del Interior y de Justicia, 2006, p. 5).

Sin embargo, principios y derechos como éstos no han tenido aplicación efectiva en nuestro país en casos como la expedición de la Ley Forestal y del Estatuto de Desarrollo Rural, y en casos como el de los U'wa o el de Urrá, entre otros.¹⁴ En consecuencia, le ha correspondido a la Corte Constitucional proteger y garantizar el derecho de los pueblos indígenas y de las demás comunidades étnicas a la participación y a la consulta.

d) Sistema de representación

Como se planteó anteriormente, en algunos casos no se tienen en cuenta los sistemas de representación de las comunidades. La Guía para la Aplicación del Convenio 169 señala al respecto que los gobiernos no pueden consultar a cualquiera que declare representar a la(s) comunidad(es). Las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar las consultas, deben identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos (OIT, s. f.).

Lo anterior significa que la consulta previa debe ser realizada con las instituciones representativas de los pueblos y con todas sus formas organizativas, es decir, con sus autoridades tradicionales o espirituales, y sus organizaciones locales, regionales y nacionales, partiendo de entender que el respeto a la autonomía de los pueblos implica el reconocimiento de su sistema de autoridad y gobierno propio, de sus procesos internos para la toma de decisiones, a fin de llegar a los acuerdos y a la participación en general, la cual se caracteriza por ser casi en su mayoría de carácter colectivo. La consulta previa no puede limitar las dinámicas de las comunidades, y debe responder a los principios y fundamentos de las culturas, y a las realidades étnicas, a las cosmovisiones y tradiciones.

Este proceso debe adelantarse teniendo en cuenta tanto la representación como la autoridad de los pueblos indígenas y las comunidades afrocolombianas, la interculturalidad y la lengua. Es decir, la consulta debe llevarse a cabo con las instituciones tradicionales y a través de sus autoridades o las organizaciones que las representen, que son las indicadas para manifestar los impactos sociales y culturales que un proyecto o una decisión pueda generar.

¹⁴ Véase Corte Constitucional, sentencias SU-383 de 2003, T-880 de 2006, C-030 de 2008 y C-175 de 2009.

Se presentan diversos sistemas de autoridad y tipos de organizaciones políticas, y en ellas podemos encontrar varios niveles que reflejan la diversidad cultural que existe incluso entre ellas mismas, y todas estas instancias deben ser tenidas en cuenta en la consulta previa. En consecuencia, en estas reuniones de consulta, tanto para comunidades afros como indígenas, es necesario que participen todos sus miembros y sus representantes, con ello se está garantizando la participación real y efectiva de los grupos étnicos, y que dichos procesos no sean manipulados por algunos líderes que terminan defendiendo intereses personales que en nada benefician a estos pueblos.

En el caso de los pueblos indígenas el Estado, con la Mesa Permanente de Concertación de Pueblos Indígenas, debe acordar las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos, además de evaluar la ejecución de la política indígena del Estado y hacerle seguimiento al cumplimiento de los acuerdos. Le corresponde a esta mesa concertar el procedimiento transitorio y lo demás que se requiera para la participación, consulta y concertación con los pueblos o las comunidades indígenas (Decreto 1397 de 1996). También deben participar las organizaciones que representan a estos pueblos.

En el caso de las comunidades negras o afrocolombianas, otro espacio importante, pero no el único, son las Comisiones Consultivas (de alto nivel y departamentales), una instancia de concertación específica de dichas comunidades. El sistema de autoridad de las comunidades afro está representado en los Consejos Comunitarios y en la Junta de los Consejos Comunitarios, que son las autoridades que integran, canalizan, unifican y coordinan los grupos organizados y las autoridades tradicionales preexistentes con el objeto de que las propias comunidades asuman su proyecto histórico de autoridad y poder, y el protagonismo que les corresponde para el mejoramiento de la calidad de vida de esta población. Con éstas también debe consultarse.

El Ministerio del Interior y de Justicia ha señalado que, para que tenga el valor de consulta, la información y la notificación deben trascender la decisión, que es necesario que se presenten fórmulas de concertación y de acuerdo con la comunidad, y que finalmente ésta manifieste a través de sus representantes autorizados su conformidad o inconformidad y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica (sentencia SU-039 de 1997).¹⁵

¹⁵ Ministerio del Interior y de Justicia, oficio OF108-6621-DET-1000 dirigido al doctor Juan Lozano Ramírez, ministro de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 7 de marzo de 2008.

e) Reglamentación del procedimiento

Como se planteó anteriormente, un problema complejo en cuanto a la consulta previa tiene conexión con la forma como el procedimiento debe llevarse a cabo. Encontramos una reglamentación muy cuestionada para el caso de la explotación de los recursos naturales dentro del territorio de las comunidades afros e indígenas, y no hay reglamentación para el caso de medidas legislativas ni para los demás procesos de consulta.

Dado que el Convenio 169 no establece reglas de procedimiento, la Corte Constitucional ha señalado que en tanto las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra el Convenio y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de la buena fe, lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente (sentencia C-030 de 2008).

Consideramos en este marco que, dados los inconvenientes presentados y el rechazo que éste genera, es importante avanzar en la derogatoria del mencionado Decreto 1320 de 1998 sobre el procedimiento para la realización de la consulta previa. Esto se ha solicitado por parte de las comunidades desde el mismo momento de su expedición, y aún no se ha hecho. Cualquier decisión que se tome sobre el procedimiento de consulta debe ser discutida ampliamente y concertada con las comunidades de manera anticipada, a través de amplios espacios de participación. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que el procedimiento de consulta debe estar sometido a una consulta previa, a fin de que el trámite de concertación y consenso con las comunidades 1) no se reduzca a un simple acto informativo o notificación de la medida; y 2) reconozca y proteja las prácticas tradicionales diversas de los pueblos indígenas y tribales, las cuales podrían verse desconocidas si los entes gubernamentales imponen determinado mecanismo de consulta que, en razón de no haberse acordado con las comunidades, no resulte compatible con el mandato constitucional de preservación de la diversidad étnica y cultural (sentencia C-175 de 2009).

Los pueblos indígenas y las comunidades afro han planteado en diversos momentos la necesidad de contar con procedimientos para realizar la consulta previa que puedan atender sus necesidades culturales (tiempos, espacios, cosmovisiones), los cuales deben responder adicionalmente al desafío de lograr el diálogo de saberes, de visiones y de modelos de desarrollo. Inicialmente se propuso la elaboración de un

documento marco flexible o de unos lineamientos que consideraban más ventajoso para los diversos pueblos; un documento que no fuera tan rígido, que fuese más dinámico que una norma. De esta forma, consideraban que se podría lograr un mayor consenso dado que un decreto o una norma con estas implicaciones generalmente termina en los estrados judiciales. Consideran que de esta manera se garantizan los principios y fundamentos de las culturas que deben prevalecer siempre en la consulta (Ministerio del Medio Ambiente, 1998).

Actualmente el Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia viene adelantando un proceso mediante el cual ha presentado un proyecto de ley estatutaria para la reglamentación de la consulta previa para grupos étnicos. Es un proyecto preliminar que se encuentra en discusión el cual, como es lógico, debe ser consultado previamente con las comunidades.

f) La consulta previa en procesos legislativos

Las decisiones nacionales, departamentales y locales que afecten de manera directa a las comunidades étnicas deben ser previamente consultadas, independientemente de que la afectación sea positiva o negativa. Esto ha quedado claro por las decisiones de las Altas Cortes en los casos de la Ley General Forestal, del Plan Nacional de Desarrollo y el Estatuto de Desarrollo Rural.

De acuerdo con los señalamientos de la Corte Constitucional, para que se cumpla con el requisito de la consulta previa en medidas legislativas es necesario poner en conocimiento de las comunidades la norma propuesta por intermedio de instancias suficientemente representativas, e ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas y darles oportunidades efectivas para que se pronuncien.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-030 de 2008, en el caso de la no realización de la consulta previa de la Ley General Forestal, ha señalado que en esta materia es preciso entonces establecer tres aspectos: 1) ¿cuándo resulta obligatoria la consulta previa en medidas legislativas; 2) ¿en qué condiciones de tiempo, modo y lugar debe producirse esa consulta? y, 3) ¿cuál es la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de la consulta?¹⁶

La consulta previa es obligatoria cuando una medida legislativa sea susceptible de afectar directamente a las comunidades, en cuyo caso, dado que no existe por el momento un procedimiento para estos procesos, se debe atender a lo consagrado en el Convenio 169, y el trámite de la

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-030 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

consulta debe someterse al principio de la buena fe, debe realizarse de manera efectiva y conducente, propiciando espacios de participación que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida que se va a adoptar. Los proyectos legislativos deben ser consultados con las comunidades para buscar aproximaciones sobre la manera de evitar afectaciones y para establecer un contenido que no implique repercusiones directas sobre estas comunidades y sus formas de vida (sentencia C-030 de 2008).

Consideramos, entonces, que sobre esta clase de consultas se debe establecer de manera conjunta entre el Estado y las comunidades la metodología, los momentos y procedimientos a través de los cuales se debe adelantar el proceso para que el mismo se surta en los términos de la Constitución Política y del Convenio 169 de la OIT.

g) Cualquier reunión no es consulta previa

No cualquier reunión o audiencia puede considerarse como consulta previa porque ésta se debe realizar garantizando la participación de todos, no sólo de las organizaciones o de las instancias de representación, sino también de las bases y de las instituciones encargadas de la defensa de los derechos étnicos, teniendo en cuenta elementos fundamentales como la cultura y el reconocimiento de los vínculos que estas comunidades tienen con sus territorios, incluida su relación con la tierra y los recursos naturales que en ella se encuentran.

Colombia, como un país democrático y participativo, encuentra en la consulta previa su máxima expresión como un espacio de articulación étnica e intercultural, por eso en las reuniones de consulta es fundamental la participación de las instituciones encargadas de definir en conjunto con las comunidades las políticas públicas, los procedimientos para titular, delimitar o garantizar la protección colectiva de sus territorios, y promover la organización armónica de estas territorialidades.

Un requisito indispensable para la realización de la consulta previa es el establecimiento de una *metodología*, o de aspectos procedimentales claros para su efectiva ejecución, la cual debe responder a un proceso de concertación y definición entre las comunidades y el gobierno.

Previamente al inicio de la consulta se debe adelantar un proceso de diálogo con las comunidades con el fin de tener un acuerdo sobre los criterios y mecanismos que se van a utilizar para el desarrollo de la consulta previa, a fin de acordar mecanismos que garanticen sus

derechos, espacios, prácticas culturales, etc. De esta forma se puede contar con interlocutores legítimos de las comunidades, se establece el procedimiento que se debe seguir, y los criterios de legitimación de dicho proceso. En todo este proceso —antes, durante la realización de la consulta y en la toma de la decisión o protocolización de la decisión— se debe contar con la participación del Ministerio del Interior y de Justicia al igual que de los organismos de control para garantizar la protección de los derechos de las comunidades.

Como se planteó anteriormente, en todo momento el proceso de consulta debe distinguirse por su claridad y transparencia, y esto se garantiza a través de la propuesta metodológica que debe ser construida colectivamente para acordar los mecanismos que avalen ante las autoridades y las comunidades el respeto y reconocimiento de sus derechos, en especial el derecho fundamental a la consulta y a la participación. Adicionalmente, el ejercicio debe caracterizarse por una acción coordinada que permita el reconocimiento de los valores, las prácticas y los derechos buscando garantizar la efectiva participación de los pueblos. En todo caso, se debe observar una serie de parámetros generales para que la participación sea real y efectiva.

DE LA CONSULTA PREVIA AL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO

Es necesario avanzar de la consulta previa al consentimiento previo, libre e informado, el cual les permite a los pueblos ejercer de manera real su derecho a la autonomía y a decidir su futuro como pueblos indígenas. En este sentido, es importante destacar que la consulta previa se fundamenta en el derecho a la participación, el cual en últimas no implica la toma definitiva de la decisión por parte de los pueblos indígenas, contrario a lo que sucede con el consentimiento libre, previo e informado que se fundamenta en el principio a la libre determinación de los pueblos, en virtud del cual pueden establecer su condición política, lograr libremente su desarrollo económico, social y cultural, es decir, pueden decidir sobre los proyectos que logren afectarles, y además les permite a los pueblos indígenas tomar la decisión final directamente¹⁷.

El consentimiento libre, previo e informado, como un derecho humano fundamental de los pueblos indígenas frente a las actividades extractivas de todo tipo, y la adopción de políticas y normatividad que puedan afectarles directamente, ha sido un tema abordado en

¹⁷ Artículo 3. Declaración de Pueblos Indígenas. Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en especial por la Declaración de Pueblos Indígenas que señala:

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

Art. 11.2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado, o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 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.

Lo anterior significa que los pueblos indígenas deberían tener derecho al veto de los proyectos, contrario a lo que sucede con la consulta previa donde esto no se da, y porque este es el mecanismo para garantizar la efectiva participación de estos pueblos en las decisiones que puedan afectarles.

En este sentido, consideramos que debemos avanzar en lo señalado por la Declaración de Pueblos Indígenas, y abogar para que Colombia la acepte o suscriba sin ningún tipo de reserva, a fin de obtener así el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que puedan afectarlos.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Debemos señalar que el escenario presentado no ha sido el mejor en cuanto a la realización de la consulta previa, y que evidenciamos la

necesidad de avanzar en resolver los escollos que se han planteado. La pervivencia de los pueblos indígenas y de las demás comunidades étnicas de nuestro país involucra el tema de la consulta previa, y las experiencias vividas nos dejan como enseñanza la necesidad de realizar procesos adecuados porque éstos tienen repercusiones inmensas en lo social, económico y cultural dentro de las comunidades como lo manifestaba Albenis Tique.

La consulta previa no es sólo un mecanismo jurídico, es más un proceso colectivo que, como lo han propuesto las comunidades, debe brindar oportunidades para su propio desarrollo, y para decidir sobre el uso y manejo de los recursos naturales existentes en sus territorios, teniendo en cuenta además que para estas comunidades existen principios y fundamentos innegociables, que de acuerdo con sus tradiciones culturales no pueden comercializarse, como sucede con el territorio, lo que implica en últimas su permanencia como pueblo. Por eso proponen que debe encontrarse la forma de construir un país donde coexistan visiones y modelos de desarrollo diferentes que deben ser reconocidos y respetados.

Las zonas o los territorios donde habitan los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos de nuestro país son estratégicas en cuanto a recursos naturales tanto renovables como no renovables, y su gran preocupación se refiere a la realización de proyectos de hidrocarburos y de minería en sus territorios, los cuales se vienen incrementando en los últimos años. Por eso es indispensable tener en cuenta que los territorios son la esencia de vida de los pueblos, son los espacios de convivencia espiritual, y que deben establecerse garantías para que no sean vulnerados. Aquí juega un valor fundamental la consulta previa. Por eso insistimos que el desafío, como lo han planteado las comunidades étnicas, es lograr el diálogo entre lenguajes, cosmovisiones y modelos de desarrollo diferentes, y la consulta previa es un lugar propicio para ello.

Finalmente, consideramos que el Estado colombiano se debe comprometer a apoyar a los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos, debe garantizar sus derechos y reconocer sus propias formas y planes de vida y, en consecuencia, la consulta previa debe consolidar sus propuestas de desarrollo y fortalecer sus formas de relacionarse y de organizarse. Superar los inconvenientes planteados significa, además de garantizar los derechos, contribuir a la solución de los conflictos, al logro de la paz y a la pervivencia de estos pueblos.

REFERENCIAS

- DGAI, DGN, Ecopetrol, UPME, MMA (1999). *Guía de consulta previa a comunidades indígenas y negras*. Bogotá: Ediciones Antropos.
- Grueso Castelblanco, L. R. (investigadora) (2009). *El derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos*. Bogotá: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Ministerio del Interior y de Justicia (2006). *La consulta previa para proyectos de exploración de recursos naturales*. Bogotá.
- Ministerio del Medio Ambiente (1998). *Memorias primera reunión de reflexión en torno a la consulta previa a comunidades indígenas y negras*. Bogotá: Ministerio de Medio Ambiente.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (s. f.). *Guía para la aplicación del Convenio 169 de la OIT*. Disponible en <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten.htm>.
- Rodríguez, G. A. (2008). "La Autonomía y los conflictos ambientales en territorios indígenas". En: *La tierra contra la muerte. Conflictos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Observatorio Indígena de Políticas Públicas de Desarrollo y Derechos Étnicos, Cecoin.
- (2005). "La consulta previa a pueblos indígenas". En: *Comunidades étnicas en Colombia. Cultura y jurisprudencia*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- (2008). "Los obstáculos y las potencialidades de la consulta previa en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas". En: *El derecho a tener derechos para los pueblos indígenas. Etnias & Política*. Bogotá: Cecoin.
- (2008). "La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia", "La consulta previa. ¿Oportunidad o amenaza?". En: *La consulta previa: ¿para qué, cómo y quién decide? Revista Semillas en la economía campesina*, 36/37. Bogotá.
- (2007). Artículo "La participación en la ley forestal". En: Varios autores, *Columnas al derecho*. Bogotá: Observatorio El Espectador, Universidad del Rosario.

El derecho a la consulta previa en las decisiones de la Organización Internacional del Trabajo contra el Estado colombiano

ANA LUCÍA MAYA AGUIRRE*

El derecho a la consulta previa reconocido a las comunidades étnicas es un mecanismo para hacer efectivo el derecho a la participación y es, a su vez, un medio de protección de otros derechos. La consulta previa se encuentra regulada por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Este artículo recoge lo señalado por esta organización en los pronunciamientos contra Colombia. El artículo señala los requisitos que debe tener la consulta previa. También se explican las exigencias que se han hecho al Estado en el sentido de transformar la normatividad para ajustarla a los estándares internacionales de protección de derechos humanos. Se analiza la relación entre la consulta previa y otros derechos, como la vida e integridad personal y, particularmente, el derecho al territorio.

Palabras clave: consulta previa, comunidades étnicas, estándares internacionales, Organización Internacional del Trabajo, derecho al territorio.

The right to prior consultation on the decisions of the International Labor Organization against the Colombian State

The right to prior consultation recognized to ethnic communities is a mechanism for realizing the right to participation and means protection of other rights. Prior consultation is regulated by the Convention 169 of the International Labour Organization. This article takes the point made by this organization in the pronouncements against Colombia. The article indicates the requirements that must be prior consultation. It also explains the requirements that have been made to transform the state legislation to meet international standards of human rights protection. Analyze the relationship

* Abogada y especialista en derecho constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. analucia@ilsa.org.co.

between prior consultation and other rights such as life and personal integrity, particularly the right to territory.

Key words: Prior consultation, ethnic communities, international standards, International Labour Organization, right to territory.

INTRODUCCIÓN

El derecho a la consulta previa reconocido a las comunidades étnicas es un mecanismo para hacer efectivo el derecho a la participación y es, a su vez, un medio de protección de otros derechos. Este artículo recoge lo señalado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en relación con el derecho a la consulta previa en los pronunciamientos sobre Colombia. En la primera parte del texto se expone lo relacionado con el derecho a la consulta previa en la OIT. Posteriormente, se señala el alcance del Convenio 169 en el derecho interno a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Más adelante, se hace un recuento de las decisiones sobre Colombia que han sido sometidas a la OIT. A continuación se hace una caracterización de la consulta previa teniendo en cuenta las consideraciones que se han hecho en los casos sobre Colombia. Después se hace referencia al reconocimiento de comunidades afrodescendientes como sujetos de protección del Convenio 169. Finalmente, se exponen algunas consideraciones relacionadas con otros derechos, como la vida e integridad personal y, particularmente, el derecho al territorio.

EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN LA OIT

El derecho a la consulta previa se encuentra regulado en el Convenio 169 de la OIT, aprobado en Colombia mediante la Ley 21 de 1991. Este convenio tiene como antecedente el Convenio 107 de 1957, que fue revisado por la OIT debido a algunas falencias tales como la idea de que la única posibilidad de las comunidades indígenas es su integración a la sociedad, y que las decisiones relacionadas con el desarrollo le atañen al Estado. Por eso, ante la presión de comunidades indígenas, el convenio fue revisado, y en 1989 fue adoptado el Convenio 169.¹

El Convenio 169 se supone más garantista y respetuoso de los pueblos indígenas y tribales, dado que establece una serie de obligaciones en cabeza de los gobiernos para que aseguren los derechos de estos pueblos. De las partes del convenio, la primera y segunda están estrechamente relacionadas con la consulta previa. En la primera parte se recoge lo relativo a la política general respecto de las comunidades

¹ Organización Internacional del Trabajo, *Historia de la labor de la OIT*. Disponible en: <http://www.ilo.org/indigenous/Aboutus/HistoryofILOwork/lang--es/index.htm>.

indígenas y tribales, y se señalan obligaciones del gobierno, tales como: la protección de los pueblos indígenas; el deber de garantía de la integridad de esos pueblos; el deber de adoptar medidas para salvaguardar a las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medioambiente; y la obligación de consultar a los pueblos indígenas y tribales. Así mismo, se señalan algunos derechos, como el derecho de los pueblos a decidir lo relacionado con el desarrollo, y el derecho a conservar los usos y las costumbres. La segunda parte del convenio se refiere al derecho al territorio y se establecen los siguientes aspectos: el derecho de los pueblos indígenas y tribales a que se respete su relación con el territorio, en particular la relación colectiva; la obligación de reconocer el derecho de propiedad o posesión; el derecho a la protección de los recursos naturales; el respeto por las formas tradicionales de transmisión de los derechos sobre los territorios; la protección contra intrusiones, entre otros.²

La consulta previa y el derecho a la participación constituyen aspectos centrales del Convenio 169:

El establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen es la piedra angular del Convenio núm. 169 [...] El establecimiento de mecanismos de consulta es fundamental para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones.³

La consulta previa está establecida en el artículo 6 del Convenio 169, que señala lo siguiente:

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

Las demás partes del convenio tratan, en su mayoría, lo relacionado con temas laborales: la tercera parte desarrolla lo relacionado con los derechos en la contratación y condiciones del empleo, el derecho a la igualdad, el derecho a la protección y a la información, entre otros. La cuarta parte aborda lo relacionado con la formación profesional, artesanía e industrias rurales. La quinta trata el tema de seguridad social y salud. La sexta parte aborda lo relacionado con educación y medios de comunicación. La séptima trata el tema de contactos y cooperación a través de fronteras, es decir, facilitar la cooperación entre los pueblos indígenas que habitan las fronteras, lo que incluye asuntos relacionados con aspectos económicos, sociales, culturales, espirituales y del medioambiente. La octava parte se refiere a la administración de los programas que afectan a los pueblos indígenas y tribales, a la obligación que tiene el Estado de asegurar los medios para el desempeño de las instituciones u otros mecanismos encargados del tema. Las partes novena y décima señalan las disposiciones finales y generales.

Organización Internacional del Trabajo, *Implementación de los Derechos de los Pueblos Indígenas: Guía Práctica del Convenio 169 de la OIT, 2009*. Referencia 978-92-2-122378-8 (ISBN). Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

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

Este artículo no puede leerse de manera autónoma, dado que la consulta previa está relacionada con otros derechos contenidos en el Convenio 169, en particular con los artículos 2, 6, 7, 14 y 15. El artículo 2 establece la obligación del Estado de desarrollar acciones para proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales respetando su integridad.⁴ El artículo 7 establece el derecho de los pueblos para decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y al derecho de participación en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.⁵ El artículo 14 consagra el derecho a la tierra,

⁴ Convenio 169. Artículo 2. 1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. 2. Esta acción deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

⁵ Convenio 169. Artículo 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, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo, y del nivel

estableciendo el derecho de propiedad y de posesión sobre territorios tradicionalmente ocupados por los pueblos indígenas y tribales.⁶ El artículo 15 establece la protección de los recursos naturales de los territorios ocupados por los pueblos indígenas y el derecho de estos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales.⁷

Con base en el artículo 6 y demás artículos relacionados, se ha pronunciado la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), órgano encargado de examinar la aplicación de los convenios y las recomendaciones de la OIT por los Estados Miembros de esta Organización:

La Comisión de Expertos tiene la tarea de indicar en qué medida la legislación y la práctica de cada Estado están de conformidad con los convenios ratificados y en qué medida los Estados cumplen con las

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. 3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural, y sobre el medioambiente, que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas. 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medioambiente de los territorios que habitan.

⁶ Convenio 169. Artículo 14. 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente, y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

⁷ Convenio 169. Artículo 15. 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo pertenezca al Estado, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

obligaciones que les incumben, en virtud de la Constitución de la OIT en relación con las normas.⁸

La Comisión se expresa a través de observaciones y solicitudes directas:

Los comentarios de la Comisión de Expertos sobre la manera en que los Estados Miembros dan cumplimiento a sus obligaciones normativas, adoptan la forma de observaciones o de solicitudes directas. Las observaciones son comentarios acerca de las cuestiones fundamentales planteadas por la aplicación de un determinado convenio por parte de un Estado Miembro. Se publican en el informe anual de la Comisión de Expertos, que se presenta luego a la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia, en el mes de junio de cada año. Las solicitudes directas se refieren, en general, a cuestiones más técnicas o de menor importancia o contienen solicitudes de información.⁹

En este documento se hace referencia a las observaciones y a algunas solicitudes directas relacionadas con la consulta previa. Adicionalmente, trata sobre la reclamación contra Colombia en lo que se refiere a consulta y derecho al territorio. Hay que señalar que la reclamación es una figura contenida en el artículo 24 de la Constitución de la OIT, mediante la cual las organizaciones de empleadores o trabajadores alegan el incumplimiento por parte del Estado de un convenio de la OIT. Ésta puede ser de conocimiento del Consejo de Administración, órgano que se encarga de comunicarse con el Gobierno.¹⁰

ALCANCE DEL CONVENIO 169 EN EL DERECHO INTERNO

Antes de continuar con el desarrollo de este documento es necesario precisar el alcance del Convenio 169 de la OIT en el derecho interno colombiano.

⁸ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*. 2009. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_103488.pdf.

⁹ Idem.

¹⁰ Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. Artículo 24. Reclamaciones respecto a la aplicación de un convenio. Toda reclamación dirigida a la Organización Internacional del Trabajo por una organización profesional de empleadores o de trabajadores en la que se alegue que cualquiera de los Miembros no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un convenio en el que dicho Miembro sea parte podrá ser comunicada por el Consejo de Administración al gobierno contra el cual se presente la reclamación y podrá invitarse a dicho gobierno a formular sobre la materia la declaración que considere conveniente.

La Corte Constitucional ha establecido que el convenio hace parte del bloque de constitucionalidad,¹¹ es decir, está en el mismo rango de la Constitución Política, conforme el artículo 93 de la Constitución Política, que establece que prevalecen en el derecho interno los tratados de derechos humanos que prohíban su limitación en los Estados de excepción.¹² Adicionalmente, en lo que tiene que ver con convenios de la OIT ha de tenerse en cuenta el artículo 53 de la Constitución Política, que señala que los convenios de esta organización ratificados por Colombia hacen parte de la legislación interna.

La Corte Constitucional ha señalado que el convenio impone una serie de obligaciones internacionales al Estado, cuya lectura debe hacerse desde los artículos 6 (consulta previa) y 7 (participación), lo que exige que para la aplicación del convenio sea necesario asegurar la participación y el establecimiento de mecanismos adecuados de consulta. Lo anterior con el fin de garantizar el derecho de los pueblos a decidir sobre el proceso de desarrollo.¹³

En lo relacionado con el derecho de consulta, la Corte Constitucional ha establecido que se enmarca dentro del derecho a la participación.¹⁴ Al respecto la Corte ha señalado que: “El derecho general de participación que tienen las comunidades indígenas de acuerdo con nuestro ordenamiento superior, encuentra una manifestación especial en las previsiones del Convenio 169 de la OIT, que hacen parte del bloque de constitucionalidad”.¹⁵

Así mismo, es claro que en Colombia la consulta previa es un derecho fundamental que debe llevarse a cabo teniendo en cuenta los usos y las costumbres de cada comunidad en particular. Además se debe consultar, de acuerdo con los requerimientos de la Corte Constitucional

¹¹ “El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*”. Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Revisión constitucional del “Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)”, hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-461 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-030 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-030 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencia C-461 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda.

y del Convenio 169 de la OIT, a través de mecanismos apropiados que hagan efectiva la participación (Lora et ál., 2008, p. 74).

La consulta previa tiene como objetivo la protección de las comunidades: “La consulta previa permite que los grupos étnicos incidan en las decisiones administrativas, legislativas y de otro orden, que puedan afectarles. A través del ejercicio transparente de este mecanismo de participación, se están protegiendo los derechos que tienen las comunidades sobre sus saberes y riquezas” (Rodríguez, 2008, p. 4).

Teniendo en cuenta lo anterior se concluye que el Estado colombiano está obligado internacional e internamente a aplicar las disposiciones del Convenio 169.

DECISIONES ADOPTADAS SOBRE COLOMBIA

El Convenio 169 protege a comunidades indígenas y tribales. En el caso de Colombia la OIT, a través de la CEACR, se ha pronunciado para proteger varias comunidades que han sido afectadas por violaciones del derecho a la consulta previa, y también vulneraciones del derecho a la vida y al territorio. El cuadro de la página siguiente ilustra algunos casos que han sido objeto de decisión en la CEACR en contra del Estado colombiano, en el marco de análisis de aplicación del Convenio 169.

En el cuadro se muestra que han sido múltiples los derechos vulnerados a las comunidades indígenas y afrodescendientes en los casos conocidos por la OIT. Además, se evidencia que existe una relación entre los derechos violados (territorio, consulta previa, circulación y residencia), dado que en muchas ocasiones las violaciones del derecho a la vida se dan para que las comunidades abandonen sus territorios ancestrales, lo que a su vez causa desplazamiento forzado. Lo anterior evidencia el incumplimiento de las obligaciones internacionales, constitucionales y legales que tiene el Estado.

Estos pronunciamientos ponen de relieve la necesidad de llevar a cabo procesos de consulta previa en el marco del derecho a la participación y en relación con los asuntos que atañen a las comunidades indígenas y afrodescendientes, en particular en lo relacionado con el derecho al territorio y a los recursos naturales. La consulta previa no puede consistir en cualquier tipo de proceso, sino que se debe realizar acorde con algunos requisitos que se desarrollan más adelante.

Cuadro. Casos que han sido objeto de decisión en la CEACR en contra del Estado Colombiano, en el marco de análisis de aplicación del Convenio 169

Comunidad Embera-Katio		
Hechos violatorios	Recomendaciones OIT	Documentos fuente
<ul style="list-style-type: none"> - Construcción de una presa hidroeléctrica (proyecto Urrá) con riesgo de inundación de gran parte de los territorios de la comunidad. - Asesinatos, secuestros y amenazas en contra de los portavoces de la comunidad. - Daños irreparables causados a su medio ambiente. - Falta de consulta con las comunidades indígenas afectadas. 	<ul style="list-style-type: none"> - Informar sobre las medidas adoptadas o previstas para prevenir actos de intimidación o violencia contra los miembros del pueblo Embera-Katio. - Informar sobre la evolución de las investigaciones referidas a los presuntos asesinatos, secuestros y amenazas de que han sido víctimas portavoces de la comunidad. 	<ul style="list-style-type: none"> CEACR, Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991). Publicación: 1999. CEACR, Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991). Publicación: 2001. CEACR, Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991). Publicación: 2004.
Comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta		
Hechos violatorios	Recomendaciones OIT	Documentos fuente
<ul style="list-style-type: none"> - Violaciones de los derechos humanos – masacres. 	<ul style="list-style-type: none"> - Informar sobre el estado de las investigaciones. - Señalar qué autoridades están adelantando las investigaciones, tales como, la Fiscalía General de la Nación o la Procuraduría de la Nación y la Defensoría del Pueblo. 	<ul style="list-style-type: none"> CEACR, Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991). Publicación: 1999. CEACR, Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991). Publicación: 2001. CEACR, Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991). Publicación: 2004.

Pueblo indígena U'wa		
Hechos violatorios	Recomendaciones OIT	Documentos fuente
- Realización de prospecciones petroleras. - Falta de consulta previa adecuada.	- Adoptar todas las medidas necesarias que permitan salvaguardar todos los derechos que le reconoce el Convenio al pueblo U'wa. - Informar acerca de las medidas adoptadas para investigar los hechos referidos al uso de la fuerza contra el pueblo indígena.	CEACR, Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991). Publicación: 2003. CEACR, Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991). Publicación: 2004.

Emberá Katío y Dobida que habitan los resguardos de Pescadito y Chidima en el municipio de Acandí, y que hacen parte de la Asociación de Cabildos Indígenas Kunas, Emberás y Katíos del Norte del Chocó (Acikek).		
Hechos violatorios	Recomendaciones OIT	Documentos fuente
- Amenazas y asesinatos. - Desplazamientos forzados. - Violación de los derechos sobre las tierras. - Exploración de recursos naturales sin consulta ni participación. - Invasión del terreno por colonos.	- Tomar medidas urgentes para poner fin a toda intrusión en las tierras de los pueblos Katío y Dobida, y en particular en el lote 3 de Chidima, donde según la comunicación hay intrusión actual. - Tomar medidas para unir los tres lotes en que está dividido el resguardo Chidima, en la medida en que hubiera habido ocupación tradicional, de modo que el resguardo sea viable, y proporcionar informaciones al respecto.	CEACR, Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991). Publicación: 2009.

Jiguamiandó y Curvaradó		
Hechos violatorios	Recomendaciones OIT	Documentos fuente
- Discriminación general a las personas afrodescendientes. - Amenazas y violaciones del derecho a la vida y a la integridad personal de los habitantes de las comunidades. - Desplazamiento forzado. - Cultivo extensivo de palma africana y proyectos de ganadería que se han desarrollado pese a existir títulos colectivos sobre el territorio. - El cultivo de la palma africana y la ganadería han generado un daño social y ambiental devastador. - Despojo de tierras por acciones jurídicas ilegales de las empresas palmicultoras. - Coacción y amenaza directa a los pobladores, quienes se ven obligados a vender sus tierras. - Falta de consulta previa con los representantes de los consejos comunitarios, que de acuerdo con la Ley 70 de 1993 son la máxima autoridad de las comunidades afrodescendientes.	- Tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente, y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. - Adoptar sin demora todas las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad física y moral de los miembros de las comunidades, para que cese toda persecución, amenaza o intimidación, y para garantizar la implementación de los derechos consagrados en el Convenio. - Desplegar todos los esfuerzos necesarios para proteger la vida y la integridad de los miembros de estas comunidades. - Desarrollar consultas con los pueblos interesados acerca de los permisos, concesiones o autorizaciones, así como aquellos que autoricen realizar proyectos de ganadería, deforestación o extracción de madera. Poner la legislación vigente en la materia en conformidad con el Convenio.	CEACR, Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991). Publicación: 2006. CEACR, Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991). Publicación: 2007. CEACR, Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991). Publicación: 2008. CEACR, Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991). Publicación: 2009.

Fuente: elaboración propia.

A continuación se comentan los aspectos más relevantes de acuerdo con los pronunciamientos de la OIT contra Colombia.

CARACTERIZACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

De acuerdo con la CEACR, la consulta debe tener en cuenta las particularidades de las comunidades indígenas y tribales. Se deben considerar los tiempos que se toman para una decisión y los modelos culturales propios de cada comunidad:

[...] una consulta efectiva requiere que se prevean los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y puedan participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales, pues de lo contrario será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación.¹⁶

Por otra parte, en el caso del pueblo U'wa, la CEACR señaló que:

[...] es consustancial a toda consulta la instauración de un clima de confianza mutua, pero más aún con relación a los pueblos indígenas y tribales, por la desconfianza hacia las instituciones del Estado y sentimiento de marginación que encuentran sus raíces en realidades históricas sumamente antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aún.¹⁷

En el caso de las comunidades afrodescendientes de Jiguamiandó y Curvaradó, la CEACR señala la obligatoriedad de consultar a los pueblos interesados en la reglamentación de la Ley 70 de 1993.¹⁸ Al respecto, la Comisión señaló que:

[...] las disposiciones del Convenio, entre ellas el artículo 6, son aplicables a los pueblos indígenas y tribales según lo define el artículo 1. Por lo tanto, la Comisión invita al Gobierno a desarrollar consultas con la totalidad de los pueblos interesados en el proceso de reglamentación de la ley núm. 70, independientemente de cualquier otra circunstancia, como por ejemplo la titularidad sobre las tierras que ocupan tradicionalmente o el haber conformado su consejo comunitario. Sírvase

¹⁶ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Observación individual del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991), 2004. Disponible en <http://www.ilo.org>

¹⁷ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Observación individual del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991), 2007. Disponible en <http://www.ilo.org>

¹⁸ La Ley 70 de 1993 desarrolla el artículo 55 de la Constitución Política, que establecía que se expidiera una ley que reconociera el derecho de propiedad colectiva a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, acorde con sus prácticas tradicionales de producción.

mantenerla informada al respecto y sobre los progresos alcanzados en la reglamentación referida.¹⁹

La anterior afirmación es de suma importancia porque implica que las comunidades indígenas y afrodescendientes deben ser consultadas no sólo para la aplicación, sino para la formulación de las normas que las afectan. En Colombia, la ausencia de consulta previa ha llevado a la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas, tal como ocurrió con el Estatuto de Desarrollo Rural, que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional debido a la falta de consulta previa con comunidades indígenas y afrodescendientes.²⁰

La consulta previa, además de hacer efectivo el derecho a la participación, es un medio que permite salvaguardar derechos como la vida y la integridad personal, la libertad de circulación y residencia (en casos de desplazamiento forzado) y el derecho al territorio. El derecho a la consulta previa otorga a las comunidades étnicas el poder de negociación frente al Estado para la defensa de sus derechos, en particular el derecho al territorio, que en la mayoría de los casos se ve vulnerado por obras de infraestructura, explotaciones petroleras y minerales, así como por cultivos de tardo rendimiento y proyectos de ganadería, todo esto en el marco del modelo de desarrollo económico.

RECONOCIMIENTO DE COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES COMO SUJETOS DE PROTECCIÓN DEL CONVENIO 169

Es de destacar el reconocimiento de comunidades afrodescendientes como sujetos de protección del convenio, como ocurre en el caso de las comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó. La CEACR no sólo se pronuncia sobre la consulta previa, sino también sobre la discriminación racial de la que han sido víctimas.²¹ Para la Comisión estas comunidades, en virtud del artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, reúnen las características de un pueblo tribal, dado que se distinguen

¹⁹ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Observación individual del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991), 2007. Disponible en <http://www.ilo.org>

²⁰ El Estatuto fue adoptado mediante la Ley 1152 de 2007, "por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), y se dictan otras disposiciones", y fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-175 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²¹ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Observación individual del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991), 2006, párrafos 4 y 9. Disponible en <http://www.ilo.org>

de otros sectores de la colectividad y están regidos por sus propias costumbres.²²

Como efecto del mencionado reconocimiento se deriva la aplicación de las disposiciones del Convenio; tal como lo planteó la CEACR, en la Observación sobre el Convenio referido a Colombia son aplicables los artículos 6, 7 y 15 sobre consulta y recursos naturales, y los artículos 13 a 19 sobre tierras. Sobre este último punto la Comisión manifestó que las comunidades tienen el derecho a sus tierras tradicionales, a ser protegidas contra intrusiones en su territorio y contra todo uso no autorizado por personas ajenas a las mismas. Igualmente, la Comisión manifestó que el convenio protege no sólo a las tierras sobre las cuales existe título de propiedad, sino también a las que tradicionalmente ocupan. La Comisión señaló que:

En particular, la Comisión se refiere al derecho de estos pueblos de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación (art. 16.3, del Convenio) y a las medidas previstas por el Gobierno contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos (art. 18 del Convenio).²³

TRANSFORMACIÓN NORMATIVA PARA QUE SE AJUSTE A ESTÁNDARES INTERNACIONALES

La CEACR ha pedido insistentemente que se derogue el Decreto 1320 de 1998 que regula en el ámbito interno la Consulta Previa, por cuanto éste no se ajusta a los artículos 2, 6, 7 y 15 del Convenio 169 de la OIT. Los pueblos indígenas han alegado que éste fue adoptado sin llevar a cabo la consulta previa.²⁴

La CEACR, siguiendo al Consejo de Administración de la OIT, ha pedido al gobierno que modifique el decreto, en consulta y con la

²² Convenio 169. Artículo 1. El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

²³ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Observación individual del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991), 2006, párrafo 9. Disponible en <http://www.ilo.org>

²⁴ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Observación individual del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991), 2003. Disponible en <http://www.ilo.org>

participación activa de los representantes de los pueblos indígenas.²⁵ Este punto también ha sido objeto de pronunciamiento en las solicitudes directas de la CEACR, en donde se estableció que “el decreto núm. 1320 no se ajusta al Convenio núm. 169 ni en su elaboración, por cuanto no fue elaborado en consulta y con la participación de los pueblos cubiertos por el Convenio, ni respecto de su contenido”.²⁶

El Gobierno ha alegado que la vigencia del decreto ha sido confirmada por el Consejo de Estado, señalando además que el mismo recoge lo señalado en el artículo 330 de la Constitución Política sobre participación, afirmando que sobre este derecho no hay limitaciones y que se trata del ejercicio de un deber que el constituyente le afirmó al Gobierno.²⁷ No obstante, la CEACR ha insistido sobre el tema señalando que incluso la necesidad de replantear el decreto ha sido objeto de una reclamación y ha sido adoptada por el Consejo de Administración.²⁸

En dicha reclamación se afirmó que el decreto es susceptible de afectar los derechos de las comunidades indígenas, dado que tiene como objetivo expreso reglamentar la consulta previa; no obstante, no fue consultado, existiendo la obligación de hacerlo. Adicionalmente, el decreto no contempla la participación o la consulta con los pueblos indígenas durante la preparación del estudio ambiental y la formulación del plan de manejo ambiental. Por lo anterior, se considera que el proceso de consulta previa, tal como está previsto en el decreto, es contrario a los artículos 2, 6, 7 y 15 del Convenio 169 de la OIT.²⁹

En la misma reclamación el Consejo hizo algunas reflexiones en torno a la dimensión de la consulta previa, señalando que: “el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, así como la obligación del Gobierno de consultar previamente con los pueblos

²⁵ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Observación individual del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991), 2009. Disponible en <http://www.ilo.org>

²⁶ Solicitud directa individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), Colombia (ratificación: 1991). Envío: 2009. Disponible en <http://www.ilo.org>

²⁷ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Observación individual del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991), 2004. Disponible en <http://www.ilo.org>

²⁸ Idem.

²⁹ Consejo de Administración de la OIT. Reclamación (art. 24), 1999, Colombia, C-169. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT). Disponible en <http://www.ilo.org>

interesados, nace directamente del Convenio 169 y no del reconocimiento de este derecho por la legislación nacional”.³⁰

Lo anterior implica el deber que tiene el Estado de ajustar la normatividad interna a los estándares internacionales. En temas como la consulta previa se trata de obedecer lo señalado por el Convenio 169 de la OIT que regula específicamente el tema. La exigencia de la CEACR se refiere no solo a ajustar el contenido del derecho a la consulta previa regulado en el artículo 6, sino también a otros artículos que, como se dijo, están íntimamente relacionados con la consulta previa, como el artículo 2 que consagra el deber del Estado de protección de los derechos de los pueblos indígenas, el artículo 7 que establece el derecho de los pueblos para decidir sobre el desarrollo, y el artículo 15 que establece la protección de los recursos naturales de los territorios ocupados por los pueblos indígenas.

La obligación del Estado de ajustar la normatividad debe ser leída con base en las obligaciones de derechos humanos. Para ello se puede acudir a otros sistemas de protección, como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que establece la obligación de adopción de disposiciones de derecho interno, o sea de suprimir normas violatorias y expedir normas para garantizar dichos derechos, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No obstante, a la fecha, el mencionado decreto sigue vigente, a pesar de ser contrario a lo dispuesto por el Convenio 169 y a las recomendaciones de la OIT, lo cual demuestra la inobservancia del Estado respecto de sus obligaciones internacionales, lo que conlleva un incumplimiento respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

RELACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA CON OTROS DERECHOS

En el marco de las decisiones de la OIT se puede notar la relación que existe entre el derecho a la consulta previa y derechos como la participación, la vida e integridad personales, y el derecho al territorio, dado que en Colombia la violación de la consulta está ligada con procesos de expropiación o usurpación de territorios de los pueblos indígenas y tribales, lo que a su vez se relaciona con las amenazas, los homicidios y el desplazamiento forzado de estos pueblos, en el marco del conflicto armado colombiano.

Uno de los derechos más vulnerados a los pueblos indígenas y tribales es el derecho al territorio. La mayoría de las decisiones sobre

³⁰ Idem.

Colombia hacen referencia a éste, lo que ha llevado a la CEACR a precisar algunos elementos de protección de este derecho que se desarrollan a continuación.

En primer lugar, es irrelevante que existan títulos de propiedad sobre los territorios, porque el objeto de protección es la ocupación ancestral. Esto implica un reconocimiento a la relación que existe entre el territorio y las comunidades indígenas y tribales, relación que escapa a la lógica de la economía de mercado en una dinámica capitalista. También significa que la protección que se otorga al territorio es declarativa y no constitutiva, es decir, que no se crea, sino que se reconoce una situación preexistente, o sea el vínculo entre los pueblos indígenas y su territorio. La CEACR ha planteado sobre el tema que:

[...] el Convenio protege no sólo a las tierras sobre las cuales los pueblos interesados ya tienen título de propiedad sino también a las tierras que tradicionalmente ocupan, y que, en virtud del Convenio, los Gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión (artículo 14, párrafo 2).³¹

En segundo término, la protección está enfocada no solo en el derecho a la propiedad, sino también a la posesión,³² lo cual está recogido en el Convenio 169, artículo 4, numeral 2, que señala: “Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”.

En tercer lugar, tenemos la protección de la integridad del territorio, lo que implica la salvaguardia contra las intrusiones y conlleva el deber del Estado de adoptar medidas al respecto. El Convenio 169, en el artículo 18, establece que: “La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones”. La CEACR ha señalado al respecto que:

[...] el Gobierno tiene la obligación de garantizar la protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión de los pueblos interesados y que, en virtud del artículo 18 del Convenio, los gobiernos deberán tomar medidas para impedir toda intrusión no autorizada en las tierras

³¹ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Observación individual del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991), 2007. Disponible en <http://www.ilo.org>

³² Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Observación individual del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991), 2009. Disponible en <http://www.ilo.org>

de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos.³³

En cuarto lugar, la CEACR ha establecido una relación entre el marco de aplicación general del convenio, la consulta previa y el derecho al territorio. De acuerdo con la Comisión, las disposiciones relativas al derecho al territorio deben interpretarse en el marco del artículo 2 que señala el deber de los gobiernos de garantizar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas y a garantizar el respeto de su integridad. Para ello, en la práctica, debe implementarse la consulta previa.³⁴

Adicionalmente, uno de los temas relacionados con el derecho al territorio es el relativo a recursos naturales y proyectos de desarrollo (construcción de carreteras, interconexiones eléctricas, concesiones mineras, etc.); al respecto, la Comisión ha señalado que se debe llevar a cabo la consulta previa, y ha establecido que en virtud del artículo 7 del Convenio 169 de la OIT los pueblos indígenas tienen el derecho de decidir sobre los procesos de desarrollo. Al respecto la Comisión ha señalado que:

[...] 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 deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.³⁵

Para la CEACR, la consulta previa en el caso de recursos naturales y proyectos de desarrollo es un requisito de suma importancia, puesto que está en juego el derecho de los pueblos a participar en las decisiones sobre desarrollo, establecido en el artículo 7 del Convenio 169, y en virtud de los artículos 14 y 15 que establecen lo relacionado con el derecho al territorio.³⁶ Al respecto, la Comisión ha señalado que:

La consulta, en el caso de recursos naturales y proyectos de desarrollo, es un requisito del Convenio que debe integrarse en un proceso participativo más amplio previsto en el artículo 7 del Convenio. En caso de que los recursos naturales fueren propiedad del Estado, la

³³ Idem.

³⁴ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Observación individual del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991), 2007. Disponible en <http://www.ilo.org>

³⁵ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Observación individual del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991), 2009. Disponible en <http://www.ilo.org>

³⁶ Idem.

consulta se aplicará en virtud del artículo 15, 2), a las tierras en el sentido dado por el artículo 13, 2) del Convenio (totalidad del hábitat que los pueblos utilizan u ocupan de alguna manera) y no sólo a los resguardos. La Comisión recuerda que en virtud del artículo 14 los gobiernos tienen la obligación de determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.³⁷

Por otra parte, hay que anotar que la usurpación del territorio y la violación del derecho a la consulta previa están acompañadas de violaciones del derecho a la vida y a la integridad, como producto del uso de la fuerza. Adicional a ello se presentan desplazamientos forzados, lo que vulnera el derecho a la libertad de circulación y residencia. En algunos casos se han presentado amenazas, homicidios y desplazamientos forzados de indígenas.³⁸ La Comisión ha solicitado al Gobierno que garantice estos derechos y adopte medidas al respecto, y que se le informe sobre el estado de las investigaciones.³⁹

CONCLUSIONES

De acuerdo con los pronunciamientos contra Colombia en la OIT se pueden extraer las siguientes conclusiones:

La consulta previa es un derecho fundamental reconocido a las comunidades étnicas, que debe desarrollarse de acuerdo con los usos y las costumbres de cada comunidad en particular. Además de ser un derecho es un mecanismo para hacer efectivo el derecho a la participación, y es un medio de protección de otros derechos, como la vida y la integridad personal, la libertad de circulación y residencia (en casos de desplazamiento forzado), y el derecho al territorio.

El derecho a la consulta previa se encuentra reconocido en el Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad, lo cual implica que existen una serie de obligaciones respecto de las comunidades indígenas y tribales que deben ser respetadas y garantizadas por el Estado.

El derecho a la consulta previa debe estar rodeado de un marco de protección general de las comunidades étnicas, conforme a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, es decir, debe estar acompañado de acciones coordinadas y sistemáticas de

³⁷ Idem.

³⁸ Idem.

³⁹ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Observación individual del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991), 2004. Disponible en <http://www.ilo.org>

protección de los derechos de los pueblos indígenas y de su integridad.

En cuanto a la normatividad, el derecho a la consulta previa envuelve el deber de consultar a las comunidades indígenas y afrodescendientes en la aplicación y formulación de las normas que son susceptibles de afectarles. También implica el deber del Estado de ajustar la normatividad interna a los estándares internacionales.

En los casos relacionados con el derecho al territorio se debe proteger la ocupación ancestral de las comunidades étnicas, lo cual significa que la protección que se otorga al territorio es declarativa y no constitutiva, es decir, que no se crea, sino que se reconoce una situación preexistente, o sea la relación de las comunidades con las tierras que ocupan. Así mismo, son objeto de protección los derechos de propiedad y posesión.

Existe la necesidad del reconocimiento pleno de los derechos de las comunidades étnicas, especialmente de los derechos consagrados en el Convenio 169 y, en desarrollo del mismo, del derecho a la consulta previa y al territorio.

REFERENCIAS

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (arts. 19, 22 y 35 de la Constitución), 2009. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_103488.pdf

Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991). Publicación: 2003. Disponible en <http://www.ilo.org>

Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991). Publicación: 2004. Disponible en <http://www.ilo.org>

Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991). Publicación: 2006, párrafos 4 y 9. Disponible en <http://www.ilo.org>

Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991). Publicación: 2007. Disponible en <http://www.ilo.org>

Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Colombia (ratificación: 1991). Publicación: 2009. Disponible en <http://www.ilo.org>

Solicitud directa individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), Colombia (ratificación: 1991). Envío: 2009. Disponible en <http://www.ilo.org>

Consejo de Administración de la OIT. Reclamación (art. 24), 1999, Colombia, C-169. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT). Disponible en <http://www.ilo.org>

Corte Constitucional

Sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-864 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-461 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda.

Sentencia C-030 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C-175 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Lora, Ana María; Muñoz, Lina y Rodríguez, Gloria (2008). *Manual de acceso a la información y a la participación ambiental en Colombia*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).

Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Historia de la labor de la OIT. Disponible en: <http://www.ilo.org/indigenous/Aboutus/HistoryofILOwork/lang--es/index.htm>.

Implementación de los derechos de los pueblos indígenas: guía práctica del Convenio 169 de la OIT, 2009. Referencia 978-92-2-122378-8 (ISBN). Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf

Rodríguez, Gloria (2008). La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos en Colombia. *Revista Semillas*, 36/37.

Construcción del Puerto Brisa en territorio ancestral, destrucción del cerro sagrado Jukulwa y desconocimiento de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas koguis, arhuacos, kankuamos y wiwas de la Sierra Nevada de Santa Marta

CARMEN ANDREA BECERRA BECERRA*



El presente artículo contextualiza y relata el procedimiento para el otorgamiento de la licencia ambiental del Puerto Multipropósito de Brisa S.A., ubicado en el municipio de Dibulla, corregimiento de Mingueo, departamento de La Guajira, Colombia, territorio ancestral de los pueblos koguis, arhuacos, kankuamos y wiwas de la Sierra Nevada de Santa Marta, y área estratégica para la construcción de mega-proyectos, en franco desconocimiento de los derechos a la consulta previa, libre e informada, a la autonomía y al territorio de los pueblos indígenas.

Palabras clave: consulta previa, libre e informada, derecho al territorio, pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, Puerto Brisa, mega-proyectos.



Port Brisa building in ancestral territory, destruction of the sacred mount Jukulwa and disregard the fundamental rights of the indigenous peoples koguis, arhuacos, kankuamos and wiwas from the Sierra Nevada de Santa Marta.

This article presents the context and the method for authorization of environmental licence of the Port Multipropósito of Brisa S.A, located in the municipality of Dibulla (Mingueo, Department of La Guajira, Colombia), ancestral territory of the indigenous koguis, arhuacos, kankuamos and wiwas

* Abogada especializada en derecho penal; socióloga, Universidad Nacional de Colombia. Investigadora del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).

Recibido: 18-09-2009 – Aceptado: 25-09-2009

from Sierra Nevada in Santa Marta, and strategic area for the mega-projects building, affecting the rights of the free prior informed consent, to the autonomy and the territory of the indigenous people.

Key words: Free, prior and informed consent, territory right, indigenous peoples from Sierra Nevada in Santa Marta, Port Brisa, mega-projects.

INTRODUCCIÓN

El vínculo entre el desarrollo de mega-proyectos en la Sierra Nevada de Santa Marta y la afectación derivada de la construcción de este tipo de obras para la existencia de los pueblos indígenas que ancestralmente ocupan el territorio, es abordado en este escrito a partir de una breve caracterización de la Sierra Nevada como territorio estratégico, contextualizando así la construcción del Puerto de Brisa en territorio ancestral de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, proyecto que en principio fue rechazado por el entonces Ministerio del Medio Ambiente, teniendo en cuenta: i) el carácter irreversible de los impactos ambientales que se generarían, y ii) lo manifestado por las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, respecto a la existencia del sitio sagrado Jukulwa en el área prevista para la construcción del Puerto.

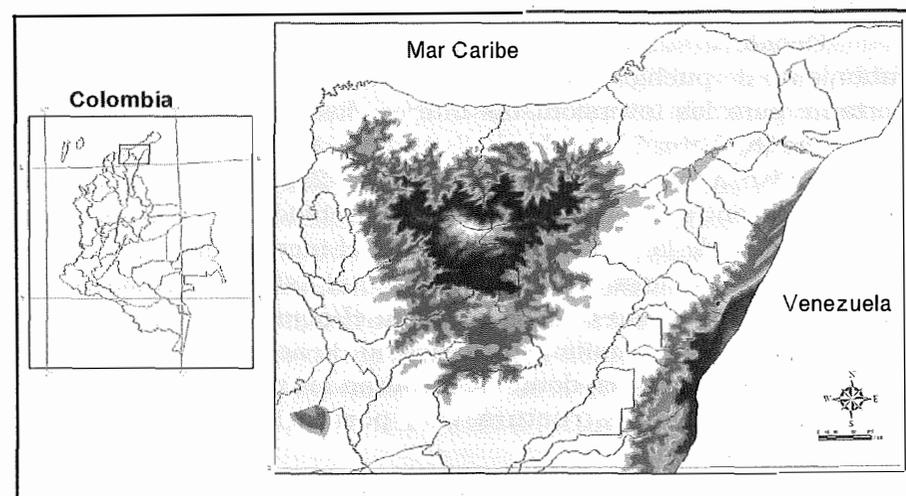
El desconocimiento de dos consultas previas anteriores para proyectos similares en la misma zona de construcción del Puerto de Brisa será abordado posteriormente, evidenciando cómo —de acuerdo con la certificación del Ministerio del Interior—, un territorio ancestral pierde su carácter en menos de una década, dando vía libre al otorgamiento de una licencia ambiental, por parte del Ministerio del Medio Ambiente, sin haberse realizado consulta previa, libre e informada, verificándose entonces la vulneración de los derechos fundamentales de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.

LA SIERRA NEVADA DE SANTA MARTA, TERRITORIO ESTRATÉGICO

La Sierra Nevada de Santa Marta es un sistema montañoso ubicado al nordeste de Colombia, a orillas del mar Caribe; comprende parte de los departamentos de Magdalena, Cesar y La Guajira. Por su posición y características geográficas ha sido considerada como territorio estratégico para el tráfico ilegal de armas y de drogas, para el establecimiento de campamentos militares y como zona de repliegue de otros actores armados.¹

¹ Para un análisis detallado de la Sierra Nevada de Santa Marta como territorio estratégico véase Salamanca (2004).

Mapa 1. Ubicación de la Sierra Nevada de Santa Marta



Fuente: IGAC. Mapa digital integrado. Bogotá. Tomado de Viloria de la Hoz, Joaquín. (Viloria de la Hoz, 2005, p. 8).

Sus particularidades físicas y su condición de reserva natural han contribuido a la expansión de cultivos de uso ilícito y, paradójicamente, han dado vía libre a la destrucción de los ecosistemas.²

En cuanto a sus recursos naturales, una de sus principales riquezas la constituye el agua, cuya producción se estima en 10 mil millones de metros cúbicos al año,³ aportados por sus diferentes ríos,

² La Resolución 0013 de junio de 2003, del Consejo Nacional de Estupefacientes (CNE), autorizó fumigar cualquier parte del territorio nacional —incluyendo parques naturales— con presencia de cultivos ilícitos, y redujo las franjas de seguridad sobre centros poblados, acueductos, páramos, cuerpos de agua y áreas de interés socioeconómico, étnico y ambiental hasta dejarlas prácticamente desprotegidas del efecto deriva. Posteriormente, la Resolución 015 de agosto de 2005 dio vía libre a la aspersión con glifosato en Parques Nacionales. Véase Mejía y Argüelle (2006).

³ “Algunos cálculos indican que los ríos de la Sierra Nevada producen más de 10.000 millones de metros cúbicos de agua por año, y forman valles aluviales que en su conjunto suman 280.000 hectáreas. De éstas, 100.000 hectáreas se encuentran en la cuenca del río Cesar, y otras 100.000 en el Ariguaní, 70.000 en la zona bananera, formada por los ríos Fundación, Aracataca, Tucurínca, Sevilla y Frío, y las 10.000 restantes en la vertiente norte, entre los ríos Córdoba y Don Diego. Los anteriores datos señalan la magnitud del potencial agropecuario de una amplia zona de suelos fértiles, ubicada alrededor de la Sierra Nevada, en su parte plana. El principal obstáculo para desarrollar esta zona es el abastecimiento de agua y la normalización de los caudales a lo largo del año. Por lo anterior, el economista Lauchlin Currie señalaba: ‘No cabe duda que el futuro desarrollo agropecuario del departamento del Magdalena (Cesar y La Guajira) estará condicionado en buena parte al suministro de agua de los ríos de la Sierra Nevada’” (Viloria de

aprovechados para la agricultura y el abastecimiento de acueductos de los centros urbanos, beneficiando a cerca de 1.500.000 habitantes.⁴

Debido a sus características geográficas y climáticas, y al asentamiento de pueblos indígenas, la Sierra representa un atractivo importante para los inversionistas interesados en el ecoturismo y el etnoturismo (Romero, 2006); la Ley 812 de 2003, mediante la cual se aprobó *el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado Comunitario*, contribuyó a garantizar la sostenibilidad de esta actividad con la presencia de la fuerza pública y con el incremento de acciones militares en la zona, legitimadas además por el Estado en el marco del discurso de recuperación de la Sierra, con el objetivo de disminuir la presencia guerrillera y limitar su capacidad de acción, especialmente en las partes más bajas, en donde se localizan los principales intereses relacionados con infraestructura vial, portuaria, energética y de explotación de carbón.⁵

Actualmente están proyectados o en ejecución una serie de mega-proyectos en la Sierra Nevada de Santa Marta,⁶ todos ellos contrarios al

la Hoz (2005). Este documento puede consultarse en la página web del Banco de la República www.banrep.gov.co (Ruta de acceso: Información económica/ Documentos e informes/economía regional/Documentos de trabajo sobre economía regional).

⁴ Véase Población y ordenamiento ambiental, Sierra Nevada de Santa Marta. Disponible en <http://web.minambiente.gov.co/html/oterritorial/ecorregiones/snsm/>.

⁵ “Desde esta perspectiva, más allá de valorar la labor de la Fuerza Pública, tomando como referente el número de irregulares muertos en combate, resulta principal valorar el impacto estratégico—y dentro de éste el impacto territorial— de las operaciones militares. [...] una mayor presencia estatal se ve reflejada en una mayor protección de la infraestructura energética, carbonífera, vial y productiva de la Sierra Nevada y de los territorios periféricos. [...] Parte de este proceso, consiste en aumentar la presencia estatal en esta región del país, como de hecho se está haciendo. Además de las operaciones realizadas por la Segunda y Décima Brigadas del Ejército, en diciembre de 2004 empezó a operar el Batallón de Alta Montaña en el corregimiento de Santa Clara, en Fundación (Magdalena), el cual tiene como misión cortar el paso de los grupos armados irregulares en esta zona, así como ofrecer protección a los habitantes de este sector” (Vicepresidencia de la República, 2006, p. 5).

⁶ “En este momento hay un plan de explotación de las riquezas hídricas de la Sierra Nevada que contempla la construcción de siete (7) represas. Dos de estos proyectos ya han iniciado; la represa en el río Ranchería está en construcción con la presencia de maquinarias y movimientos de tierras en sitios sagrados y la otra, la represa del río Guatapurí, sector Los Besotes, se encuentra en fase de mediciones topográficas. En el caso de la represa en Ranchería el pueblo Wiwa desconoce los supuestos acuerdos que el gobierno necesita para desarrollar este tipo de proyectos en territorios indígenas, y en el caso de Los Besotes la comunidad se encuentra en resistencia a través de la conformación de un asentamiento de cuarenta (40) familias que están a la espera de que el gobierno y sus asociados extranjeros desistan de la realización de este proyecto. Estos proyectos de represa hacen parte del ambicioso plan de acondicionamiento de las tierras del pie de monte de la Sierra Nevada para el establecimiento de monocultivos industriales” (ONIC, 2006).

querer de los pueblos indígenas, a sus intereses, prioridades y planes de vida. Estos proyectos implican en la práctica un ordenamiento territorial, social, político y económico que se superpone a los ordenamientos ancestrales generando cambios bruscos y negativos sobre todos los espacios y ámbitos relacionados con el territorio, afectando de manera directa y profunda la supervivencia de los pueblos indígenas.

Los mega-proyectos, además de tener serias repercusiones ambientales, desconocen la existencia de sitios sagrados, los destruyen o se construyen sobre ellos, afectando los procesos culturales y sociales de los pueblos indígenas, atentando contra las posibilidades de permanencia de su cultura y transmisión del conocimiento tradicional, y constituyendo, en suma, un modelo de violación de los derechos territoriales y de la autonomía, en franco desconocimiento de la relación ancestral que tienen los grupos étnicos con sus territorios (Procuraduría, 2007, p. 67).

LA CONSTRUCCIÓN DEL PUERTO DE BRISA EN TERRITORIO ANCESTRAL DE LOS CUATRO PUEBLOS INDÍGENAS DE LA SIERRA NEVADA DE SANTA MARTA

El Puerto Multipropósito de Brisa es uno de estos proyectos en curso que además de reunir las afectaciones antes señaladas, desconoce los acuerdos suscritos entre el gobierno nacional y las autoridades tradicionales indígenas quienes, tal como lo señala la Procuraduría General de la Nación, definieron conjuntamente los siguientes lineamientos de política ambiental:

La intervención pública y privada en la Sierra nevada se deb[ía] concertar bajo el marco del ordenamiento territorial tradicional indígena, definido por los pueblos indígenas asentados en la Sierra Nevada y la permanente coordinación institucional de las autoridades públicas, se construirían “mecanismos de coordinación entre autoridades públicas (nacionales, regionales y locales) para apoyar la consolidación del territorio tradicional mediante la ampliación, el saneamiento, la recuperación de los sitios sagrados y el desarrollo sostenible según lo establece el Plan Nacional de Desarrollo Hacia un Estado Comunitario, se coordinaría la articulación de las autoridades públicas en el proceso de toma de decisiones ambientales, se fortalecería y garantizaría la supervivencia étnica y cultural de los pueblos indígenas de la Sierra y, se generaría, produciría y establecerían estrategias formales como mecanismos que permiti[er]an redireccionar la concertación y la implementación de los proyectos en el marco del proceso de ordenamiento territorial ancestral de la Sierra Nevada de Santa Marta.⁷

⁷ Véase Resolución 0621 de julio de 2003, del entonces Ministerio del Medio Ambiente, citado en Procuraduría General de la Nación (2007, p. 67).

En desarrollo de estos acuerdos, en diciembre del 2005 se conformó una Mesa Regional y en ella se adoptó *un modelo de ordenamiento territorial de la Sierra Nevada de Santa Marta*, teniendo como fundamento los criterios de ordenamiento ancestral indígena formalmente reconocidos por el gobierno y sistemáticamente incumplidos, tal como lo ilustra el otorgamiento de la licencia ambiental para la construcción del Puerto Multipropósito de Brisa, sobre Jukulwa,⁸ cerro sagrado que de acuerdo con el saber y con las tradiciones ancestrales transmitidas de indígenas koguis, arhuacos, kankuamos y wiwas, regula la salud de los miembros de estos pueblos y la salubridad de su entorno, incluidas las especies animales y vegetales.

Este sitio sagrado está ubicado en el municipio de Dibulla, corregimiento de Mingueo, departamento de La Guajira, zona en la cual se concedió en el año 2006 licencia ambiental para el desarrollo del Puerto Multipropósito de la Empresa Brisa S.A., sin verificarse el procedimiento de consulta previa con los pueblos indígenas sobre un área que forma parte de su territorio ancestral.

DESCONOCIMIENTO DE DOS CONSULTAS PREVIAS ANTERIORES PARA PROYECTOS SIMILARES EN LA ZONA DE CONSTRUCCIÓN DEL PUERTO DE BRISA

Sobre el territorio destinado actualmente para la construcción y operación del Puerto de Brisa S.A. se realizaron dos consultas

“Con el ánimo de aterrizar nuestra posición a la realidad física, espiritual, cultural y ambiental del sitio sagrado Jukulwa es obligación por parte de los cuatro pueblos volver a decir algunas consideraciones específicas, teniendo en cuenta eso sí, el rigor de la normatividad cultural: - Es preciso aclarar que el sitio sagrado de Jukulwa concierne y estructura el principio de la integralidad del territorio y de la cultura, por eso el referido sitio como lo son los otros se constituye en elemento y espacio fundamental que irradia y orienta para la administración del concepto general de educación propia que se sustenta esencialmente por el mantenimiento del equilibrio y la armonía entre la naturaleza y el hombre quien tiene en sí mismo obligaciones insustituibles para que dicha misión sea posible a perpetuidad. - De igual manera, de allí se irradia el concepto de salud propia, que se refiere a un entendimiento de los preceptos y principios cuyo cumplimiento evoque armonía, pues de esta manera allí está encarnado el principio de la verdadera salud universal del hombre, por eso Jukulwa es lugar de control de toda clase de enfermedades humanas, animales, plantas y elementos ambientales (vientos, lluvias, etc.), desde allí se debe evitar que pasen y se desarrollen las enfermedades en nuestras comunidades tal como se ha establecido en el modelo de salud de la IPS indígena Gonawindúa Ette Ennaka y que ha sido radicado en el Ministerio de Protección Social. - De acuerdo con la visión del ordenamiento, Jukulwa es un escenario materno de los cuatro pueblos, por tanto, desde allí se orienta el principio de la autoridad y el ejercicio de la gobernabilidad que implica ejercer orientación a nuestro pueblo, a nuestra comunidad, por eso para nosotros el cerrito que allí se encuentra es una autoridad, representa la autoridad de maku y este tiene la función de controlar y hacer cumplir el orden natural [...]” (Consejo Territorial de Cabildos de la Sierra Nevada de Santa Marta, 2007).

previas anteriores, durante el trámite para la solicitud de las licencias ambientales solicitadas por la Sociedad Puerto Cerrejón S.A. (1998), y posteriormente por el consorcio conformado por la Sociedad Puerto Cerrejón S.A. y Carbones del Cerrejón S.A. (1999). Las autoridades tradicionales de los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta, en el marco de sendas consultas previas, destacaron la existencia de un *sitio sagrado o zona de pago*.

Lo manifestado por los pueblos indígenas quedó registrado en dos actos administrativos mediante los cuales el entonces Ministerio del Medio Ambiente negó las licencias ambientales solicitadas.⁹ De estos Actos Administrativos anteriores se destaca:

- a) La manifestación del Ministerio del Interior, Dirección General de Asuntos Indígenas, reconociendo que el *área del proyecto es territorio indígena y por lo tanto se hacía necesario realizar un proceso de consulta previa*.¹⁰
- b) El pronunciamiento de las autoridades tradicionales de los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta respecto a la existencia de un sitio sagrado o zona de pago, en el desarrollo de las consultas previas realizadas, en los siguientes términos:

Las comunidades indígenas asentadas en la Sierra Nevada de Santa Marta manifestaron no estar de acuerdo con la realización del proyecto de construcción y operación de un puerto carbonífero, por cuanto el sitio escogido para tal fin era considerado por ellos como un sitio sagrado, como una zona de pago, el cual hace parte de su territorio ancestral, motivo por el cual no estaba sujeto de intervención alguna. [...] Que la zona donde está proyectada la construcción del puerto, evidentemente es parte integral del territorio tradicional de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada, más no del territorio del resguardo Kogui-Malayo-Arhuaco. [...] Que a pesar de no existir asentamiento en lo material, en el plano espiritual dicho lugar es habitado por pueblos indígenas y por sus padres ancestrales, con los cuales se guarda el equilibrio de la Sierra y del mundo en general. [...] Que en este lugar existen varios sitios sagrados ubicados en la línea negra. Lugar de permanente comunicación entre las lagunas sagradas ubicadas en las partes altas de la Sierra, comunicación que permite por

⁹ Las resoluciones 0621 del 9 de julio de 1998 y 0201 del 18 de marzo de 1999, negaron el otorgamiento de licencias ambientales a los proyectos presentados por la Sociedad de Puerto Cerrejón, y posteriormente por el consorcio conformado por Puerto Cerrejón S.A. y Carbones del Cerrejón S.A. respectivamente.

¹⁰ Ministerio del Interior, Dirección General de Asuntos Indígenas, oficio del 20 de diciembre de 1995, citado en la Resolución 0621 del 9 de julio de 1998, mediante la cual el Ministerio del Medio Ambiente negó la licencia ambiental ordinaria solicitada por la Sociedad Puerto Cerrejón S.A. con el objeto de construir un puerto carbonífero, el cual se ubicaría entre el arroyo El Pantano y el arroyo El Lagarto, en jurisdicción del municipio de Dibulla, departamento de La Guajira.

medio de interconexión de las partes bajas y las partes altas sostener el equilibrio de los ciclos naturales del agua.¹¹

- c) La decisión del Ministerio del Medio Ambiente de negar el otorgamiento de las licencias ambientales antes referidas, solicitadas por la Sociedad Puerto Cerrejón S.A., y por el consorcio conformado por las Sociedades Puerto Cerrejón S.A. y Carbones del Cerrejón S.A., teniendo en cuenta los dos puntos anteriormente anotados.

La Resolución 0201 del 18 de marzo de 1999, mediante la cual se negó la licencia ambiental solicitada por las Sociedades Puerto Cerrejón S.A., y Carbones del Cerrejón S.A., para la construcción de una Unidad de Abastecimiento Flotante del Puerto Carbonífero de Río Cañas, ubicado en el corregimiento de Mingueo, departamento de La Guajira, reiteró la existencia de un lugar de pago en la zona de construcción del proyecto y la necesidad de desarrollar el procedimiento de consulta previa, destacando lo siguiente:

- 1) Que la zona donde está proyectada la construcción del puerto y por consiguiente la Unidad de Almacenamiento de Combustible, evidentemente es parte integral del territorio tradicional de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada; 2) que el puerto estará localizado a una distancia aproximada de dos kilómetros de la desembocadura del río Cañas, y aproximadamente a 6 kilómetros de la desembocadura del río Jerez, sitios sagrados para las comunidades indígenas, por lo tanto el proyecto y las acciones derivadas del mismo, pueden modificar la dinámica cultural; 3) que las comunidades indígenas solicitan respetar las zonas de pago y en especial la colina lugar de emplazamiento de los tanques de almacenamiento; 4) el Ministerio consideró que teniendo en cuenta que las construcciones de ambos Puertos se encuentran directamente relacionadas y en la misma área, las consideraciones de índole técnica, jurídica, etnocultural y ambiental esbozadas en la Resolución 0621 de 1998 para negar la licencia ambiental en aquel primer proyecto deben ser tenidas en cuenta para proceder a la misma negativa en este segundo proyecto. Específicamente se resalta que así como en el trámite del primer proyecto “se hizo necesario efectuar un proceso de consulta previa con los indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta y en el cual se concluyó que dichas comunidades indígenas se oponían a la construcción de dicho puerto y de cualquier otro proyecto dentro de la línea negra”; 5) que de acuerdo con las normas vigentes “ninguna obra, exploración, explotación o inversión podrá realizarse en Territorio Indígena sin la previa concertación con las autoridades indígenas y sus organizaciones” (énfasis del texto original).¹²

¹¹ Reunión de consulta previa llevada a cabo los días 19 y 20 de julio de 1996 en el sector de Bongá, corregimiento de Mingueo, citada en la Resolución 0621 del 9 de julio de 1998.

¹² Ministerio del Medio Ambiente, Resolución 0201 del 18 de marzo de 1998.

Lo anterior, replicando la vigencia de los argumentos que fundamentaron la decisión de negar la licencia ambiental en una oportunidad anterior. Al respecto, es importante recordar lo expresado por el Consejo de Estado a propósito del análisis de las resoluciones de los años 1998 y 1999:

- i) estas decisiones quedaron en firme y por tanto adquirieron el carácter ejecutivo y ejecutorio que la ley predica para los actos administrativos;
- ii) en tal circunstancia constituyen una defensa del derecho fundamental de las comunidades indígenas a su integridad vital, sociocultural y religiosa, iii) de manera que en cuanto las circunstancias de protección y preservación no hayan cambiado, si bien no puede hablarse de que constituyan derechos adquiridos, sí deben tenerse como punto de referencia por la Administración, para las decisiones a adoptar en el futuro.¹³

Durante el trámite y estudio previo al otorgamiento de la licencia ambiental solicitada por la Empresa Brisa S.A., el Ministerio del Interior certificó en varias oportunidades, *que no existía presencia de comunidades indígenas en la zona de construcción del Proyecto “Puerto Multipropósito Brisa”, y que la misma no se superpone con lugares sagrados o zonas de pago, no siendo necesario agotar el procedimiento de consulta previa.*

Durante el estudio de las licencias solicitadas en los años 1998 y 1999 el Ministerio del Interior, Dirección General de Asuntos Indígenas, manifestó que *el área del proyecto es territorio indígena y por lo tanto se hacía necesario realizar un proceso de consulta previa.*¹⁴ Tratándose de un pronunciamiento acerca de un mismo sitio¹⁵ en el

¹³ “Finalmente, frente a las resoluciones por medio de las cuales se negaron licencias ambientales para proyectos similares, la Sala considera que no puede olvidarse que dichas decisiones quedaron en firme y por tanto adquirieron el carácter ejecutivo y ejecutorio que la ley predica para los actos administrativos y en tal circunstancia constituyen una defensa del derecho fundamental de las comunidades indígenas a su integridad vital, sociocultural y religiosa, de manera que en cuanto las circunstancias de protección y preservación no hayan cambiado, si bien no puede hablarse de que constituyan derechos adquiridos, sí deben tenerse como punto de referencia por la Administración, para las decisiones a adoptar en el futuro”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, 17 de mayo de 2007. Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00026-00(1817). Actor: Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

¹⁴ Ministerio del Interior, Dirección General de Asuntos Indígenas, oficio del 20 de diciembre de 1995, citado en la Resolución 0621 del 9 de julio de 1998, mediante la cual el Ministerio del Medio Ambiente negó la licencia ambiental ordinaria solicitada por la Sociedad Puerto Cerrejón S.A., con el objeto de construir un puerto carbonífero, el cual se ubicaría entre el arroyo El Pantano y el arroyo El Lagarto, en jurisdicción del municipio de Dibulla, departamento de La Guajira.

¹⁵ Esta afirmación ha sido destacada por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en varias oportunidades; a continuación se transcribe un aparte del Auto 983 del 22 de mayo del 2006, por medio del cual este Ministerio resuelve el recurso de reposición interpuesto por

cual se encuentra ubicado el cerro Jukulwa, localizado en la zona de influencia de los proyectos cuyas licencias fueron negadas en los años 1998 y 1999, es pertinente preguntarse si –como parecieran indicarlo las últimas certificaciones del Ministerio del Interior– el lugar sagrado o zona de pago perdió su carácter de tal con el paso del tiempo, o si por el contrario, en este caso puede afirmarse que no han cambiado las circunstancias de protección y conservación de este territorio ancestral debiendo haberse realizado la consulta previa antes de haberse otorgado la licencia ambiental para la construcción del Puerto de Brisa.

UN TERRITORIO ANCESTRAL QUE, DE ACUERDO CON LAS CERTIFICACIONES DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, PIERDE SU CARÁCTER CON EL PASO DE TIEMPO

Durante el trámite de solicitud y otorgamiento de la licencia ambiental para la construcción del proyecto Puerto Multipropósito Brisa S.A. se han vulnerado y continúan vulnerándose los derechos de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta a la integridad social y cultural a través del desconocimiento de un área que forma parte del territorio ancestral, en la cual se encuentra ubicado el cerro Jukulwa, en la cual debió haberse adelantado el procedimiento de la consulta previa, de conformidad con las disposiciones de índole nacional e internacional, vulnerando a la vez el derecho a la participación de las comunidades étnicas en las decisiones que los afectan.

De acuerdo con lo manifestado por el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, durante el estudio de la solicitud para el otorgamiento de la licencia para la construcción del Puerto de Brisa S.A., la consulta previa no se realizó con anterioridad al otorgamiento de dicha licencia, teniendo en cuenta las certificaciones¹⁶

la empresa Brisa S.A. contra el Auto 80 del 20 de enero de 2006, mediante el cual se ordena la realización de la consulta previa para el proyecto Puerto Multipropósito Brisa S.A.: "El auto 80 de 2006, en la parte considerativa enunció las diferentes certificaciones expedidas por el Ministerio del Interior, tal y como lo menciona el recurrente en su escrito. De igual manera en la parte motiva del Auto se hace referencia a los proyectos que con anterioridad pretendían desarrollar otras empresas en *el mismo sitio*, tal y como se afirma en el escrito del recurso presentado. Para el desarrollo de dichos proyectos, en su momento, y de conformidad con los conceptos emitidos por el Ministerio del Interior, se ordenó y celebró consulta con las comunidades indígenas, toda vez que se determinó que en el sitio de ubicación del proyecto [se ratifica que es el mismo sitio actual donde Brisa S.A., pretende desarrollar el proyecto] se encontraban sitios de pago de las comunidades indígenas, siendo éste el fundamento para ordenar la realización de las mismas", p. 13.

¹⁶ Oficios 3435 del 3 de octubre de 2001, y 3820 del 23 de octubre de 2001.

del Ministerio del Interior y Justicia, Dirección de Etnias, en las cuales se afirmó: i) que en la zona de construcción del Puerto no había presencia de comunidades indígenas, y ii) que la misma no se superponía con lugares sagrados ni con zonas de pago, desconociendo a través de lo manifestado en estas certificaciones la existencia de territorio ancestral indígena en el área de construcción del puerto, que no se desdibuja ni pierde su carácter de territorio ancestral con el paso del tiempo, y desconociendo así mismo el derecho a la integridad social y cultural de los cuatro pueblos de la Sierra, considerando que el territorio para los pueblos indígenas se encuentra estrechamente vinculado a su vida social, e integrado a sus creencias y manifestaciones culturales.

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT) expidió el Auto 80 del 20 de enero del 2006, mediante el cual ordenó a la empresa Brisa S.A. adelantar un proceso de consulta previa para el proyecto "Construcción y Operación de la Fase 1 del 'Puerto Multipropósito de Brisa', localizado en jurisdicción del municipio de Dibulla, corregimiento de Mingueo, departamento de La Guajira". Contra esta decisión la Empresa Brisa S.A. interpuso recurso de reposición el 1 de febrero de 2006, por considerar que lo dispuesto por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial se constituía en una violación al principio fundamental del debido proceso, porque la facultad de citar a consulta previa era reglada y no discrecional, no ajustándose en el caso en estudio la procedencia de la consulta previa, por no haberse cumplido uno de los requisitos establecidos en la ley para citar a este procedimiento, como lo era la certificación de presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia del proyecto por parte de la División de Etnias del Ministerio del Interior.

Teniendo en cuenta que la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior certificó la no presencia de comunidades indígenas y de zonas de pago en el área de influencia del proyecto, y que la empresa Brisa S.A. identificó en el estudio complementario de la zona "sitios de interés cultural de las comunidades indígenas", el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial¹⁷ ordenó la práctica de una visita conjunta –de esta cartera y de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de la Justicia– al área de influencia del proyecto, siendo procedente el desarrollo de esta visita para poder resolver el recurso de reposición interpuesto.

Una vez realizada la visita (los días 14 y 15 de marzo del 2006), el Ministerio del Interior y de Justicia reiteró, mediante Oficio 4120-E1-42365 del 15 de mayo del 2006, que *en el área de influencia del proyecto no existe presencia de comunidades indígenas, ni se superpone esta con*

¹⁷ Auto 421 del 9 de marzo del 2006.

lugares sagrados ni de pago establecidos en las Resoluciones 02 del 4 de enero de 1973 y 837 del 28 de agosto de 1995; sin embargo, consideró que teniendo en cuenta lo expresado por los acompañantes a la visita de campo, y por recomendación de los técnicos, considerando que en el área del proyecto se adelantan ceremonias de carácter cultural, debía establecerse de manera concertada entre la empresa y las comunidades un mecanismo mediante el cual las comunidades indígenas pudieran seguir visitando el lugar.

El 22 de mayo del 2006, mediante Auto 983, el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial resolvió el recurso de reposición presentado por la empresa Brisa S.A. contra el Auto 80 del 2006, modificando el artículo primero de este último, y ordenando que la empresa y las comunidades indígenas establecieran de manera concertada un mecanismo que les permitiera a estas últimas seguir visitando el lugar con el fin de adelantar sus prácticas culturales, para lo cual la empresa Brisa S.A. debería dirigirse al Ministerio del Interior y de Justicia para efectos de establecer el mecanismo, acompañamiento y validación de dicho proceso.

UNA LICENCIA AMBIENTAL OTORGADA SIN HABERSE REALIZADO CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

La Resolución 1298 de 2006 mediante la cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial otorgó licencia ambiental a la empresa Brisa S.A. dispuso en su artículo segundo que previo al inicio de la construcción del proyecto, dicha empresa debía adelantar un proceso de concertación con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, teniendo en cuenta los criterios y las disposiciones que dichas comunidades tienen definidos como legítimos para estos efectos, con el propósito de acordar los mecanismos para garantizar a estas comunidades el desarrollo de las prácticas culturales que realizan tradicionalmente en el área de interés del proyecto. Dicha resolución, además de vulnerar el derecho a la consulta previa, vulneró el derecho al debido proceso al no haberse realizado la consulta con anterioridad al otorgamiento de la licencia, y al condicionarse el inicio de las obras previstas para el desarrollo del Puerto de Brisa S.A., no a una consulta previa, libre e informada, sino a un “proceso de concertación de acceso al sitio sagrado”.

Con posterioridad al otorgamiento de la licencia, los ministerios de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y del Interior y de Justicia, en ejercicio de sus facultades legales, realizaron una visita de inspección al lugar del proyecto. En esta oportunidad se constató el inicio de las obras para la construcción del Puerto Multipropósito de Brisa S.A.,

“sin haberse dado cumplimiento al proceso de concertación con las comunidades”, que debía verificarse previo al inicio de la obra de acuerdo con lo establecido en la Resolución 1298 del 2006. Este incumplimiento quedó registrado en el Concepto Técnico 1797 del 3 de octubre del 2006, expedido por el Ministerio del Interior y Justicia. Cabe destacar que uno de los aspectos constatados en la visita fue la afectación al cerro sagrado Jukulwa mediante la perforación del mismo y la apertura de un boquete que fractura el cerro en dos.

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial¹⁸ ordenó la suspensión inmediata de las actividades relacionadas con la construcción del Puerto Multipropósito Brisa, el retiro inmediato de las obras construidas, y el inicio de un programa de restauración de la vegetación intervenida utilizando especies nativas para la recuperación de la dinámica hídrica, biológica y ecológica del humedal, disponiendo además que la suspensión y el retiro inmediato de las obras debían mantenerse hasta que la empresa Brisa S.A. diera cumplimiento a lo ordenado en el artículo segundo de la Resolución 1298 del 30 de junio de 2006; es decir, hasta que se adelantara el proceso de concertación con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.

Es importante destacar que además de haberse reiterado el desarrollo del “proceso de concertación de acceso al sitio sagrado”, y desconociéndose una vez más el derecho a la participación de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta en las decisiones que las afectan, a través de la consulta previa, las medidas solicitadas por el Ministerio de Medio Ambiente no tuvieron en cuenta la afectación ocasionada a los cuatro pueblos de la Sierra Nevada respecto al desarrollo de obras para la construcción del puerto sobre territorio ancestral. Siendo vulnerado nuevamente el derecho a la integridad étnica y cultural de los pueblos indígenas, así como el derecho a la participación en las decisiones que los afectan al no haber sido consultados los cuatro pueblos de la Sierra Nevada respecto a la reparación frente a los daños medioambientales ni culturales ocasionados con la afectación del territorio ancestral y, específicamente, con la apertura de un boquete que fracturó en dos partes el cerro sagrado Jukulwa.

Mediante oficio enviado el 12 de diciembre de 2007 se convocó a las autoridades de los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta a la “última reunión de concertación”,¹⁹ a realizarse el 16 de enero

¹⁸ Resolución 1969 del 4 de octubre del 2006.

¹⁹ Véase el cuadro 1. Cronología del otorgamiento de la licencia ambiental para la construcción del proyecto: Puerto Multipropósito Brisa. La descripción referida a las fechas 1/10/2007 y 27/11/2007, en las que se detalla el contenido de dos citaciones dirigidas a las autoridades tradicionales de la Sierra Nevada de Santa Marta, en el marco del *proceso de concertación*.



Foto: Danilo Villafañe.

Marcha de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta hacia el cerro Jukulwa, luego de su afectación por el inicio de la construcción del Puerto Multipropósito Brisa S.A.

de 2008, para efectos de “acordar los mecanismos que garanticen a las autoridades tradicionales y miembros de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta adelantar sus prácticas culturales en el sitio del proyecto Puerto Multipropósito Brisa S.A.” Esta comunicación se sumó a otras citaciones anteriores que hacían alusión indistintamente a los términos “concertación al acceso al sitio sagrado”, “proceso de concertación para adelantar prácticas culturales”, “proceso de consulta” y “consulta previa”, como si fueran figuras similares y con idénticos propósitos, siendo todas estas convocatorias, además de ambiguas y confusas, tardías y restringidas en cuanto al derecho de los cuatro pueblos de la Sierra a la participación en las decisiones que los afectan y, por tanto, a la consulta previa respecto a la construcción del Puerto Multipropósito de Brisa S.A.

La Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, en ejercicio de sus facultades legales, certificó mediante Oficio 4120-E1-26515 del 10 de marzo de 2008, la culminación del “proceso de concertación” cuya realización había sido ordenada en el artículo segundo de la Resolución 1298 de 2006 expedida por el Ministerio del Medio Ambiente. A su vez, la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio del Medio Ambiente emitió el Concepto Técnico 662 del 22 de abril de 2008, verificando que la empresa Brisa

S. A. había cumplido con el retiro de las obras (terraplén) construidas sobre el bajo, dando así cumplimiento a lo ordenado por ese Ministerio en el artículo 2 de la Resolución 1969 de octubre 4 de 2006.²⁰ Respecto al programa de restauración de la vegetación intervenida, *se estableció que éste debería desarrollarse, inmediatamente la empresa terminara las obras de construcción del viaducto ubicado sobre el bajo.*²¹

Mediante la Resolución 0697 del 30 de abril de 2008 el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial dispuso el levantamiento de la medida preventiva²² (impuesta a la empresa Brisa S.A. a través de la Resolución 1969 del 4 de octubre de 2006) ordenando a Empresa Brisa S. A., continuar con la construcción de la obra por considerar que ya: i) se había surtido el procedimiento de concertación con las autoridades de los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta; ii) se había cumplido con el retiro de las obras construidas por la empresa Brisa S.A. sobre el bajo.

Cabe destacar que de conformidad con la parte motiva del concepto de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior, se entendió cumplido el proceso de concertación por el hecho de haber efectuado tres citaciones a reuniones en las que predominó la no asistencia de los representantes de los pueblos indígenas:

Los representantes de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta obviaron el deber que les asistía de participar, en las oportunidades que han sido convocados, para garantizar ese derecho y la posibilidad de dar a conocer sus apreciaciones y pretensiones, las cuales deben influenciar las decisiones estatales que pudieran afectarlos directamente.²³

Lo anterior se afirmó sin tener en cuenta los argumentos expresados por los representantes de los cuatro pueblos de la Sierra en

²⁰ Resolución 1969 del 4 de octubre del 2006: “Artículo segundo. La empresa Brisa S. A. deberá retirar de inmediato las obras construidas (terraplén) sobre el bajo, e iniciar un programa de restauración de la vegetación intervenida utilizando especies nativas, de tal forma que se recupere la dinámica hídrica, biológica y ecológica del humedal”.

²¹ Resolución 0697 del 30 de abril de 2008, artículo tercero.

²² Consistente en la suspensión de las actividades de construcción del Puerto Multipropósito, hasta verificar el cumplimiento de lo ordenado en el artículo segundo de la Resolución 1298 del 30 de junio de 2006, el cual estableció que previo al inicio de construcción del proyecto autorizado, la Empresa Brisa S. A. debía adelantar un proceso de concertación con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, con el propósito de acordar los mecanismos que garanticen a dichas comunidades continuar con las prácticas culturales desarrolladas tradicionalmente en el sitio donde se va a construir el proyecto, y ordenó retirar las obras construidas sobre el bajo, e iniciar programa de restauración de la vegetación intervenida, utilizando especies nativas, con el fin de recuperar la dinámica hídrica, biológica y ecológica del humedal.

²³ Dirección del Etnias del Ministerio del Interior y Justicia, Oficio OF108-6621-DET-1000, del 7 de marzo del 2008.

la reunión realizada el 1 de noviembre y en la comunicación enviada el 14 de enero del 2008 a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior; en estas oportunidades se expresó que las reuniones a las cuales habían sido convocados fueron: i) confusas, en cuanto a la terminología empleada (“Concertación al acceso al sitio sagrado”, “Proceso de concertación para adelantar prácticas culturales”, “Proceso de consulta”, “Consulta previa”) y, por ende, respecto al propósito y la finalidad de las respectivas reuniones; ii) tardías y restringidas en cuanto a la posibilidad de manifestar la posición de los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta frente al desarrollo del Proyecto “Construcción y operación del Puerto Multipropósito de Brisa S.A.”

El cuadro 1 resume las principales actuaciones administrativas, certificaciones y comunicados que sirvieron de base: i) para el otorgamiento de la licencia ambiental al Puerto de Brisa; ii) para la suspensión de este acto administrativo y posteriormente para el levantamiento de la suspensión de la licencia.

Cuadro 1. Cronología del otorgamiento de la licencia ambiental para la construcción del proyecto: Puerto Multipropósito Brisa.

7/11/2001	La empresa Brisa S.A. solicitó al Ministerio del Medio Ambiente licencia ambiental para la construcción y operación de la Fase 1 del Puerto Multipropósito de Brisa, anexando los oficios 3435 y 3820 del 3 y del 23 de octubre del 2001* expedidos por el Ministerio del Interior y de Justicia en los cuales se señalaba que <i>en el área del proyecto no existía presencia de comunidades indígenas y la misma no se superponía con lugares sagrados o de pago.</i>
26/08/2004	Mediante Oficio 5532 del 26 de agosto de 2004, la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y Justicia reiteró lo manifestado en los dos oficios anteriores respecto a la <i>no presencia en el área del proyecto de comunidades indígenas ni de lugares sagrados o de pago.</i>

* En el primero de los oficios mencionados, Oficio 3435 del 3 de octubre de 2001, se puede leer que: “[...] de acuerdo con las coordenadas del proyecto, concluimos que en el área no existe presencia regular y permanente de comunidades indígenas. Sin embargo, si al realizar el respectivo estudio de impacto ambiental se encuentra dentro del área del proyecto algún punto de pago, se deberá permitir a los Mamos y a los indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, el acceso a estos lugares para cumplir sus prácticas mágico-religiosas, y en caso de verse afectado dicho punto, deberá procederse a realizar la consulta previa”. El segundo, Oficio 3820 del 23 de octubre de 2001, menciona que: “[...] Por lo anterior certificamos que en el área de interés del proyecto no existe presencia de comunidades indígenas y que no se superpone con los lugares sagrados o de ‘Pago’ que se establecen en las resoluciones 0002 del 4 de enero de 1973 y 837 del 28 de agosto de 1995”.

27/09/2005	La Directora de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del MAVDT remitió a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia el Oficio 2400-E2-88804, mediante el cual puso en conocimiento de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia la existencia de dos actos administrativos anteriores, mediante los cuales se había negado la licencia ambiental para el desarrollo de dos proyectos (Prodeco S.A., en el año 1998; Puerto Cerrejón S.A. y Carbones del Cerrejón S.A., en el año 1999) que pretendían desarrollarse en la misma zona identificada por la empresa Brisa S.A. para la construcción y operación de un puerto multipropósito en área del municipio de Dibulla, corregimiento de Mingueo, departamento de La Guajira.
30/10/2005	Mediante escrito dirigido al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (Radicado 4120-EA-111306), la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia reiteró que en el área del proyecto para la construcción y Operación de la Fase 1 del Puerto Multipropósito de Brisa, no existía presencia de comunidades indígenas y que el mismo no se superponía con lugares sagrados o de pago.
20/01/2006	El MAVDT expidió el Auto 80, mediante el cual ordenó a la empresa Brisa S.A. adelantar un proceso de consulta previa para el proyecto “Construcción y Operación de la Fase 1 del Puerto Multipropósito de Brisa, localizado en jurisdicción del municipio de Dibulla, corregimiento de Mingueo, departamento de La Guajira.
1/02/2006	La Empresa Brisa S.A. interpuso recurso de reposición contra el Auto 80 del 20 de enero de 2006, por considerar que lo dispuesto por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial se constituía en una violación al principio fundamental del debido proceso.
9/03/2006	Mediante Auto 421 el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, ordenó la práctica de una visita conjunta –de esta cartera y de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de la Justicia– al área de influencia del proyecto. Lo anterior teniendo en cuenta que aunque la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y Justicia certificó la no presencia en el área de influencia del proyecto de comunidades indígenas ni de zonas de pago, la empresa había identificado en el estudio complementario de la zona prevista para el desarrollo del Proyecto “Construcción y Operación de la Fase 1 del Puerto Multipropósito de Brisa” <i>sitios de interés cultural de las comunidades indígenas</i> , siendo procedente el desarrollo de esta visita para poder resolver el recurso de reposición interpuesto.
15/05/2006	Una vez realizada la visita (los días 14 y 15 de marzo del 2006), el Ministerio del Interior y de Justicia reiteró, mediante Oficio 4120-E1-42365, que <i>en el área de influencia del proyecto no existe presencia de comunidades indígenas, ni se superpone ésta con lugares sagrados ni de pago establecidos en las resoluciones 02 del 4 de enero de 1973 y 837 del 28 de agosto de 1995.</i>

22/05/2006	Mediante Auto 983 el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial resolvió el recurso de reposición presentado, ordenando que la empresa y las comunidades indígenas establecieran de manera concertada —con el acompañamiento del Ministerio del Interior y de Justicia— un mecanismo que les permitiera a estas últimas seguir visitando el lugar con el fin de adelantar sus prácticas culturales.
30/06/2006	Mediante Resolución 1298 del 30 de junio de 2006 el MAVDT otorgó licencia ambiental a la empresa Brisa S.A. para el proyecto denominado “Construcción y Operación de la Fase 1 del Puerto Multipropósito de Brisa”, disponiendo en el artículo segundo que previo al inicio de la Construcción del proyecto, la empresa Brisa S.A. debía adelantar un proceso de concertación con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.
3/10/2006	El Ministerio del Interior y de Justicia expidió el Concepto Técnico 1797 del 3 de octubre del 2006, en el que se registró el inicio de las obras para la construcción del Puerto Multipropósito de Brisa S.A., y la afectación al cerro sagrado Jukulwa mediante la perforación del mismo y la apertura de un boquete que fracturó el cerro en dos, “ <i>sin haberse dado cumplimiento al proceso de concertación con las comunidades</i> ”.
4/10/2006	Mediante Resolución 1969 el MAVDT impuso medida preventiva de suspensión de las actividades de construcción del Puerto hasta que la empresa Brisa S.A. adelantara el proceso de concertación con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.
5/10/2006	Mediante Resolución 1975 el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial abrió investigación administrativa de carácter ambiental contra la empresa Brisa S.A., por el presunto incumplimiento de la obligación establecida en los artículos segundo y parágrafos, artículo tercero numeral 6, artículo cuarto numerales 1, 3, 4 y 6, artículos noveno y décimo segundo de la Resolución 1298 de 2006, y formuló pliego de cargos.
1/10/2007	En Dumingueka (asentamiento Kágabba), corregimiento de Mingueo, se realizó una “reunión de concertación” —citada en tales términos por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior—, a la cual asistieron representantes del MAVDT, de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, de la Procuraduría, de la Defensoría del Pueblo, del Sistema de Parques Naturales, de la Empresa Brisa S.A., y las autoridades tradicionales de los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta. En esta oportunidad las autoridades tradicionales manifestaron su inconformidad por haber sido convocadas en la fecha indicada con el propósito específico de adelantar el “proceso de concertación para acceso al sitio sagrado”, cuando de acuerdo con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT y la Ley 21 de 1991, debió haberse surtido el proceso de consulta previa, con anterioridad a la expedición de la licencia ambiental.

26/11/2007	La Dirección de Etnias del Ministerio del Interior remitió una comunicación a los cabildos de los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta, mediante la cual los convocaba a una reunión que se realizaría el 10 de diciembre del 2007 con el fin de continuar “ <i>el proceso de consulta</i> ” con ocasión del proyecto del Puerto Multipropósito de Brisa S.A.
10/12/2007	La reunión convocada por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia se llevó a cabo <i>con la finalidad de desarrollar el procedimiento previsto para la realización de la “reunión de consulta previa”,</i> a propósito del proyecto “Construcción y Operación de la Fase 1 del Puerto Multipropósito de Brisa”. Las autoridades tradicionales de los cuatro pueblos de la Sierra Nevada no asistieron a la reunión, y remitieron al Ministerio del Interior una comunicación suscrita por los cabildos de los cuatro pueblos, en la que manifestaron las razones por las cuales no asistirían a la reunión citada.
12/12/2007	Mediante oficio enviado por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior, los cabildos de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta fueron convocados a asistir el 16 de enero de 2008 a la “ <i>última reunión de concertación</i> ”, con el propósito de “ <i>acordar los mecanismos que garanticen a las autoridades tradicionales y miembros de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, adelantar sus prácticas culturales en el sitio del proyecto Puerto Multipropósito Brisa S.A.</i> ”
14/01/2008	Los cabildos de los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta manifestaron su decisión de no asistir a la reunión citada, remitiendo una comunicación a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior, en la que manifestaron que las citaciones mediante las cuales habían sido convocados habían sido: i) confusas, en cuanto a la terminología empleada (“Concertación al acceso al sitio sagrado”, “Proceso de concertación para adelantar prácticas culturales”, “Proceso de consulta”, “Consulta previa”) y, por ende, respecto al propósito y la finalidad de las respectivas reuniones; ii) tardías y restringidas en cuanto a la posibilidad de manifestar la posición de los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta frente al desarrollo del Proyecto “Construcción y operación del Puerto Multipropósito de Brisa S.A.”
10/03/2008	La Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, en ejercicio de sus facultades legales certificó, mediante Oficio 4120-E1-26515, la culminación del “proceso de concertación” cuya realización había sido ordenada en el artículo segundo de la Resolución 1298 de 2006, a través del concepto titulado “Sobre el Proceso de Concertación adelantado con los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, para el acceso al sitio de prácticas culturales en donde se pretende realizar el Proyecto: Puerto Multipropósito Brisa S.A.” La Dirección de Etnias efectuó “ <i>Una evaluación del conjunto de hechos que tuvieron lugar dentro del proceso de concertación entre la empresa Brisa S.A. y los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta (Kogui, Arhuaco, Kankuamo y Wiwa), con base en criterios objetivos, ante la negativa de los representantes indígenas a participar en todas las actividades del proceso de concertación</i> ”.

30/04/2008	Mediante Resolución 0697 del 30 de abril de 2008 el MAVDT dispuso el levantamiento de la medida preventiva ordenando a la Empresa Brisa S. A., realizar el “proceso de concertación para acceso al sitio sagrado” con los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.
13/05/2008	La empresa Brisa S.A. interpuso recurso de reposición contra los artículos segundo y tercero de la Resolución 0697 del 30 de abril del 2008. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Empresa Brisa S.A. confirmando el contenido de los artículos segundo y tercero de la Resolución 0697 del 30 de abril del 2008.
08/2008	Según consta en el registro de solicitud de modificación de licencias del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en el mes de agosto de 2008, la empresa Brisa solicitó términos de referencia para la modificación de la licencia ambiental para incluir carbón, y en diciembre de 2008 entregó información adicional para la toma de decisión.
2009	Autos de inicio 1027 del 15 de abril de 2009, 1994 del 8 de julio del 2009 y 2005 del 9 de julio de 2009 relacionados con el trámite de modificación de la licencia para incluir el carbón como material transportable a través del puerto.

** Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, Radicado 4120-E1-26515 del 10 de marzo de 2008.

Fuente: elaboración propia.

VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS CUATRO PUEBLOS INDÍGENAS DE LA SIERRA NEVADA DE SANTA MARTA

Durante el trámite de otorgamiento de la licencia ambiental para el proyecto Puerto Multipropósito Brisa S.A. se vulneraron y continúan siendo vulnerados los derechos de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta a la integridad vital, sociocultural y religiosa, a la participación en las decisiones que los afectan, a la consulta previa, libre e informada, a la autonomía y al debido proceso, por las razones que se resumen a continuación:

- Los representantes de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta fueron convocados a participar en un proceso de “concertación” tardío y a destiempo, es decir, cuando ya había sido otorgada la licencia para la construcción del puerto se les convocó a ejercer el derecho a la participación en las decisiones que los afectan; siendo lógico y coherente afirmar que, en este caso, la consulta no fue previa, en otras palabras: el procedimiento de consulta previa no se realizó con antelación, sino con posterioridad a la expedición del respectivo acto administrativo.

- El llamado “proceso de concertación” al cual fueron convocados los representantes de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta asumió el carácter meramente formal de la imposición –o en el mejor de los casos la notificación– de una decisión ya tomada por el Ministerio de Medio Ambiente (otorgamiento de la licencia), dejando como única posibilidad el desarrollo de un acuerdo (proceso de concertación) entre la empresa y los representantes de los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta, “con el propósito de acordar los mecanismos que garanticen a dichas comunidades, que puedan continuar con las prácticas culturales que realizan tradicionalmente en el sitio donde se va a construir el proyecto”.²⁴
- El “proceso de concertación” que se desarrolló bajo la coordinación de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior, se caracterizó por el empleo inadecuado y confuso de la terminología y, por tanto, de los propósitos y las finalidades para los cuales fueron citados los representantes de los pueblos indígenas, reemplazando así el contenido y el fin mismo del derecho a la consulta previa, reconocido en la normatividad nacional e internacional, por el procedimiento sui generis de “concertación de acceso al sitio sagrado”, pretendiendo asimilar una y otra figura.

De conformidad con lo anotado, los derechos fundamentales de los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta fueron vulnerados al no permitírseles manifestar su posición frente a la construcción del Proyecto presentado por la Empresa Brisa S.A., en un área que integra el territorio ancestral, y cuya modificación de licencia ambiental fue solicitada recientemente por la mencionada empresa.

Según consta en el registro de solicitud de modificación de licencias del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en el mes de agosto de 2008, la empresa Brisa solicitó términos de referencia para la modificación de la licencia ambiental con la finalidad de transportar carbón, esta decisión aún se encuentra en curso. Al respecto es necesario recordar que los proyectos cuyo desarrollo estaba previsto en la misma área de construcción del Puerto de Brisa, y respecto de los cuales no se otorgó licencia en los años 1998 y 1999, coinciden con el proyecto del Puerto de Brisa en la imposibilidad de destinarse para transporte de carbón, dada la irreversibilidad de los impactos ambientales sobre el ecosistema de la zona. El precedente del desconocimiento de lo

²⁴ Resolución 1298 del 30 de junio de 2006.

manifestado por las autoridades indígenas en el marco de las consultas previas que se realizaron entonces frente al proyecto del Puerto de Brisa, actualmente en curso, permite prever un visto bueno a esta última solicitud presentada por la empresa.

ACCIONES JURÍDICAS, DECISIONES Y ACTUACIONES ADELANTADAS EN EL CASO DEL PUERTO MULTIPROPÓSITO DE BRISA S.A.

Con fundamento en los hechos anteriormente descritos se interpuso acción de tutela contra el Ministerio del Interior y de Justicia, Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial y la Empresa Brisa S.A., demandando la protección de los derechos fundamentales de los pueblos kogi, arhuaco, kankuamo y wiwa a la consulta previa, como manifestación del derecho a la participación en las decisiones que los afectan; a la diversidad étnica, social, cultural y religiosa; a la autonomía, y al debido proceso.

El cuadro 2 resume las principales acciones jurídicas, decisiones y actuaciones adelantadas en el caso del Puerto Multipropósito de Brisa S.A.

Cuadro 2. Acciones jurídicas, actuaciones y decisiones adelantadas en el caso Puerto Brisa

8 /07/2008	Los abogados del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), actuando en nombre y representación de los Cabildos Gobernadores de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, interpusieron acción de tutela contra el Ministerio del Interior y de Justicia, Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial y la Empresa Brisa S.A., demandando la protección de los derechos fundamentales de los pueblos kogi, arhuaco, kankuamo y wiwa a la consulta previa, como manifestación del derecho a la participación en las decisiones que los afectan; a la diversidad étnica, social, cultural y religiosa; a la autonomía, y al debido proceso.
22/09/ 2008	El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, resolvió negar por improcedente la acción de tutela presentada en defensa de los derechos fundamentales de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, argumentando que en este caso existían otros medios de defensa, y que el amparo de los derechos invocados había sido extemporáneo.

20/10/2008	Se presentó recurso de impugnación ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, por considerar que la acción de tutela presentada era plenamente procedente, solicitando por medio de este recurso que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia revise la decisión del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal.
13711/2008	La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal.
27/11/2008	Ante la Corte Constitucional, Sala de selección de tutelas, se presentó solicitud de revisión de la decisión proferida por la Corte Suprema Justicia, Sala Penal.
18/12/2008	La Corte Constitucional seleccionó la Acción de Tutela para revisión.
17/04/2009	La Corte Constitucional ordenó práctica de pruebas.
22/04/2009	Ante la Secretaría de la Corte Constitucional se radicó el documento titulado <i>Observaciones aclaratorias de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta frente al Puerto Multipropósito Brisa</i> , suscrito por el Cabildo Gobernador de la Organización Gonawindua Tayrona.

Fuente: elaboración propia.

Actualmente la tutela se encuentra en revisión en la Corte Constitucional, y se espera que las pruebas que este Tribunal ordenó recientemente, dentro del proceso de análisis del caso, permitan la inaplicación de la Resolución 1298 de 2006, mediante la cual el MAVDT ordenó el proceso de concertación, restableciendo de esta manera el derecho a la consulta previa, abordando desde un enfoque pluralista la reparación por los daños causados al territorio ancestral y, por ende, a la integridad étnica y cultural de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

La vulneración de los derechos al territorio y a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, en el caso del Puerto de Brisa, continuará si como resultado del *proceso de concertación* –que de acuerdo con la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior ya se surtió– se impone a los cuatro pueblos indígenas de la Sierra “*un mecanismo de acceso a un sitio de interés cultural*”, desconociendo con esta misma expresión: i) que el área en que se desarrolla actualmente el proyecto forma parte del territorio ancestral; ii) que el cerro Jukulwa es un sitio sagrado y lugar de pago, ²⁵ de acuerdo con lo manifestado por los representantes

²⁵ Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado manifestó: “De los textos del Auto 80 del 20 de enero de 2006 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial;

de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra en dos consultas anteriores realizadas respecto a dos proyectos que durante la década de los noventa pretendieron infructuosamente el otorgamiento de licencias ambientales para el desarrollo de obras en la misma área.

Al haberse justificado la no realización de la consulta previa con antelación a la decisión de otorgar o no la licencia ambiental a la Empresa Brisa S.A. –acudiendo a lo certificado por el Ministerio del Interior–, el Ministerio del Medio Ambiente optó por ordenar el desarrollo de un proceso de concertación mediante el cual se desdibujó el derecho a la participación y, por consiguiente, el derecho a la consulta libre, previa e informada de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra.

Las certificaciones del Ministerio del Interior,²⁶ en virtud de las cuales se reiteró en varias ocasiones la *no presencia en el área de influencia del proyecto de comunidades indígenas ni de zonas de pago*, caracterizando peyorativamente el cerro Jukulwa como *un sitio de interés cultural*, constituye a todas luces una afirmación errónea, que sirvió de fundamento: i) al otorgamiento de la licencia ambiental; ii) a la decisión de ordenar el desarrollo de un proceso de concertación –y no de consulta previa, libre e informada– con antelación al inicio de las obras, y, recientemente, iii) a una propuesta de acceso al sitio para prácticas culturales formulada por la empresa Brisa S.A., que ubica el sitio para que los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada *continúen*

del Oficio del Ministerio del Interior que recoge los resultados de la visita de inspección realizada en asocio con el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en el área donde se adelanta el proyecto; del artículo 2º de la Resolución 1298 del 30 de junio de 2006 por medio de la cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial otorgó la licencia ambiental para el proyecto; entre otras piezas del expediente, la Sala concluye que para las autoridades competentes no hay duda que el proyecto denominado ‘*Construcción y Operación de la Fase 1 del Puerto Multipropósito de Brisa, localizado en jurisdicción del municipio de Dibulla, Corregimiento de Mingueo, Departamento de la Guajira*’, se encuentra en áreas de pago de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, a lo que hay que agregar como expresamente lo manifiesta la directora de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales de Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial mediante Oficio 2400-E2-88804 del 27 de septiembre de 2005 dirigido a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, que “la colina a que se refieren las comunidades en el caso de la Unidad de Abastecimiento Flotante del Puerto Carbonífero del Río Cañas, es la misma que tiene contemplado intervenir el proyecto Puerto Multipropósito Brisa...”. Véase Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Bogotá D. C., 17 de mayo de 2007. Radicación 11001-03-06-000-2007-00026-00(1817). Actor: Ministro de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial.

²⁶ “Que teniendo en cuenta que en el área del proyecto se adelantan ceremonias de carácter cultural, la empresa Brisa S.A. debe establecer de manera concertada un mecanismo mediante el cual las autoridades indígenas puedan continuar visitando este lugar para adelantar dichas prácticas”. Oficio 4120-E1-42365 del 15 de mayo de 2006, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, citado en la Resolución 1298 del 30 de junio de 2006, hoja No. 5.

desarrollando sus prácticas culturales, no en el cerro Jukulwa, sino a 1500 metros de este lugar, propuesta que de acuerdo con lo ordenado por el Ministerio del Medio Ambiente en la Resolución 0697 del abril del 2008, deberá ser sustituida por una propuesta alternativa, de conformidad con la obligación establecida en el artículo segundo de la Resolución 1298 de 2006.

Es necesario incorporar al análisis de los derechos de los pueblos indígenas la perspectiva del territorio ancestral desde la integralidad, así como la experiencia de resistencia de estas comunidades por permanecer en él; en este sentido, merece especial valoración la aproximación a la concepción de territorio desde la cosmovisión de estos grupos étnicos, y la afectación del mismo con la construcción de mega-proyectos.

REFERENCIAS

- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Bogotá D. C., 17 de mayo de 2007. Radicación 11001-03-06-000-2007-00026-00(1817). Actor: Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.
- Consejo Nacional de Estupefacientes, Resolución 0013 de junio de 2003.
- — Resolución 0621 de julio de 2003.
- — Resolución 015 de agosto de 2005.
- Consejo Territorial de Cabildos de la Sierra Nevada de Santa Marta (2007). “Posición de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta frente a los proyectos multipropósito de Puerto Brisa en Dibulla y represa en Besotes y Ranchería: afectación a nuestras culturas”: Organización Gonawindua Tayrona (OGT), Organización Wiwa Yugumaian Bunkwanarrua Tayrona (OWYBT), Confederación Indígena Tayrona (CIT), Organización Indígena Kankuama (OIK). Mingueo, Dibulla, La Guajira, 18 de abril de 2007.
- Mejía, Sandra y Luis I. Argüelle (2006). Parques Nacionales, ¿naturaleza en vía de extinción?, *UN periódico*, 97, septiembre de 2006. Unimedios, Universidad Nacional de Colombia. Disponible en: <http://unperiodico.unal.edu.co/ediciones/82/04.htm>
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Población y ordenamiento ambiental, Sierra Nevada de Santa Marta. Disponible en: <http://web.minambiente.gov.co/html/oterritorial/ecorregiones/snsn/>.
- Resolución 0201 del 18 de marzo de 1998.
- Resolución 0621 del 9 de julio de 1998.
- Resolución 0201 del 18 de marzo de 1999.
- Auto 80 del 20 de enero de 2006.
- Auto 421 del 9 de marzo del 2006.
- Resolución 1969 del 4 de octubre del 2006.

- _____. Resolución 0697 del 30 de abril de 2008.
- Ministerio del Interior, Resolución 0621 del 9 de julio de 1998.
- _____. Oficio 3435 del 3 de octubre de 2001.
- _____. Oficio 3820 del 23 de octubre de 2001.
- _____. Oficio OF108-6621-DET-1000, del 7 de marzo del 2008.
- ONIC (2006). Pronunciamiento de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Los Chunduas (Santa Marta) Kaggaba, Iku, Wiwa, Kachukwa. Simonarwa, Colombia, julio, en: <http://www.onic.org.co/actualidad.shtml?x=667>.
- Procuraduría General de la Nación (2007). "Primero las víctimas. Criterios para la reparación integral de víctimas individuales y grupos étnicos", Bogotá.
- Romero, Amanda (2006). Situación de derechos humanos y derecho internacional humanitario pueblo kankuamo, Sierra Nevada de Santa Marta, Valledupar, Cesar, 2005- 2006 (primer trimestre). Bogotá, D. C. Consejo Nacional Indígena de Paz (Conip).
- Salamanca, Rosa Emilia (2004). Estudio de caso sobre pueblos indígenas y conflicto: caso Sierra Nevada de Santa Marta y Serranía de Perijá (pueblos indígenas Iku, Wiwa, Kogui, Kankuamo, Yukpa de Colombia). Chandra Roy, Victoria Tauli-Corpuz y Amanda Romero-Medina (eds.). Tebtebba Foundation.
- Vicepresidencia de la República (2006). Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH. *Dinámica reciente de la confrontación armada en la Sierra Nevada de Santa Marta*. Disponible en: http://www.derechoshumanos.gov.co/observatorio/04_publicaciones/sierra_nevada.pdf
- Viloria de la Hoz, Joaquín (2005). *Sierra Nevada de Santa Marta: economía de sus recursos naturales*, 61. Banco de la República, Centro de Estudios Económicos Regionales (CEER) Cartagena.

Fundamentación jurídica del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado en el marco del Convenio 169 de la OIT. El caso de Perú*

PATRICIA URTEAGA CROVETTO**



El artículo analiza el derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado desde la lógica del derecho indígena y del derecho internacional, recalcando de esta manera la imbricación conceptual existente entre aquél y los demás derechos indígenas reconocidos en diversos instrumentos internacionales. Explora los aspectos procedimentales y sustantivos de la consulta, así como el desarrollo de la jurisprudencia internacional en el tema, mostrando el desfase existente entre éste y los debates ocurridos en el Perú a raíz de la eventual aprobación de una ley sobre la consulta previa. Demuestra que el reconocimiento de derechos como la consulta y el consentimiento previo, libre e informado es visto por algunos sectores del Estado como potencialmente desfavorable para la promoción de la inversión privada, por ello menoscaban su contenido en el derecho interno, afectando de esta manera los derechos de los pueblos indígenas que enfrentan las consecuencias de proyectos extractivos que operan en sus tierras. Finalmente, el artículo sostiene que la consulta y el consentimiento libre, previo e informado es un derecho fundamental, en la medida que garantiza la vigencia y el respeto de derechos fundamentales de los pueblos indígenas, como la propiedad colectiva de la tierra y el territorio, la cultura, la autodeterminación, además de su propia subsistencia como pueblos.

Palabras clave: consulta, consentimiento, derecho indígena, derechos fundamentales.

* Este artículo fue realizado con base en la consultoría "Fundamentación jurídica del derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado en el marco del Convenio 169 de la OIT", solicitada en 2009 por la ONG Grupo de Trabajo Racimos de Ungurahui.

** Licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; Ph.D. en Antropología por la Universidad de California, Berkeley. Ha trabajado con organizaciones indígenas amazónicas desde 1989. Es catedrática en la Pontificia Universidad Católica del Perú. purteaga@pucep.edu.pe.



Legal foundations of the right to the previous free and informed assent under the agreement 169 of the OIT. The case of Peru.

In this paper, I analyze the right to free, prior and informed consultation and consent from the perspective of the indigenous law, thus emphasizing the conceptual link between these and other rights recognized in several international legal instruments. It explores procedural and substantial aspects of the right to consultation and consent, and the development of international jurisprudence in the topic, thus unveiling the gap between it and current debates in Peru in regards to an eventual law of prior consultation. It demonstrates that the recognition of indigenous rights, such as the free, prior and informed consultation and consent is considered by some state officials as potentially harming to the promotion of private investment, for which they tend to diminish its content in the national law, thus affecting the rights of Indigenous Peoples who currently face the consequences of extractive industries in their territories. Finally, I contend that the right to free, prior and informed consultation and consent is a fundamental right because it guarantees the enforcement and respect of fundamental rights of Indigenous Peoples, such as the collective property right to territory, culture, self-determination, and its own subsistence as peoples.

Key words: Consultation, consent, indigenous law, fundamental rights.

INTRODUCCIÓN

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1992) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes ha marcado un hito en la historia legal del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas desde su ratificación en el año 1989. El 26 de noviembre de 1993, mediante Resolución Legislativa 26253, el Congreso de la República del Perú aprobó el Convenio 169; el 2 de diciembre de 1993 el poder ejecutivo promulgó la norma, y el 17 de enero de 1994 el Congreso de la República lo ratificó, de modo que el 2 de enero de 1995 entró en vigencia. De esta manera, el Convenio 169 se convierte en norma nacional y es parte del derecho peruano.

El Convenio 169 define a los pueblos indígenas como aquellos [...] pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, *cualquiera que sea su situación jurídica*, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (artículo 1.1 b) (énfasis agregado).

Si bien pocas normas en el derecho peruano han recogido expresamente el término “pueblos indígenas”¹ al indicar en el artículo citado que el Convenio se aplica “a los pueblos en países independientes, considerados indígenas [...] cualquiera que sea su situación jurídica”, el Convenio garantiza su protección, aún cuando asuman la figura interna legal de comunidades campesinas y nativas.

A pesar de estas normas y de su potencial para la protección legal de los sujetos de estos derechos, la violación de los derechos de los pueblos indígenas no ha cesado. En efecto, hace algunos años, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas indicó en las conclusiones finales de un informe realizado en 2001 que “nota con pesar que las tierras tradicionales de los grupos indígenas han sido reducidas u ocupadas, sin su consentimiento, por compañías madereras, mineras y de petróleo, a expensas del ejercicio de su cultura y del equilibrio del ecosistema”.²

Esto sucede debido a múltiples razones. La más importante es la reticencia de los Estados, muchos de ellos partes firmantes del Convenio, a reconocer legal e irrestrictamente los derechos de los pueblos indígenas, pues consideran que son obstáculos al desarrollo nacional.³ Para ello han generado argumentos surrealistas que en algunos casos rechazan y en otros ignoran los preceptos vinculantes del derecho internacional, indicando básicamente que en la medida que no sean incorporados y/o desarrollados en la legislación nacional no se encuentran vigentes y, por ende, no son vinculantes.

La Ley 27811, que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos, del 08 de agosto de 2002, define a los pueblos indígenas en el literal a) del artículo 2 de la siguiente manera: “Pueblos indígenas.- Son pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales. En éstos se incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas. La denominación ‘indígenas’ comprende y puede emplearse como sinónimo de ‘originarios’, ‘tradicionales’, ‘étnicos’, ‘ancestrales’, ‘nativos’ u otros vocablos”. Igualmente, la Ley General del Ambiente 28611 y la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial 28736 también reconocen e incluyen el término “pueblos indígenas”.

Conclusiones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Colombia, 30/11/2001. E/C. 12/Add. 1/74, en párr. 12 (citado en Forest Peoples Programme, 2004, p. 2). En este estudio el Comité recomendó que el Estado debe consultar y lograr el acuerdo de los pueblos indígenas afectados. Véase “El derecho de los pueblos indígenas al consentimiento libre, previo e informado y la Revisión de las Industrias Extractivas del Banco Mundial”, documento de Forest Peoples Programme (2004).

Véase, en este sentido, el comunicado de prensa 34/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de 8 de agosto de 2008, p. 1. Véase también el informe final de José Martínez Cobo (1987).

Ligado a ello está la actitud de varias instituciones financieras internacionales (IFI) que, tanto como los Estados, se oponen a la implementación legal interna de los derechos de los pueblos indígenas y a su respeto en la práctica. La priorización de su agenda económica por encima de los derechos indígenas los hace hostiles al desarrollo de estos derechos en el marco legal interno de los países con los que negocian, pues consideran que frenan el desarrollo. Este es el caso del Comité de Gestión del Banco Mundial, que rechaza el reconocimiento del derecho al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas afectados por proyectos petroleros, gasíferos y mineros (Forest Peoples Programme, 2004, p. 5; Colchester y MacKay, 2004, pp. 17, 32). La coincidencia de opinión entre los Estados y las IFI no es casual y se basa fundamentalmente en la relación de dependencia económica que han establecido y que en muchas regiones del mundo es la causa de la crítica situación de los pueblos indígenas. Este hecho ya ha sido considerado en las Naciones Unidas. Por ello, el informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen (2004, p. 9), recomienda que “los derechos de los pueblos indígenas enunciados en las leyes nacionales e internacionales deben gozar de prioridad frente a otros intereses y ha exhortado a los gobiernos a esforzarse por ajustar sus leyes en consecuencia”.

Mientras tanto, en los foros internacionales se sigue avanzando paulatinamente en la elaboración de instrumentos legales que reconocen los derechos de los pueblos indígenas. En septiembre de 2007, se aprobó la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, de la cual Perú es signatario, que aunque no tiene la misma fuerza legal de un tratado o convenio constituye parte de lo que se ha denominado en la doctrina como *soft law* (Donayre, 2005) y principios del derecho internacional consuetudinario (Colchester y MacKay, 2004, p. 14). Igualmente, la propuesta de Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas forma parte de este marco de *soft law*. El uso de estas normas de parte de las cortes nacionales e internacionales ha logrado en muchos casos interesantes argumentos que constituyen precedentes legales, de allí su importancia para el desarrollo legislativo.

En este documento desarrollaremos los fundamentos jurídicos del contenido y los alcances del derecho a la consulta y el consentimiento libres, previos, e informados.

PAUTAS DE INTERPRETACIÓN

Aspectos sustantivos

1. La lógica de la integralidad de los derechos indígenas y el Convenio 169 de la OIT. Elementos para la interpretación

Diversos autores han demostrado que existe una lógica de indivisibilidad e interdependencia en el derecho indígena, tal como existe en los derechos humanos en general.⁴ Esta lógica tiene que ver con la integralidad de los derechos indígenas, por lo que su desarticulación vaciaría de contenido a cada uno de los demás derechos. Los derechos al territorio y los recursos naturales; a la identidad y la cultura; a la libre determinación; a la participación, la consulta y el consentimiento libres, previos e informados, así como el derecho indígena (o consuetudinario) son derechos básicos que deben ser entendidos como *interdependientes* e *indivisibles*. Es decir, un pueblo indígena requiere para su existencia que se respete su territorio, su derecho a la libre determinación, a la consulta y participación, a la identidad y cultura, y a una jurisdicción propia. Se trata en buena cuenta de un sistema integral e integrado, cuyo valor legal ya ha sido reconocido internacionalmente y que debe ser recogido como tal en las legislaciones particulares de los Estados.

Éste es el sentido que el Convenio 169 les da a los derechos indígenas y es en este entender que sus normas deben ser interpretadas de manera integral y sin desnaturalizar el sentido del Convenio. Veamos algunos ejemplos que demuestran la lógica integral del derecho indígena. En el Convenio 169 el territorio está ligado a la identidad de los pueblos indígenas, por lo cual guarda estrecha relación con la espiritualidad y cultura de estos pueblos. El artículo 13.1 del Convenio establece que “los gobiernos deberán respetar la *importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios*, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular *los aspectos colectivos de esa relación*” (énfasis agregado).

Así también ha sido comprendido por expertos en el tema, como Mary Robinson, ex alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, quien señala:

El 16 de diciembre de 1977, la Asamblea General de las Naciones Unidas emitió la Resolución 32/130 según la cual se reconocen los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 se ratifican los mismos principios, estableciéndose que se debe otorgar la misma consideración a la protección, defensa y ejecución de todos los derechos humanos.

Los derechos sobre la tierra necesitan incluir el reconocimiento de la relación espiritual que tienen los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales. Y la base económica que provee la tierra necesita ser acompañada por un reconocimiento de las propias instituciones políticas y legales, tradiciones culturales y organizaciones sociales de los pueblos indígenas. La tierra y la cultura, el desarrollo, los valores espirituales y el conocimiento constituyen una sola cosa. No reconocer a uno es no reconocer a ningún otro (Robinson, 2001; citada en Forest Peoples Programme, 2004, p. 21).

Del mismo modo lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas resoluciones demuestran esta forma de interpretación integral. Así, su sentencia del 31 de agosto de 2001, en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, recoge los alegatos *a* y *b* de la Comisión respecto al artículo 21 de la Convención y establece en la Consideración 149 que la propiedad indígena del territorio tiene características particulares y como tal debe ser reconocida y cautelada por el Estado. No se trata, dice la Corte, de un derecho de propiedad tal como es conocido por el derecho occidental, sino de uno que está ligado a las normas y al derecho consuetudinario, tal como lo entienden los pueblos indígenas en cada caso particular.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, del 28 de noviembre de 2007, se pronunció sobre varios derechos de los pueblos indígenas, como el derecho de propiedad colectiva del territorio, el derecho a disfrutar de los recursos naturales que existen en su territorio y el derecho a ser consultados en caso de que los proyectos que se desarrollen en sus tierras pudieran afectarlos. En esta sentencia la Corte esgrime la interpretación integral de los derechos indígenas al indicar que uno de los requisitos para determinar la existencia de un pueblo indígena es la prueba de que éste mantiene una relación espiritual profunda con el territorio que ha “usado y ocupado tradicionalmente”. Dice la Corte Interamericana:

[...] la tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka. Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual. En este territorio, el pueblo Saramaka caza, pesca y cosecha, y recogen agua, plantas para fines medicinales, aceites, minerales y madera. Los sitios sagrados están distribuidos en todo el territorio, a la vez que el territorio en sí tiene un valor sagrado para ellos.⁵

En casos como Mayagna, Sawhoyamaya y Yakye Axa, la Corte destacó que el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos

⁵ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 82.

Humanos protege la relación profunda material y espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras y recursos naturales, que se expresa en el derecho a la propiedad colectiva de la tierra. La Corte Interamericana estableció:

[...] la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.⁶

Se trata entonces no solo de proteger un bien material, sino fundamentalmente del sentido inmanente y trascendente que tiene el territorio para un grupo de personas con una cultura y una identidad distintas y únicas. El derecho de propiedad indígena que la Convención Americana protege conlleva un deber de parte de los Estados de respetarlo, pues de ese modo se garantiza la “supervivencia social, cultural y económica” de estos pueblos. En razón de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados deben garantizar este derecho mediante medidas especiales. Ello implica, a su vez, el reconocimiento del derecho de libre determinación de los pueblos, de manera que “determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente”.⁷

La imbricación entre el derecho al territorio, la tierra y los recursos naturales, por una parte, y el derecho indígena y el derecho al consentimiento libre, previo e informado, por la otra, ha sido señalada por Anaya (2005, p. 14) en el sentido de que este último no podría cumplir el objetivo de proteger el derecho al territorio y a la tierra si éstos no estuvieran claramente reconocidos y protegidos. En ese sentido, es importante recalcar la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que ha señalado que los derechos de propiedad indígena no son exclusivamente definidos mediante títulos otorgados por el derecho del Estado, sino también incluyen la protección que les otorga el derecho indígena, las costumbres y la tradición.⁸

La Corte Interamericana también había expresado anteriormente que el acceso y uso de los recursos naturales del territorio indígena son

⁶ Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (*Sumo*) Awas Tingni, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, No. 79, párrafo 149.

⁷ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 95.

⁸ Véanse los casos Awas Tingni vs. Nicaragua y Saramaka vs. Surinam.

una condición fundamental para la subsistencia cultural y económica del pueblo y de sus integrantes, por lo que el artículo 21 de la Convención Americana protege dicho derecho. Se trata, entonces:

[...] garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados [...] [de manera que] el 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 del territorio.⁹

En suma, los derechos indígenas son derechos transgeneracionales, multidimensionales y culturalmente específicos y deben ser interpretados de manera interrelacionada e integrada. La interdependencia e indivisibilidad de los derechos indígenas reconocidos en instrumentos legales internacionales, así como en algunas legislaciones nacionales –particularmente, en el desarrollo jurisprudencial de las cortes internacionales–, es un elemento fundamental para entender la lógica jurídica que subyace al derecho indígena y al reconocimiento e implementación de los derechos de los pueblos indígenas. De no entenderlo así, corremos el riesgo de desnaturalizarlos y desproteger a los pueblos cuyos derechos están en riesgo, así como de trasgredir el sentido jurídico que informan los instrumentos internacionales que los reconocen. Más adelante veremos la importancia de la interpretación integral de los derechos indígenas en el caso específico de la consulta y el consentimiento libres, previos e informados.

2. Un derecho base para entender el derecho a la consulta y consentimiento libres, previos e informados: el derecho a la libre determinación

Siguiendo la lógica de interpretación integral de los derechos de los pueblos indígenas, en esta sección desarrollamos la relación que existe entre el derecho a la participación, consulta y consentimiento libres, previos e informados y el derecho a la libre determinación de los pueblos.

La libre determinación es un derecho que tienen los pueblos indígenas por el hecho de ser pueblos. Se trata del derecho a decidir cómo quieren vivir y qué destino quieren escoger para su pueblo; es decir, su autonomía para decidir sobre su desarrollo y sobre todos los aspectos que les interesen y afecten. Significa que los indígenas tienen el derecho a decidir sobre su economía, gobierno, normas y leyes, autoridades,

⁹ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafos 121 y 122.

educación y salud, y sobre sus formas de solucionar conflictos. De allí se desprende el derecho a controlar su territorio y recursos, así como a decidir cómo se autogobiernan y cómo se debe transmitir su cultura. El derecho de autogobernarse incluye el de asociarse para crear organizaciones que les representen y también a resolver sus conflictos con sus normas y derecho propios.

La Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 2007 reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas en tres artículos:

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

Artículo 4 Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

Artículo 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.

El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos establece en el artículo 1 que “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”. El derecho a la libre determinación o a la autodeterminación también está reconocido en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.

Igualmente, el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT reconoce que los pueblos tienen el derecho de decidir sobre las prioridades de su propio desarrollo y a controlar su desarrollo económico, social y cultural, y que los pueblos indígenas deberán participar directamente en la formulación, implementación y evaluación de los planes y programas que los afecten directamente.

Del derecho a la libre determinación se derivan los derechos a la participación, la consulta y al consentimiento libre, previo e informado, pues solo reconociendo el derecho de los pueblos indígenas a determinar su propio presente y futuro es que se entiende que participen en la adopción de decisiones que los afecten, les sean consultados los proyectos que los afecten directamente y se requiera su consentimiento para el desarrollo de los mismos.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha aclarado esta relación en su Sentencia C-208 de 2007, en la que indica que “en relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, [...] el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura”.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación implica, particularmente, que el Estado tiene obligaciones para con aquellos. Por ejemplo, debe consultarles previamente sobre cualquier actividad que los afecte y debe adecuar sus leyes para recoger estos derechos y hacerlos efectivos. La consulta a los pueblos indígenas sobre los planes de desarrollo que los afectan debe ser real, es decir, los pueblos indígenas deben tener el derecho a expresar su punto de vista, así como a influir en la decisión que se tome.

Ello quiere decir que mediante la participación, la consulta y al consentimiento libre, previo e informado, los pueblos indígenas expresan fundamentalmente sus decisiones respecto a su situación social y política y determinan el tipo de desarrollo económico, social y cultural al que aspiran. La relación entre estos derechos es evidente: no podría existir uno sin el otro. En ese sentido es que estos derechos son considerados interdependientes e indivisibles. Además, son derechos fundamentales que forman parte del bloque de constitucionalidad.

3. La consulta como derecho fundamental y el bloque de constitucionalidad

Como mencionamos anteriormente, la Corte Interamericana considera que la protección del derecho de acceso a los recursos naturales y a la tierra está íntimamente ligada al derecho fundamental a la subsistencia material y espiritual del pueblo o grupo indígena. Al ser la consulta un derecho e instrumento legal para garantizar dicha subsistencia, éste también adquiere el carácter de derecho fundamental.

En el mismo sentido, resoluciones de la Corte Constitucional de Colombia, como la sentencia T-382 de 2006 (p. 17), han establecido que el derecho a la consulta no es un simple derecho procedimental, sino que *forma parte sustantiva de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas*. Ello es así debido a su estrecha relación con la subsistencia de los pueblos indígenas. En efecto, para la Corte colombiana la consulta previa conlleva un asunto de interés general pues su último objetivo es la protección de la diversidad étnica y cultural.¹⁰ Se trata, en última

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-461, p. 15.

instancia, de que la cultura, las tradiciones y la subsistencia de los grupos étnicos en sus territorios no se vean afectados por la realización de proyectos de desarrollo.

Con respecto a la relación entre la subsistencia, el bienestar y los derechos indígenas, como el de consulta, la Corte Constitucional de Colombia ha enfatizado que la consulta es un derecho y mecanismo

[...] indispensable para asegurar que la relación de estos proyectos no afecte en forma irreversible las formas tradicionales de subsistencia de los grupos étnicos dentro de sus territorios, las cuales forman parte integrante de su estructura cultural propia y proveen la base para la preservación y el desarrollo en el tiempo de sus cosmogonías, saberes ancestrales y formas culturales.¹¹

Esta Corte ha establecido, además, que la afectación de estos modos de subsistencia puede traer consigo, en no pocos casos, una amenaza cierta para la subsistencia misma de los pueblos indígenas o las comunidades afrodescendientes.¹²

Finalmente, indica la Corte Constitucional de Colombia, “el derecho de los pueblos indígenas a la subsistencia de conformidad con sus formas y medios tradicionales de producción y reproducción material y cultural, dentro de sus territorios propios, es un derecho fundamental, porque de él depende la realización del derecho a la integridad cultural, social y económica de dichos grupos”.¹³

En ese sentido, “el mecanismo de la consulta previa es un medio necesario para garantizar el respeto por tal derecho a la subsistencia, y lo que de él depende; de allí que la consulta previa adquiera, a su turno, la naturaleza de derecho fundamental”. En otras palabras, constituye “el medio a través del cual cada uno de estos pueblos o comunidades podrá incidir sobre la toma de decisiones sobre la implementación de proyectos en sus territorios, proyectos que a su turno pueden surtir impactos destructivos e irreversibles sobre su integridad social, material y cultural en tanto (sic) grupos étnicos, de no ser implementados en forma respetuosa de los acuerdos a los que se haya llegado con cada colectividad en concreto”.¹⁴

La fundamentación de la Corte Constitucional de Colombia señala que, el derecho de participación y el derecho a la identidad y la diversidad cultural de la nación son derechos fundamentales constitucionales estrechamente vinculados a la consulta. A ello se debe

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-461, p. 15.

¹² Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998, p. 25.

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-461, p. 25.

¹⁴ Idem.

el carácter fundamental de este derecho. Pero además, recalca la Corte, la consulta no solo es un derecho fundamental porque permite el ejercicio de la participación de los pueblos indígenas sino porque protege la subsistencia colectiva, la identidad e integridad cultural, los intereses de la comunidad y otros derechos de los pueblos y comunidades indígenas. En ese sentido, dice la Corte, mediante la consulta previa “se busca asegurar la efectiva protección de los intereses colectivos y derechos fundamentales”¹⁵ de estos grupos.

En otras palabras, la jurisprudencia indica que de no garantizarse el derecho a la consulta se atenta fundamentalmente contra un derecho fundamental, pero además se pone en riesgo la subsistencia y bienestar, la cultura y todos los aspectos de la vida misma de un pueblo indígena, lo cual compromete su propia existencia. Ello le otorga a la consulta un carácter de derecho fundamental, pues su objetivo es “preservar los derechos fundamentales de los pueblos afectados”.¹⁶

Al igual que en Colombia, en el marco legal peruano la relación sustantiva de la consulta libre, previa e informada con derechos constitucionales como el derecho a la participación (artículo 2, inciso 17 de la Constitución Política del Perú)¹⁷ y el derecho a la identidad étnica y cultural, así como el reconocimiento del Estado de la pluralidad étnica y cultural de la nación (inciso 19),¹⁸ le otorgan a la consulta el carácter de un derecho fundamental constitucional. Igualmente, el artículo 89 de la Constitución peruana reconoce a las comunidades campesinas y nativas (pueblos indígenas) existencia legal, autonomía y el derecho a disponer de sus tierras en los siguientes términos:

Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Textualmente dice: “Toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum”.

¹⁸ Textualmente dice: “Toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad”.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

Otro derecho importante en esta constelación legal es el artículo 149 de la Constitución peruana, que reconoce el derecho de los pueblos indígenas (comunidades campesinas y nativas) a aplicar su propio derecho consuetudinario en la resolución de conflictos dentro de su ámbito territorial.

La consulta previa, que materializa el derecho a la participación, aspira a garantizar el respeto de los derechos de subsistencia e integridad cultural de los pueblos indígenas.¹⁹ Estos derechos constitucionales deben ser interpretados a la luz del Convenio 169 de la OIT y, además, de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Proyecto de Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la OEA, así como de la jurisprudencia internacional sobre la materia.²⁰

Tanto la participación como el reconocimiento constitucional de la pluralidad étnica y cultural de la Nación y de la autonomía de las comunidades campesinas y nativas son derechos constitucionales que, junto a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas reconocidos en las normas internacionales ya mencionadas, forman lo que se denomina en derecho constitucional un bloque de constitucionalidad. En efecto, la sentencia 0047-2004-AI/TC del Tribunal Constitucional (8 de mayo de 2006) indica que el bloque de constitucionalidad está conformado por la Constitución y otras leyes que pueden controlar la constitucionalidad de otras normas de su mismo rango. En dicha sentencia, el Tribunal establece que:

[...] las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los *derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos*.

¹⁹ Véase Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-461.

²⁰ Según el artículo V del título preliminar del Código Procesal Constitucional del Perú (Ley 28237), “el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

No está solamente conformado por normas contenidas en la Constitución, sino también por aquellas que tengan cabida en el bloque de constitucionalidad por mandato de la propia Constitución, como leyes y principios que ejercen una función de control constitucional.

En Colombia, forman parte del bloque de constitucionalidad el preámbulo de la Constitución, la Constitución, los tratados limítrofes de derecho internacional ratificados por ese país, la ley estatutaria que regula los estados de excepción, los tratados de derecho internacional humanitario, los tratados de derecho internacional que reconocen derechos intangibles, los artículos de los *tratados de derechos humanos* ratificados por el país cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta, y otros.

En el mismo sentido, el artículo 79 del Código Procesal Constitucional peruano (Ley 28237) indica que “para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o *el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona*” (énfasis agregado).

En ese sentido, el carácter de derecho fundamental de la consulta le otorga la posibilidad de ser cautelado por una acción de garantía constitucional en caso de trasgresión, como la acción de amparo. En la misma línea de argumentación, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que, “cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación”.²¹ Por otro lado, dado que forma parte del bloque de constitucionalidad de los derechos indígenas, también cabría, en caso de violación de la consulta, la interposición de una acción de inconstitucionalidad.

Finalmente, lanzamos una hipótesis que deberá ser comprobada en posteriores debates. Los derechos indígenas en general, tal como está establecido en los diversos instrumentos internacionales que los reconocen, han sido establecidos como normas del derecho internacional que buscan, tanto como los derechos humanos, la proscripción de la esclavitud, del etnocidio y de las diversas formas de discriminación de las que eran (y, en algunos casos, siguen siendo) objeto los pueblos indígenas y sus miembros. En virtud de este propósito, podría interpretarse que finalmente constituyen normas de *jus cogens*, pues

son principios –positivizados o no– que tienen carácter imperativo y que son considerados normas superiores de la humanidad que no pueden ser derogadas, porque afectarían los valores básicos de la comunidad internacional.

Aspectos procedimentales

1. Cómo interpretar el derecho a la consulta

Para interpretar el derecho a la consulta, Sargent (1998) propone que se tomen en cuenta varios instrumentos que forman parte del derecho internacional público:

- La Convención de Viena sobre los Tratados Internacionales.
- Las prácticas de los Estados que establecen estándares de aplicación.
- La Declaración Universal y el Proyecto de Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el derecho internacional se ha establecido que para interpretar los tratados internacionales existen hasta tres tipos de vías: la subjetiva, la objetiva o textual y la teleológica. Usualmente, los Estados interpretan textualmente el derecho a la consulta, indicando que la consulta es meramente procedimental, pues solo se trata de ser consultado y no de brindar consentimiento. Sin embargo, esta interpretación es restrictiva y no toma en cuenta el desarrollo jurisprudencial del derecho a la consulta en el ámbito internacional. Según lo estipulado en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, la interpretación en este caso debe ser la teleológica (Sargent, 1998, pp. 451-478).

Según el artículo 31 de la Convención de Viena, la interpretación de los tratados debe ser realizada de buena fe y de acuerdo con el significado ordinario dado a los términos de la Convención en el contexto de éstos y considerando su objeto y fin. Se debe tomar en cuenta no solo el texto mismo del tratado, sino también el preámbulo y los anexos. Del mismo modo, cuando la interpretación deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable, se deberán tener en cuenta los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31 o para determinar el sentido de la norma, etc.

Del principio de buena fe se deriva la norma *pacta sunt servanda*, establecida en el artículo 26 de la Convención de Viena. Ello quiere decir que el pacto entre las partes debe hacerse bajo los principios

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-208 de 2007.

de honestidad, justicia y razonabilidad, es obligatorio y debe ser cumplido de buena fe. Por otro lado, el artículo 27 establece que ninguna de las partes puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar su incumplimiento del tratado.

El principio de la buena fe también se recoge en el artículo 6.2 del Convenio 169, cuando indica que la consulta debe hacerse:

1. De buena fe.
2. Ante las instituciones representantes de los pueblos indígenas.
3. Con el objetivo de alcanzar un acuerdo o consentimiento.
4. Antes del desarrollo de los proyectos.²²
5. Para medir el impacto de los proyectos sobre los pueblos indígenas y sus tierras.

En la resolución de la Corte Internacional de Justicia sobre el bloque continental del Mar del Norte en 1969 se invocó el principio de la buena fe para exigir que *las negociaciones deban ser significativas y no una mera formalidad* (véase Sargent, 1998).

Con relación a la práctica de los Estados, en México se solicita la autorización de las comunidades afectadas para proceder con un proyecto que pueda afectarlas. En Colombia y Guatemala se formaron comisiones para supervisar el cumplimiento del derecho a la consulta. En Noruega el Parlamento Sami debe ser consultado antes de realizar cualquier proyecto de desarrollo en sus tierras. En Australia los consejos indígenas pueden retirar su consentimiento en caso de explotación minera en sus tierras.

La práctica de los Estados indica que la consulta establecida en el artículo 15.2 del Convenio 169 es un *estándar mínimo*²³ que indica que la consulta debe:

1. Ser efectiva y realizada de buena fe.
2. Darse antes de que empiecen a desarrollarse proyectos en sus tierras.

²² El artículo 15.2 indica que el momento debido en el que se debe realizar la consulta es antes de emprender o autorizar la exploración/explotación de los recursos naturales en territorio indígena.

²³ Véase, Sargent (1998). El "estándar mínimo" es un concepto del derecho internacional que constituye un mecanismo de protección de derechos y que alude al piso mínimo normativo que se debe respetar en temas de derechos humanos. En este caso, las normas o prácticas de los Estados (derecho internacional consuetudinario) respecto a la consulta indican que el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT constituye un estándar mínimo que debe ser cumplido por los Estados sin menoscabar su contenido.

3. Garantizar por parte de los gobiernos mecanismos procesales para asegurar el contacto regular y la participación activa de las comunidades o pueblos afectados en los procesos de adopción de decisiones.
4. Realizarse de acuerdo con las tradiciones y costumbres de los pueblos.
5. Tener como finalidad lograr el acuerdo o consentimiento.

2. La concepción del Estado y del Ministerio de Energía y Minas sobre el derecho de consulta

En su análisis sobre la aplicación del derecho a la consulta libre, previa e informada, la Defensoría del Pueblo ha encontrado que existen varias barreras dentro del Estado peruano para la aplicación del Convenio 169 de la OIT. En general, hay una comprensión muy débil en diversos niveles del Estado de la diversidad cultural; no hay preparación para el diálogo intercultural; hay un escaso conocimiento de los derechos que establece el Convenio 169; finalmente, muchos funcionarios opinan que la consulta es "un proceso engorroso e ineficaz".²⁴

Las barreras que bloquean la aplicación del Convenio 169 de la OIT no son, sin embargo, solo de índole cultural. Hay, fundamentalmente, un problema de poder que es expresado por los funcionarios y autoridades públicas, quienes no quieren someter sus decisiones al escrutinio de aquellos grupos que son perjudicados por las mismas, pues esto podría, según ellos, desalentar la inversión. Esto es justamente lo que sucede en el caso del Ministerio de Energía y Minas, cuyas concesiones petroleras y mineras están afectando un alto porcentaje de las tierras y territorios indígenas en el Perú (Campodónico, 2008).

Uno de los aspectos críticos en la actuación del Estado es que no adecua sus procesos ni sus normas a las disposiciones del Convenio. En efecto, por ejemplo, el proceso de selección de las empresas postoras en las licitaciones de lotes petroleros se basa en aspectos meramente económicos. No se toman en cuenta las normas legales vigentes que no sean sectoriales, como el Convenio 169.²⁵ El Ministerio de Energía y Minas (MEM) y sus funcionarios tiene una interpretación de la consulta previa

²⁴ Alicia Abanto, comunicación personal, 2009.

²⁵ En el año 1998, las organizaciones indígenas del Perú, afiliadas en la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (Aidesepe), con apoyo del grupo de trabajo Racimos de Ungurahui presentaron una Propuesta de Reglamento de Procedimientos de Consulta y Participación para las Operaciones Hidrocarburíferas en los Territorios de los Pueblos Indígenas de la Amazonia Peruana, en el marco de la mesa de trabajo convocada por el MEM. Este documento incluye de manera significativa varios artículos del Convenio 169. Lamentablemente, el MEM descartó este aporte. Véase Aidesepe (1998).

totalmente restrictiva y no consideran que sea un derecho de los pueblos indígenas, sino que lo extienden a las “poblaciones involucradas”.

De acuerdo con el Reglamento de Participación Ciudadana para la Realización de Actividades de Hidrocarburos (D.S. 012-2008-EM), del 19 de febrero de 2008, la consulta se restringe a lo siguiente:²⁶

1. Antes de la firma del contrato, el MEM realizará un proceso que de *difusión de información y presentación de las empresas* interesadas a las poblaciones involucradas.

2. Durante la firma del contrato, el MEM realizará *reuniones con las poblaciones para informar y recoger las “percepciones locales”* sobre el proyecto.

3. Luego de la firma del contrato, el MEM realizará “eventos presenciales” con la población durante el cual el MEM informará a las comunidades sobre los datos de la concesión, la empresa titular del derecho, etc. y recogerá las observaciones de las poblaciones para ser enviadas a la DGAAE [Dirección General de Asuntos Ambientales y Energéticos] para que esta dirección las “evalúe y meritúe” cuando evalúe los Estudios de Impacto Ambiental [EIA] presentados por las empresas.

En el subsector de minería, en el año 2008 se aprobó el Decreto Supremo 028-2008-EM, Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minería. En este texto, el derecho indígena a la consulta establecido en el Convenio 169 de la OIT consiste en lo siguiente:

1. Proceso participativo con reuniones con la “sociedad civil”, empresas del sector, prepublicación de propuestas por dos meses en la página web del MEM. Esto llevó a la aprobación del nuevo Reglamento de Participación Ciudadana.
2. En el reglamento no se usa el término “pueblos indígenas” (comunidades campesinas y nativas), sino “*poblaciones involucradas* en los procesos de definición, aplicación de medidas, acciones o toma de decisiones de la autoridad competente relativas al desarrollo sostenible de las actividades mineras”.
3. El texto no menciona la participación efectiva y significativa, sino la “participación responsable”.
4. La definición de Participación Ciudadana y Consulta en el artículo 4 de dicha norma es la siguiente:

Los mecanismos de participación ciudadana deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de conocer, con anterioridad al inicio y realización de la actividad minera, si los intereses de los pueblos indígenas o comunidades campesinas que habitan en el área de influencia de las actividades mineras proyectadas son resguardados y en qué manera. [Sin embargo] [...] la consulta no otorga a las poblaciones involucradas un derecho de veto a las actividades mineras o a las decisiones de la autoridad.

Esta definición no incluye lo establecido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT respecto al objetivo de la consulta, sin cuya mención no tiene ningún sentido su realización. El objetivo de la consulta, según el Convenio, es llegar a un acuerdo o consentimiento sobre las medidas propuestas. El Convenio 169 no menciona en ningún artículo que la consulta no otorga a los pueblos indígenas un derecho a veto.

5. Consigna como principios el derecho a la participación, acceso a la información, principio de respeto a la diversidad cultural, principio de no discriminación, principio de vigilancia ciudadana, principio de diálogo continuo. El problema es que el reglamento se refiere a poblaciones involucradas en general y no a los pueblos indígenas. Ello perjudica los intereses y derechos específicos de estos pueblos y los disuelve en el concepto más amplio de “poblaciones involucradas”.
6. Para intervenir en el proceso de participación ciudadana, el Reglamento establece competencias, es decir, requisitos. No se toman en cuenta las normas, costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas.
7. La participación ciudadana se considera con posterioridad al otorgamiento de la concesión minera. Ello va en contra de lo establecido en el Convenio 169, que indica que “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” (art. 15).
8. Los mecanismos de participación que dispone el reglamento se aplicarán antes y durante la elaboración y la presentación del EIA, pero no menciona la obligación de considerar la opinión de los afectados para efectos de mitigación o modificación de las acciones a seguir (arts. 6 y 15 del Convenio de la OIT, y jurisprudencia de la Corte Interamericana). En el proceso de evaluación del EIA a cargo de la autoridad competente también se aplicarán mecanismos de

²⁶ Este es un resumen de las normas del reglamento. Para ver los artículos literales, remítase a los artículos 6 y 8 del reglamento. Disponible en <http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/GFGN/DS012-2008-EM.pdf> (p. 5).

participación, pero el plan de participación ciudadana lo propone la empresa y lo aprueba la autoridad. No hay participación de los pueblos indígenas en éste.

9. Durante la ejecución del proyecto minero, el plan de participación ciudadana deberá incluir los mecanismos de participación que se desarrollarán. Este será evaluado junto con el EIA y debe concordar con el Plan de Relaciones Comunitarias que presente la empresa. Estos documentos son elaborados por la empresa. También se considera la participación ciudadana cuando se cierran las minas, pero no hay mecanismos de participación en la fase de exploración.
10. Se abre la posibilidad de que las actividades de exploración minera se realicen en zonas o bienes que constituyan Patrimonio Cultural de la Nación, si se cuenta con autorización expresa del Instituto Nacional de Cultura.

Según las normas del Convenio 169, los mejores estándares de la práctica de los Estados sobre la consulta, así como la jurisprudencia nacional e internacional,²⁷ estas normas no configuran la consulta libre, previa e informada, pues no recogen su contenido establecido en el Convenio 169 ni la jurisprudencia internacional. Es más, sus disposiciones afectan la lógica intrínseca que anima al Convenio, al concentrar en las autoridades y las empresas todas las funciones propositivas respecto de la participación de las “poblaciones afectadas”, y no incorporan el derecho al consentimiento libre, previo e informado.

Algunos funcionarios del Ministerio de Energía y Minas no tienen información acerca de los pueblos indígenas que habitan en el área de los lotes licitados, y cuando la tienen generalmente favorecen a los proyectos de hidrocarburos.²⁸ Suelen asumir que los pueblos indígenas son menos importantes que la explotación del petróleo o el gas. Con respecto al derecho de consulta establecido en el Convenio 169 de la OIT, piensan que los procesos de consulta deberían ser realizados después que se otorgan las concesiones, mientras los pueblos indígenas y sus organizaciones sostienen que deberían ser realizados antes de otorgar las concesiones, de lo contrario no tendría sentido expresar su opinión.

²⁷ El artículo V del título preliminar del Código Procesal Constitucional considera que la jurisprudencia de los fueros internacionales es parte del bloque de constitucionalidad. Véase Pinto (2008).

²⁸ Daniel Saba, el actual director de Perupetro, indicó que no había evidencia de la existencia de pueblos indígenas en aislamiento en las áreas donde Perupetro otorgaría concesiones. También criticó a la Defensoría del Pueblo por sostener que las actividades de hidrocarburos en estas áreas podrían dañar las vidas de los indígenas en aislamiento y la acusó de poner en riesgo la inversión en petróleo y gas. Véase *Petroleumworld* 22/04/07 (<http://www.petroleumworldperu.com/notaperu07042908.htm>).

Así también lo indica claramente el artículo 15, inciso 2, del Convenio 169 de la OIT.

En el caso de las comunidades indígenas afectadas por el proyecto del gas de Camisea, los representantes de las organizaciones indígenas recalcaron que en ninguno de los lotes concesionados a las compañías de gas que operan en dicha zona se consultó debidamente a las comunidades (Urteaga, 2008, p. 22). En este caso, la Defensoría del Pueblo (2006, p. 17) precisó:

[...] debemos llamar la atención sobre la actitud de algunos funcionarios del Ministerio de Energía y Minas, que (creen) que existe una contradicción entre la protección de los derechos humanos de las comunidades y la promoción del proyecto Camisea, y que, en vista de dicha contradicción, ellos han escogido dar preferencia al proyecto.

La parcialidad del Estado con las empresas de hidrocarburos es evidente. Una muestra de ello fue la modificación del Plan Maestro de la Reserva Comunal Amarakaeri;²⁹ otra fue el intento de recortar el Parque Nacional Bahuaja Sonene (PNBS) en el 2007.³⁰ En este caso se desconoció el proceso participativo mediante el cual se elaboró la propuesta para establecer el PNBS, poniendo en riesgo la biodiversidad y seguridad alimentaria del pueblo indígena *ese eja*, de las comunidades de Infierno, Palma Real y Sonene, así como de la comunidad nativa *kotsimba*, ubicada cerca del área de recorte que se proponía. No se tomó en consideración que la zona que se quería recortar es una zona donde se produce agua dulce para la población de las cuencas del Tambopata y Madre de Dios, ambas en el departamento de Madre de Dios.

En la Amazonia no son pocos los pueblos que se oponen a la realización de actividades de hidrocarburos en sus tierras.³¹ Solo como ejemplo, mencionamos a los *matsés*, uno de cuyos líderes indicó lo siguiente respecto a la consulta: “No se realizó un adecuado procedimiento de consulta durante la creación de los lotes petroleros, ni mientras se llevaba a cabo el proceso de otorgamiento en concesión de dichos lotes, ni en la firma de contratos entre las empresas petroleras y el Estado peruano”.³²

²⁹ La Reserva Comunal Amarakaeri es un Área Natural Protegida de 400.000 hectáreas aproximadamente que se encuentra en el departamento de Madre de Dios, Perú. Fue creada por iniciativa de los pueblos indígenas que viven en esa región y de su Federación Nativa del Río Madre de Dios y Afluentes (Fenamad), el 9 de mayo de 2002 mediante el Decreto Supremo 031-2002-AG. Tiene como objetivo proteger el medio ambiente, la biodiversidad y la riqueza hídrica del área territorial ancestral de los pueblos *harakmbut*, *yine* y *matsigenka*. *Más información sobre la reserva en:* www.amarakaeri.org

³⁰ Véase la noticia en <http://www.servindi.org/actualidad/2609>

³¹ Los *achuar*, *awajun*, *kichwas*, *secoyas*, *matsés*, *harakmbut*, *shuar*, *shapra*, *huambisa*, etc.

³² En <http://www.aidesep.org.pe/index.php?codnota=> (noticias en Portal de Aidesep, 1 de julio de 2008).

MATRIZ CONCEPTUAL

Derecho a la participación y a la consulta. Aspectos generales

El derecho a la participación y la consulta está establecido en varios artículos del Convenio 169. Genéricamente, está consagrado en el artículo 6.2, pero también en el artículo 15, donde la consulta está relacionada particularmente con la realización de actividades en los territorios indígenas que puedan eventualmente afectarlos, y en el artículo 17.2, donde se relaciona con cambios en la transmisión de sus derechos sobre sus tierras a personas fuera de la comunidad.

Respecto a la participación, el artículo 6 señala que los gobiernos deben establecer los medios mediante los cuales los pueblos puedan *participar libremente*, en la misma medida que otros sectores de la población y a todos los niveles, en la adopción de decisiones sobre políticas y programas que les conciernan. Ésta es una norma que previene la discriminación en el caso que se les reconozca a otras poblaciones mayores derechos que a los pueblos indígenas.

La consulta no solo es un derecho procedimental, sino también sustantivo. El hecho de que sea considerado como un instrumento de cautela de otros derechos sustantivos reconocidos a los pueblos indígenas no disminuye su importancia ni obligación de observancia.

En relación con la consulta, el artículo 6 del Convenio 169 indica que los gobiernos deben consultar a los pueblos indígenas mediante procedimientos adecuados y a través de sus instituciones representativas. Las consultas deben ser hechas de buena fe y de forma adecuada a las circunstancias, de manera que se pueda llegar a un acuerdo o consentimiento sobre las medidas propuestas.

El derecho a la consulta se establece también en el artículo 15. En caso de que el Estado tenga la propiedad de los recursos del subsuelo, los pueblos indígenas tienen el derecho a que se les consulte si, y en qué grado, la explotación de estos recursos los perjudicaría. La consulta deberá ser realizada antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

El derecho a la consulta que tienen los pueblos cuyos territorios se vean afectados por la explotación de recursos del subsuelo (minerales, gas e hidrocarburos) incluye que se les haga partícipes de los beneficios que resulten de la explotación de los recursos, en la medida de lo posible, y se les indemnice por los daños que reporten estas actividades.

Desarrollo jurisdiccional internacional del derecho a la consulta

La Corte Interamericana de Derechos Humanos interpreta el contenido del derecho a la consulta en un sentido amplio. A pesar de no tener la fuerza legal de un tratado o convenio, la Corte cita el artículo 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas recientemente aprobada por la Asamblea General de la ONU para interpretar el sentido de la consulta:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
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.
3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado

La Corte Interamericana ha seguido desarrollando el contenido de la consulta, estableciendo que se debe *garantizar la participación efectiva* del pueblo indígena en los planes de desarrollo dentro de su territorio, lo cual significa que el Estado debe consultar *de manera eficaz y activa* a las comunidades afectadas, tomando en cuenta sus costumbres y tradiciones.

El deber del Estado de consultar de manera activa a los pueblos indígenas significa que:

1. El Estado acepte y brinde información.
2. Se mantenga una comunicación constante entre las partes.
3. Las consultas se realicen de buena fe.
4. Las consultas se realicen mediante procedimientos culturalmente adecuados.
5. Las consultas deban tener como fin llegar a un acuerdo.
6. Las consultas deban hacerse antes de emprender u autorizar el plan de desarrollo y no solamente cuando se requiera obtener la aprobación de la comunidad.

7. El aviso para la consulta deba hacerse proporcionando un tiempo adecuado para que las comunidades discutan internamente y puedan responder de manera adecuada.
8. El Estado asegure que los miembros del pueblo indígena conozcan los posibles riesgos ambientales y de salubridad antes de aceptar los planes de desarrollo, etc.
9. Las consultas tomen en cuenta los métodos tradicionales que el pueblo tenga para adoptar decisiones.

Un aspecto importante de la decisión de la Corte es que amplía el contenido del derecho a la consulta *en el caso de que los planes o proyectos de desarrollo que se realicen en tierras indígenas sean de mayor escala y tengan impactos más graves*. En estos casos, el Estado está obligado a consultar y, además, a *obtener el consentimiento libre, informado y previo de los afectados*, de acuerdo con sus tradiciones y costumbres. En efecto, al comentar la sentencia de la Corte Interamericana en el caso de Saramaka vs. Surinam, Fergus MacKay (2009: 1) resalta:

[...] lo más notable es su afirmación del derecho al control efectivo sobre el territorio tradicional, su explicación de que las restricciones a los derechos de los pueblos indígenas deben ser algo excepcional, su clarificación del significado del texto “supervivencia como pueblo indígena o tribal”, su reiteración de que necesita el libre consentimiento informado, previo, en relación con todos los territorios indígenas sin regularizar, independientemente del tamaño o impacto de la actividad.

Específicamente, indica que en el párrafo 17 de la Sentencia de la Corte Interamericana se establece que el Estado “tiene el deber no solo de consultar [...] sino también de obtener su libre consentimiento informado y previo, de acuerdo con sus costumbres y tradiciones” cuando “proyectos de desarrollo o inversión a gran escala pudieran afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo [indígena]” (MacKay, 2009, p. 1).

Para establecer la diferencia entre la consulta y el consentimiento, la Corte Interamericana cita al relator especial de las Naciones Unidas, quien indica que “es 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”.³³ La exigencia del consentimiento, indica el relator especial de la ONU, se fundamenta en que:

Siempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho

menos anticipar. Los efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia.³⁴

Igualmente, en el 2005, el Foro Permanente sobre Asuntos Indígenas de las Naciones Unidas indicó que es importante encontrar elementos para un “entendimiento común” del consentimiento libre, previo e informado, especialmente en el contexto de las industrias extractivas (Satterthwaite y Hurwitz, 2005, p. 2). En la legislación interna, el artículo 89 de la Constitución Política del Perú reconoce a las comunidades campesinas y nativas autonomía organizativa. Ello implica que son ellas quienes deberán decidir sobre los mecanismos, por ejemplo, para la disposición de sus tierras, sin que el Estado intervenga en su regulación. En el mismo sentido se reconoce implícitamente el derecho a su derecho consuetudinario (art. 149 de la Constitución), que incluye normas sobre sus formas de organizarse, su territorio, recursos naturales, relaciones sociales, etc.

En el Perú, las únicas normas que han reconocido de manera restringida el derecho de consentimiento son: la Ley 27811 de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, en cuyo artículo 5, inciso d, indica que es objetivo de la norma “garantizar que el uso de los conocimientos colectivos se realice con el consentimiento informado previo de los pueblos indígenas”; la Ley 28216, de protección al acceso a la diversidad biológica peruana y los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, del 07 de abril de 2004, en cuyo artículo 23 se especifica que “se reconoce la necesidad de proteger estos conocimientos y establecer mecanismos para promover su utilización con el consentimiento informado de dichas comunidades, garantizando la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización”; y también, en su artículo 23, la Ley 26839 sobre conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica, y en el artículo 43 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Decreto Supremo 038-2001-AG, que consigna el deber del Estado de respetar el consentimiento informado de las comunidades.

La Corte Interamericana menciona también la opinión del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) respecto a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado:

³³ Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia del 28 de noviembre de 2007, p. 43.

³⁴ Idem.

en cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales de comunidades indígenas, el Comité observa que *la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por lo tanto, recomienda que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades.*³⁵

Por ejemplo, en el caso Saramaka, los afectados indicaron que las empresas madereras que sacaron madera de sus tierras afectaron los arroyos que se encuentran en el territorio Saramaka, y con ello la fuente más importante de agua potable. Ello los privó de agua para el consumo doméstico, riego, pesca, crianza de peces, etc. Por otro lado, el agua estancada afectaba el bosque, por lo que no se podían obtener los productos agrícolas tradicionales del pueblo. Por ello, la Corte llegó a las siguientes conclusiones:³⁶

[...] que los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio que ocupan tradicionalmente y que sean necesarios para su supervivencia;

[...] que el Estado puede restringir dicho derecho mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro del territorio Saramaka solo si el Estado:

- garantiza la participación efectiva y los beneficios del pueblo Saramaka,
- realiza o supervisa evaluaciones previas de impacto ambiental o social e
- implementa medidas y mecanismos adecuados a fin de asegurar que estas actividades no produzcan una afectación mayor a las tierras tradicionales Saramaka y a sus recursos naturales.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en el 2007, recoge el derecho al consentimiento libre, previo e informado y establece que es obligación de los Estados obtenerlo en los siguientes casos:

Artículo 10: no se desplazará a la fuerza a los Pueblos Indígenas de sus tierras o territorios, ni se procederá a realizar ningún traslado sin su Consentimiento Libre, Previo e Informado.

Artículo 19: los Estados deberán obtener el Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos Indígenas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que les afecten.

³⁵ Véase Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, Consideraciones de los Informes presentados por los estados partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones finales respecto del Ecuador (sesión 62 de 2003), ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16.

³⁶ Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, p. 50.

Artículo 29: los Pueblos Indígenas deberán conceder su CLPI antes de que se almacenen o se eliminen materiales peligrosos en sus tierras.

Artículo 32: los Estados deberán obtener el CLPI antes de aprobar cualquier proyecto de desarrollo que afecte a las tierras y recursos de los Pueblos Indígenas.

Derecho a la consulta y su relación con otros derechos de los pueblos indígenas

Como señalamos antes, el Convenio 169 de la OIT ha establecido que la consulta debe ser aplicada en diversas situaciones relacionadas con derechos específicos reconocidos y aceptados ampliamente. En ese sentido, Anaya (2005) sostiene que el contenido de la consulta está en función de la extensión que se les da a los derechos sustantivos que están en juego.

Con respecto a la *propiedad colectiva de la tierra y el territorio*, en 1997 el Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) recomendó que los Estados partes se aseguraran de que los miembros de los pueblos indígenas tuvieran los mismos derechos de participación efectiva en la vida pública, y que no se tomaran decisiones directamente relacionadas con sus derechos e intereses sin que se les hubiera solicitado su consentimiento informado. Y, si en el pasado se había arrebatado el territorio o la tierra de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre e informado, el Estado debería tomar medidas para devolver dichas tierras y territorios (Lowenstein, 2003, p. 9). Dada la importancia que este derecho ha adquirido en los foros internacionales, los derechos ligados a la propiedad colectiva de la tierra son considerados materia del derecho internacional consuetudinario (Anaya, 2005, p. 14). Con relación a éste, la Corte Interamericana ha precisado que los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos tienen un *significado autónomo, por lo cual no pueden ser equivalentes al significado dado a éstos en el derecho interno del país.*³⁷

Un derecho que también debe ser considerado en relación al derecho de consulta y CLPI es el *derecho a disfrutar de su propia cultura.*³⁸ En este caso, diversas resoluciones de tribunales y comités

³⁷ Caso Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001, citado en Anaya (2005, p. 14).

³⁸ Véase el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Yanomami vs. Brasil. Resolución 12/85. Igualmente, el caso de los *sami* de Noruega, que fue analizado por el Comité de Derechos Humanos, versa sobre el derecho a la integridad cultural ligado al derecho a desarrollar sus actividades económicas. En este caso, el Comité resolvió que estos derechos estaban protegidos por el artículo 27 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y que cualquier expansión de la actividad minera en dichas tierras violaría este derecho. Véanse Lowenstein Clinic (2003, p. 10) y Anaya (2005, p. 6).

han establecido que si se restringe a algún pueblo indígena actividades económicas, como la pesca, la caza, la recolección, etc., y estas actividades forman parte importante de su ethos cultural, se trasgredirá el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos sociales, económicos y culturales. Asimismo, en la medida que la tierra tiene una connotación material y espiritual, si se afecta el derecho al territorio y la tierra se estará afectando al mismo tiempo su derecho a preservar la integridad de su cultura. En este caso, también es necesario que se exija la participación y consulta efectiva de los pueblos indígenas en los asuntos que los afecten directamente.

También relacionado con la consulta y el consentimiento libres, previos e informados está el *derecho a no ser reubicado forzosamente*.³⁹ El derecho internacional prohíbe la reubicación forzada en varios instrumentos internacionales, por lo que se considera que este derecho forma parte del derecho internacional consuetudinario. Es más, según la “doctrina preponderante”, el principio del consentimiento debe ser aplicado en general a todos los casos que impliquen la reubicación de los pueblos indígenas (Anaya, 2005, p. 13). Se ha comentado también que, en el caso de los pueblos indígenas, la reubicación forzada puede causar la extinción del grupo, y en ello radica la importancia de que sean consultados y de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Este derecho se ha plasmado en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT.

El *derecho a un ambiente sano* ha sido reconocido por diversos instrumentos internacionales y va más allá del hecho de que los pueblos indígenas tengan o no la propiedad de la tierra que puede ser afectada por algún proyecto (Lowenstein Clinic, 2003, p. 12). En este caso se ha interpretado que no es requisito fundamental que estos proyectos afecten la salud o bienestar físico de las personas que habitan en dicha región, sino que solamente se pruebe que el proyecto podría dañar o dañar el medio ambiente (p. 12).

Como hemos mencionado anteriormente, el *derecho a la libre determinación* y el *derecho a la no discriminación* también están estrechamente ligados a la obligación de aplicar la participación, la consulta y el consentimiento libres, previos e informados.

Una situación clave prevista por el artículo 15 del Convenio 169 es el derecho a la consulta significativa,⁴⁰ la compensación y la

³⁹ Artículo 16, Convenio 169 de la OIT.

⁴⁰ La consulta es significativa cuando se realiza de buena fe. El requisito de la buena fe está establecido en el artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT, de manera que cuando en otro artículo se menciona el derecho a la consulta, según la interpretación teleológica debemos entender que se está refiriendo a la consulta tal como está definida en el artículo 6. Solo si la consulta es realizada de buena fe se puede hablar de una consulta significativa.

participación en los beneficios que se deriven del proyecto de extracción de minerales o recursos del subsuelo cuando éstos pertenezcan al Estado. En tales casos el Estado deberá establecer procedimientos para consultar a los pueblos afectados antes de empezar la explotación del recurso y establecer en dicha consulta si sus intereses serían perjudicados y en qué medida; igualmente, en caso de que acepten la explotación del recurso en sus tierras, los afectados tendrán derecho a participar en los beneficios de dicho proyecto y, finalmente, deberán recibir una compensación justa si la explotación de dicho proyecto les causara daño.⁴¹ En el caso de las comunidades indígenas Maya versus el gobierno de Belice, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos admitió una petición de unas comunidades mayas demandando que las concesiones de exploración petrolera y maderera que aquel había otorgado *sin consultas efectivas ni consentimiento informado, constituían una violación de las garantías de los Derechos Humanos* (Lowenstein Clinic, 2003, p. 12; Anaya; 2005, p. 15).

Un argumento interesante relacionado con el artículo 15 es el desarrollado por Anaya y Williams (2001), quienes afirman que en el sistema interamericano estas normas a las que está obligado el Estado han adquirido el carácter de derecho internacional consuetudinario debido a la consistencia del derecho internacional y regional. Estas obligaciones mínimas del Estado consisten en que éste debe consultar y llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas, adoptar medidas afirmativas para prevenir y mitigar los impactos negativos de las actividades desarrolladas en sus tierras y asegurarse de que los pueblos indígenas tengan conocimiento e información cierta y objetiva de los beneficios que tienen los proyectos que los afectan a ellos y a sus tierras (Anaya y Williams, 2001, citado en Lowenstein Clinic, 2003, p. 21).

Aspectos controversiales: el derecho a veto, el efecto vinculante y la consulta previa

Un tema controversial respecto al derecho a la consulta en el Perú es si los resultados de ésta son vinculantes y si otorga a los consultados un derecho a veto. Esta discusión ha opacado los escasos avances legislativos para regular este derecho en el Perú. En esta sección revisaremos todas las posiciones al respecto, desde las que sostienen que el resultado de la consulta tiene efecto vinculante en todos los casos hasta las que indican que no tiene efecto vinculante, y finalmente, aquellas que señalan que lo tiene solo en algunos casos.

⁴¹ El proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas también contiene una previsión similar al artículo 15 del Convenio 169 de la OIT.

Tal como señala Clavero (2008, p. 2), el Convenio 169 de la OIT no se pronuncia sobre si el acuerdo o la consulta misma es vinculante, pues, indica el autor, ello no es relevante en su contexto. Como hemos indicado antes, según el artículo 6 del Convenio, las consultas deben ser realizadas mediante procedimientos apropiados, a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas a tomarse. “Se trata —indica Clavero— de un proceso de acuerdo bilateral cuyo resultado naturalmente ha de obligar a ambas partes. Negar de entrada valor a la posición de alguna de ellas atenta sencillamente de antemano contra la ‘buena fe’ requerida” (p. 2).

El dictamen sobre el proyecto de Ley de Consulta aprobado el 11 de noviembre de 2008 por la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República del Perú presenta una interpretación muy distinta de la de Clavero, al establecer, en el artículo 6, que “la decisión de los pueblos indígenas respecto a su conformidad o disconformidad con las actividades a realizar no tiene carácter vinculante, pero resulta obligatorio para el Estado considerar la opinión que se exprese”. Constituye una paradoja que el proyecto de ley sobre el derecho de consulta de los pueblos indígenas no cuente con el consentimiento de los sujetos del derecho; sin embargo, el Congreso parece haber tomado más en serio la opinión de varios órganos del Estado que la de los propios sujetos del derecho. En efecto, esta negación del carácter vinculante del resultado de la consulta fue incluida por varios órganos del Estado consultados por la Comisión que temían que se comprometiera el desarrollo de los proyectos.

Aquí cabe mencionar lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el Caso *Mayagna vs. Nicaragua* señaló el carácter autónomo del significado de los derechos contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, por lo que no se debe dar un significado equivalente al que tienen en el derecho interno. Si el objetivo esencial de la consulta es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre alguna medida, mal puede indicar el dictamen mencionado que el resultado no tiene carácter vinculante. Con ello se estaría violando no solo el artículo 6, inciso 2, del Convenio, sino también el artículo 31 del Convenio de Viena sobre los Tratados.

La Corte Constitucional de Colombia ha establecido en la Sentencia C-461 de 2008 que cuando no se logre llegar a un acuerdo, a pesar de haber cumplido todas las provisiones para realizar la consulta, de acuerdo con el Convenio 169, las autoridades preservan la competencia para adoptar una decisión final sobre la realización del proyecto. Dice esta Corte que tal decisión deberá ser “objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la

protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena”.⁴² Además, indica que se deben prever los mecanismos para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas produzcan en contra de la comunidad o sus miembros. Ello implica que las entidades deberán evaluar la gravedad del daño individual y colectivo que puedan causar estas medidas para incluir las correcciones necesarias en el programa, de manera que se proteja a las personas y sus derechos.

En el caso de proyectos que puedan causar daños graves a los pueblos indígenas, la Corte Interamericana ha determinado que los derechos del Estado a realizar actos que puedan afectar la existencia, valor o uso del territorio, etc. de los pueblos indígenas pueden ser restringidos, “a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado” del pueblo en cuestión (MacKay, 2009, p. 4).⁴³

Opiniones como la de Magdiel González,⁴⁴ ex magistrado del Tribunal Constitucional peruano, indican que, si el derecho es lógico, entonces los resultados de la consulta deben ser vinculantes, de lo contrario no tiene lógica. Si no se interpreta de esa manera, se estaría violando el derecho. La vinculación, afirma González, es no solo para la consulta, sino también para los resultados de la consulta. Sin embargo, la propia OIT ha establecido en un manual (Tomei y Swepston, 1996, p. 8) que los pueblos indígenas no tienen derecho a veto. No se puede pasar por encima del Estado, ha señalado Sanna Saarto, funcionaria de la OIT.⁴⁵ Es decir, según la OIT, si no se puede llegar a un acuerdo, el Convenio 169 no otorga a los consultados un derecho a veto que supere la soberanía del Estado.

Sin embargo, ello no se debe interpretar como sinónimo de irrespetar los acuerdos a los que se haya llegado. Si se ha logrado un acuerdo, éste sí es vinculante. La opinión de la OIT respecto de la negativa eventual de los pueblos indígenas como resultado de la consulta no es compartida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sí le otorga valor.

Siguiendo los principios de interpretación mencionados en secciones precedentes, aquí deberíamos recurrir al artículo 19 de la

⁴² Sentencias C-461 de 2008 y SU-039 de 1997.

⁴³ Similar disposición fue establecida por la Corte Interamericana en el caso de *Saramaka vs. Surinam*.

⁴⁴ Exposición de Magdiel González en el seminario taller “Consulta previa. Derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia”, organizado por la Comisión Especial Multipartidaria Encargada de Estudiar y Recomendar la Solución a la Problemática de los Pueblos Indígenas, Congreso de la República del Perú, Lima, 2009.

⁴⁵ Comunicación personal, 2009.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que establece que 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.

Anaya (2005) tiene otra interpretación del tema ligada a la naturaleza de los derechos sustantivos que se afectan. Por ejemplo, en la reubicación forzosa, el consentimiento es generalmente requerido, pues se considera que ella es inaceptable. En el caso de los derechos de propiedad, las normas internacionales también requieren el consentimiento real de los pueblos indígenas afectados.

Cuando estos derechos son indirecta pero significativamente afectados, las consultas con los pueblos indígenas deben por lo menos tener el objetivo de conseguir el consentimiento. Si no se llega al consentimiento, existe una fuerte presunción de que el proyecto no debería realizarse. Si procediera el consentimiento, el Estado debe justificar que ha asegurado la participación de los pueblos indígenas en los beneficios del proyecto y debe tomar medidas para mitigar sus efectos negativos (Anaya, 2005, p. 17).

En caso de que los derechos de propiedad no estuvieran comprometidos, las consultas deben aspirar a obtener un acuerdo. Si no se consigue, el Estado debe demostrar que ha escuchado y tomado en cuenta las preocupaciones de los pueblos indígenas, aunque sin la obligación de mitigación que existe cuando los derechos de propiedad indígena están involucrados (Anaya, 2005, p. 17).

Frente al debate interno sobre el efecto del resultado de la consulta a los pueblos indígenas, en febrero de 2009 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT emitió su observación al Estado peruano sobre la implementación del Convenio 169 sobre pueblos indígenas, en la que señala lo siguiente:

La Comisión insta al Gobierno a que, con la participación y consulta de los pueblos indígenas, adopte sin demora las medidas necesarias para garantizar:

1. La participación y consulta de los pueblos indígenas de manera coordinada y sistemática a la luz de los artículos 2, 6, 7, 15 y 33 del Convenio.
2. La identificación de situaciones urgentes relacionadas con la explotación de recursos naturales que pongan en riesgo las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados y la aplicación rápida de las medidas especiales que se precisen para salvaguardarlos (CEACR, 2009, p. 6)

La Comisión insta al Gobierno a avanzar, inmediatamente, con la participación de los pueblos indígenas, en el diseño de mecanismos apropiados de participación y consulta y lo exhorta a consultar a los pueblos indígenas antes de la adopción de las medidas referidas en los artículos 6 y 17.2 del Convenio y a proporcionar informaciones sobre el particular (p. 4).

Si bien esta recomendación está siendo relativamente atendida por el Estado en las mesas de diálogo con las organizaciones indígenas, existen muchas barreras ideológicas, económicas y políticas que comprometen su desarrollo, particularmente en relación con la implementación estatal del derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado. Cabría indicar que cuando se trata de normas de derechos humanos el derecho internacional de los derechos humanos ha establecido el principio *pro homine* de hermenéutica jurídica, de manera que favorezca y garantice de mejor manera los derechos de la persona. En función de este principio, y en la medida en que se trata de derechos fundamentales, los derechos indígenas como la consulta y el consentimiento deben tener prioridad frente a otras pretensiones, intereses o normas tanto en la regulación estatal, como en las decisiones de los órganos jurisdiccionales. Ello es un deber ineludible que adquiere el Estado al formar parte de la comunidad internacional.

CONCLUSIONES

A pesar del interesante desarrollo legislativo y jurisprudencial internacional que reconoce los derechos de los Pueblos Indígenas, la situación de estos pueblos en el Perú y el mundo es cada vez más delicada. Ello es así, básicamente debido a la incesante presión que ejerce el mercado sobre los recursos que se encuentran en sus tierras, y la urgencia de los Estados por explotarlos. En este contexto, el derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado es un instrumento fundamental para garantizar la cultura y subsistencia de los pueblos indígenas.

La consulta debe entenderse como intrínsecamente ligada a otros derechos como la propiedad colectiva del territorio y el disfrute de los recursos naturales que se encuentran en su hábitat, la identidad y la cultura, la libre determinación, el derecho indígena, etc. Estos derechos son interdependientes e indivisibles, y en ese sentido la interpretación que se haga de los mismos debe basarse en el principio de integralidad. Un ejemplo de la interdependencia de los derechos indígenas es la relación entre el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, y el derecho a la libre determinación establecido tanto en la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el

mismo Convenio 169 de la OIT. En efecto, sólo reconociendo el derecho de los pueblos indígenas a decidir y determinar asuntos de su interés es que se entiende que no sólo deben participar en las decisiones que los afecten sino que además deben ser consultados y su consentimiento requerido en casos en los que se vulneren sus derechos fundamentales. Por esta razón, la consulta ha sido considerada en la jurisprudencia no sólo un derecho procedimental sino un derecho fundamental que forma parte del bloque de constitucionalidad, y que está orientado a proteger la existencia e integridad de los pueblos indígenas.

La interpretación que hacen los funcionarios del Estado sobre este derecho, y que en la práctica lo reducen a un tema de información, es una de las principales causas de la inaplicación de la consulta y el consentimiento en el Perú, y la consiguiente desprotección de los pueblos indígenas. De acuerdo con la Convención de Viena, la interpretación de los tratados debe ser teleológica. Ello implica descartar la interpretación literal de las normas del Convenio 169 de la OIT, particularmente aquéllas sobre la consulta. Éstas más bien deben entenderse, de acuerdo con la práctica de los Estados, como estándares mínimos cuyo contenido no debe reducirse ni minimizarse.

Tanto el Convenio 169 de la OIT, la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, como la jurisprudencia internacional han establecido que la consulta no es suficiente en casos de planes o proyectos cuyos impactos sobre los pueblos indígenas sean graves; es decir, cuando afecten la esencia misma del pueblo. En estos casos, el Estado no sólo debe consultarles sino además obtener su consentimiento sobre las medidas que deben tomarse. Siguiendo este razonamiento, entonces, debe identificarse en cada caso aquellos derechos que son afectados, de manera que el contenido de la consulta y el consentimiento esté en función de los derechos en juego. Pero, además, se debe aplicar el principio *pro homine* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para la interpretación de las normas que reconocen derechos como la consulta y el consentimiento libre, previo e informado.

REFERENCIAS

- Abanto, A. (2009). "La consulta previa como mecanismo de diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas". Exposición en el seminario taller "Consulta previa. Derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia", organizado por la Comisión Especial Multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas. Lima: Congreso de la República del Perú.
- Aidesep (1998). "Propuesta de reglamento de procedimientos de consulta y participación para las operaciones hidrocarburíferas en los territorios de los pueblos indígenas de la Amazonia peruana". Manuscrito.

- Anaya, J. (2005). "Indigenous peoples participatory rights in relation to decisions about natural resource extraction: the more fundamental issue of what rights indigenous peoples have in lands and resources". *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 22 (1): 7-17.
- Anaya, J. y R. A. Williams Jr. (2001). "The Protection of Indigenous Peoples' Rights Over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System", en *Harvard Human Rights Journal*, 14, 33.
- Campodónico, H. (2008). "Amazonia y Explotación Petrolera". *La República*, 25 de agosto.
- Clavero, B. (2008). "Perú: Convenio necesario y ley innecesaria". Disponible en <http://www.servindi.org/actualidad/5211>
- Colchester, M. y F. MacKay (2004). "In Search of Middle Ground: Indigenous Peoples, Collective Representation and the Right to Free, Prior and Informed Consent". Paper presented to the 10th Conference of the International Association for the Study of Common Property. Oaxaca, August.
- CEACR - Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (2009). "Observación al Estado peruano sobre la implementación del Convenio 169 sobre pueblos indígenas". Manuscrito. Disponible en <http://blog.dhperu.org/wp-content/2009/archivos/OITobservacionC169Peru2009.doc>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2008). Comunicado de prensa, 34 del 8 de agosto.
- Comisión multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas (2008). "Informe sobre los decretos legislativos vinculados a los pueblos indígenas, promulgados por el poder ejecutivo en mérito a la Ley 29157". Período legislativo 2008-2009. Manuscrito.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2001). "Conclusiones finales". Colombia 30/11/2001. E/C. 12/Add. 1/74.
- Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (2003). "Consideraciones de los informes presentados por los Estados partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones finales respecto del Ecuador (sesión 62)". ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio.
- Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas, et ál. (2008). "Comunicación sobre el cumplimiento por el Estado brasileño del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la OIT". Manuscrito.
- Defensoría del Pueblo (2006). "El Proyecto Camisea y sus efectos en los derechos de las personas". Informe Defensorial 103.
- Donayre, M. (2005). "¿Nueva carta de navegación? Declaración Americana de Pueblos Indígenas. El persuasivo soft law indígena". Defensoría del Pueblo. Servicio de Cooperación Holandés para el Desarrollo (SNV) y La Rama Torcida.

- Forest Peoples Programme (2004). "El derecho de los pueblos indígenas al consentimiento libre, previo e informado y la revisión de las industrias extractivas del Banco Mundial", manuscrito. Disponible en www.fores-tpeoples.org/documents/law_hr/bases/fpic.shtml [Fecha de consulta: 10 de marzo de 2009].
- Gobierno del Perú (2008). "Memoria presentada por el Gobierno Peruano de conformidad con las disposiciones del artículo 22 de la Constitución de la OIT, correspondiente al período que vence en septiembre de 2008, sobre las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio 169". Gobierno del Perú, 3 de octubre de 2008.
- González Ojeda, M. (2009). "El Convenio 169 de la OIT en el Perú: naturaleza jurídica, jerarquía legal y fuerza normativa". Exposición en el seminario taller "Consulta previa. Derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia", organizado por la Comisión Especial Multipartidaria Encargada de Estudiar y Recomendar la Solución a la Problemática de los Pueblos Indígenas. Lima: Congreso de la República del Perú.
- Gutiérrez López, A. M. (en prensa). *Entre la ley y la jurisprudencia. Consulta o consentimiento. El caso de Bolivia*, en Mesa 2. A Aplicacao do Direito de Consulta Previa na América Latina. Manuscrito.
- Instituto Socioambiental (2008). "Cuadro de legislación comparada sobre información y apoyo técnico en el proceso de consulta previa en las reglamentaciones internas de Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Venezuela que desarrollan el Convenio 169 de la OIT". Disponible en www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/default/files/Informacao_Apoio_Tecnico.doc
- Landa Arroyo, C. (2001). "La Aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y las decisiones de las cortes internacionales, especialmente en materia de derechos humanos". Disponible en <http://www.amag.edu.pe/web/html/servicios/articulos.htm>
- Lowenstein Clinic (2003). "Revised Draft of Summary Memo on Requirement of Free, Prior and Informed Consent of Indigenous Communities for Sub-Surface Resource Extraction". Manuscrito. Disponible en www.law.yale.edu/documents/pdf/Intellectual_Life/full_paper_revised_to_Oxfam_030822_-final.pdf
- MacKay, F. (2009). "Internacional: ¿Por qué es importante la nueva sentencia interpretativa de la CIDH en el caso Saramaka-Surinam?" Disponible en <http://www.servindi.org/actualidad/4601/4601>
- Martínez Cobo, J. (1987). "Informe final. Estudio de los Problemas de Discriminación contra las Poblaciones Indígenas". Naciones Unidas: Nueva York. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4.
- Melo, M. (en prensa). "Las perversidades de una reglamentación deficiente y autoritaria del derecho de consulta previa: el caso de Ecuador", en Mesa 2. A Aplicacao do Direito de Consulta Previa na América Latina. Manuscrito.

- Ochoa, Ana Manuela (en prensa). "Contenido y alcance del derecho de consulta previa en el proceso legislativo: la experiencia colombiana", en Mesa 2. A Aplicacao do Direito de Consulta Previa na América Latina. Manuscrito.
- OIT (1992). *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* 4 ed. [1989]. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, noviembre.
- Perupetro (2008). Lotes de contratos de operaciones petroleras y áreas para contratos y convenios.
- Pinto, V. (2008). "Situación del derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado a los pueblos indígenas en el Perú". Consultoría. Manuscrito.
- Robinson, M. (2001). "Bridging the gap between Human Rights and Development: from normative principles to operational relevance". Ponencia como becaria presidencial ante el Banco Mundial. Washington D.C., Preston Auditorium, 3/12/01.
- Saarto, S. (2009). "Derecho a la consulta previa en el marco del Convenio Num. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales". Exposición el seminario taller: "Consulta previa. Derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia", organizado por la Comisión Especial Multipartidaria Encargada de Estudiar y Recomendar la Solución a la Problemática de los Pueblos Indígenas. Lima: Congreso de la República del Perú.
- Satterthwaite, M. y D. Hurwitz (2005). "The right of Indigenous Peoples to meaningful Consent in Extractive Industry Projects". *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 22 (1): 1-5.
- Sargent, Laurie (1998). "The Indigenous Peoples of Bolivia's Amazon Basin Region and ILO Convention N 169: Real Rights of Rhetoric?" *University of Miami Interamerican Law Review*, 29: 451-478.
- Stavenhagen, Rodolfo (2004). Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas. E/CN.4/2004/80.
- Tomei, M. y L. Swepston (1996). *Indigenous and Tribal Peoples: A Guide to ILO Convention 169*. Geneva, Montreal: ILO and International Centre for Human Rights and Democratic Development.
- Urteaga, P. (2008). "The broker state and the 'inevitability' of progress: impacts of the Camisea project on Indigenous Peoples in Peru". Manuscrito. Geneva: United Nations Research Institute for Social Development.
- Yrigoyen, R. (2008). "Tomando en serio y superando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación. 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". Disponible en www.alertanet.org

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua (2001).

Caso Yanomami vs. Brasil. Resolución 12/85.

Caso Saramaka vs. Surinam. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T-382 de 2006.

Sentencia C-461 del 14 de mayo de 2008.

Sentencia T-652 de 1998.

Sentencia SU-039/97.

Sentencia C-208 de 2007.

Sentencia T-188, de 12 de mayo de 1993.

Normas nacionales

Constitución Política del Perú. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/ConstitucionP.htm>

Código Procesal Constitucional. Disponible en http://www.tc.gob.pe/Codigo_Procesal.html

Decreto Supremo 012-2008-EM. Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos. Disponible en <http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/GFGN/DS012-2008-EM.pdf>

Decreto Supremo 028-2008-EM. Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minería. Disponible en http://www.mim.org.pe/marco_legal/participacion_ciudadana/Reglamento%20de%20la%20Participaci%C3%B3n%20Ciudadana%20en%20el%20subsector%20minero%20DS%20028-2008-EM.pdf

Decreto Supremo 038-2001-AG, Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas.

Ley 28237.

Ley 27811, Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos del 08 de agosto del 2002.

Ley 28611, Ley General del Ambiente.

Ley 28736, Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en situación de Contacto Inicial.

Ley 27811, Ley de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos.

Ley 28216, Ley de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas.

Ley 26839. Ley sobre Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica.

Instrumentos y normas legales internacionales

Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 32/130 del 16 de diciembre de 1977.

Convención de Viena sobre los Tratados Internacionales.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convenio 169 de la OIT. Observación, CEACR 2008/79 reunión. Febrero de 2009. Disponible en <http://blog.dhperu.org/wp-content/2009/archivos/OITobservacionC169Peru2009.doc>

Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Disponible en http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf.

Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>

Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.

Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

Jurisprudencia nacional

Sentencia 0047-2004-AI/TC del Tribunal Constitucional Peruano, 8 de mayo de 2006.

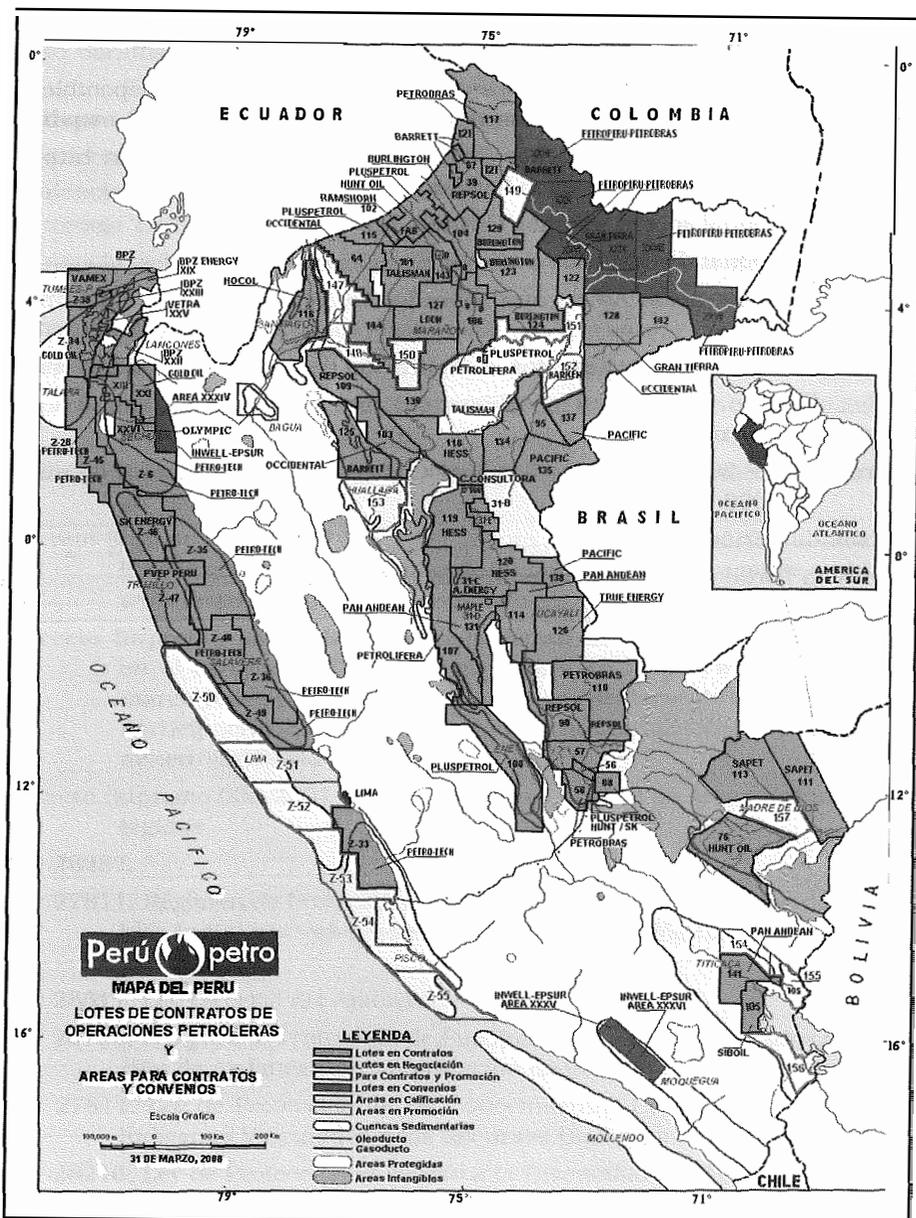
Noticias de periódicos y web

Noticias en Portal de Aidesep, 1 de julio de 2008.

Petroleumworld, abril 22 de 2007.

ANEXO 1

Mapa de concesiones petroleras



Fuente: Perupetro (2008).

Megaproyectos en el sur de Chile y la participación no vinculante del Movimiento Identidad Territorial *Lafkenche**

FERNANDO LOBOS POBLETE**



Desde hace unas décadas se acentuó la presión sobre los territorios indígenas en beneficio de lo que los Estados latinoamericanos consideran como progreso, y con ello el triste desplazamiento de indígenas de sus territorios ancestrales en beneficio del progreso de la nación. Chile no es la excepción, centrales hidroeléctricas en el Alto Bío Bío (VIII región), presencia de empresas forestales en territorio indígena (VIII y IX regiones), la ley de pesca loteando el mar del pacífico a particulares en el sur de Chile, en territorio *Lafkenche* (*Lafken*: mar, *Che*: Gente, gente del mar) (VIII-IX-X-XIV regiones), la construcción de una planta de celulosa que depositará sus desechos químicos en el *lafken*, y por último y objeto de este trabajo, la construcción de la carretera de la costa en el espacio geográfico de la identidad territorial *lafkenche* (VIII-IX-X-XIV regiones). La carencia de poder político y la desprotección jurídica impiden que las comunidades ancestrales puedan participar como sujeto colectivo frente a la máquina del gobierno y de las empresas privadas, muchas veces en acuerdo para materializar dichos proyectos.

Palabras clave: megaproyectos, indígenas, autonomía, territorio, recursos naturales, poder político.

* Agradezco al Gobierno de Chile, a través del Ministerio de Planificación y Cooperación (Mideplan), quienes me otorgaron una beca para estudiar la maestría en Estudios Políticos y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Este ensayo es parte de la tesis de maestría.

** Licenciado en Trabajo Social de la Universidad de la Frontera, Temuco, Chile; magíster en Estudios Políticos y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente es docente part time en Universidad de las Artes Ciencias y Comunicación (UNIACC), y director del Programa "Quiero mi barrio" del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU) en el barrio de Ovejería, ciudad de Osorno. Ha trabajado en municipios mapuches en Chile. Participó en el proyecto "Conflictos étnicos y nacionalismos en las Américas", del Instituto de Investigaciones Sociales (IIS-UNAM), Conacyt, en donde coordinó seminarios en materia indígena, y libros de conflictos indígenas y autonomías en las Américas.

Recibido: 2-10-2009 – Aceptado: 13-10-2009



Megaprojects in southern Chile and participation nonbinding Lafkenche Territorial Identity Movement

Some decades before the conflict because of these reserves grew up and as a consequence of this conflict the displacement of indigenous from their territory, where their ancestry lived and that for the benefice of a Nation. Chile is not an exception, hydroelectric centrals were born in "el Alto Bío Bío" (VIII region), forest industries are present in indigenous territory (VIII an IX regions), the law of fish divide the Pacific in parts and this phenomenon appears particularly in the south of Chile, in territory *Lafkenche* (*Lafken*: sea, *Che*: people, people of the sea) (VIII, IX, X regions), the building of a Cellulose who is going to deposit his garbage and chemical residuals in the *Lafken*, and finally, the object of this work, the building of the coast's freeway in a geographic space that is a territorial property of *lafkenche* (VIII-IX-X-XIV regions). The deficiency of the political power and the lack of juridical protection it prevents to participate like collective subject front to the government machine and private companies, often in agreement to materialize these projects.

Key words: megaprojects, indigenous, autonomy, natural resources, political power.

APROXIMACIONES

Uno de los problemas actuales que presentan los pueblos indígenas en Latinoamérica es la carencia de poder político sobre el control de sus recursos naturales, lo cual provoca la ausencia de un mecanismo regulatorio de resolución de conflictos, como se vislumbra por ejemplo en la presencia del megaproyecto Carretera de la Costa, que afecta el Área de Desarrollo Indígena del Budi (ADI Budi), en la comuna de Saavedra en el sur de Chile, donde conviven indígenas mapuche *lafkenches*.¹

Dentro del marco político institucional del Estado de Chile y sus instancias de gobierno se mantiene una relación constitucional con las etnias del país, preferentemente con el pueblo indígena mapuche; a pesar de los instrumentos legales de que disponen actualmente, éstos no constituyen mecanismos eficaces para resolver conflictos en territorios indígenas, y tampoco hay voluntad política para tratar el tema desde el derecho indígena internacional. En este contexto, las instituciones de

Según el Censo de población y vivienda 2002 se autoidentificaron como mapuche un porcentaje de personas que corresponde al 4,6% de la población nacional (15.116.435 de personas). En el censo del año 1992, se identificaron como mapuche 928.000 personas, el origen de la pregunta hizo variar la cantidad en el 2002. Los mapuches son la etnia mayoritaria del país, los demás pueblos son: aymara, rapa nui, atacameños, quechuas y collas del norte, kawashkar o alacalufe y yamana o yagán, que en total suman 89.843 personas.

desarrollo social, al momento de definir políticas públicas, no consideran directamente a las organizaciones territoriales en la definición del proyecto Carretera de la Costa. Al no diferenciarlos por su condición de pueblo indígena en un territorio, incluso decretado por ley como Área de Desarrollo Indígena (ADI), del resto de la población, vulneran con ello sus derechos territoriales, culturales y sociales.²

Intentaremos resolver algunos interrogantes como ¿cuál es el impacto cultural que genera la construcción de un megaproyecto en territorio indígena? ¿Con qué pertinencia se están definiendo las políticas públicas en territorio indígena? ¿Quiénes deben administrar los recursos naturales en territorio indígena? ¿Cómo es considerada la toma de decisiones de las comunidades indígenas frente a la ejecución de un megaproyecto? Y, por último, ¿cómo se pueden establecer procesos de negociación con las comunidades indígenas *lafkenches* con ciertos marcos de autonomía territorial?

ANTECEDENTES DE LA COMUNA DE SAAVEDRA³

La comuna de Saavedra⁴ se localiza en el litoral costero de la IX región de la Araucanía, Provincia de Cautín, ocupando una superficie de 400,8 km . Se encuentra a 85 km de la capital regional, ciudad de Temuco. Sus límites son: al norte y al este con la comuna de Carahue, al sureste con la comuna de Teodoro Schmidt y al oeste con el Océano Pacífico. La ciudad principal y cívica se llama Puerto Saavedra.⁵

Hay que partir mencionando que una comunidad indígena es la organización territorial de base, generalmente limitada por esteros de agua con otra comunidad. Ahora las comunidades se encuentran políticamente representadas por organizaciones territoriales tradicionales como el Consejo Pu Werken lof Budi, que representa a las comunidades del ADI Budi que agrupan las 105 comunidades indígenas. Existen otras organizaciones en distintos sectores de la identidad territorial *lafkenche* como: Consejo Territorial *Lafkenche* conformado por comunidades del ADI Budi que nace para resistir colectivamente frente a la construcción de la Carretera de la Costa, Asociación de Comunidades *Lafkenches*, conformada por el sector sur del *lafkenmapu*: territorio de la costa, o al sur del ADI Budi (comunidades de Toltén y San José la Mariquina, y Movimiento Identidad *Lafkenche* conformado por comunidades del norte del *lafkenmapu*: territorio de la costa, en la provincia de Arauco.

Información extraída del Plan de Desarrollo Comunal 2002-2006 (Pladeco) Ilustre Municipalidad de Saavedra, comuna de Saavedra. Las comunas son las divisiones político-administrativas del país, y obedecen a un municipio.

La comuna de Saavedra se funda el 5 de diciembre del 1895 con el nombre original de Bajo Imperial. Posteriormente recibirá el nombre de Puerto Saavedra.

Puerto Saavedra es una localidad costera situada en el litoral del Pacífico chileno, donde desemboca el río Imperial, precisamente dicho río nace de las aguas del río Quepe y Chol Chol, y más arriba lo intercepta el río Monkul.

permite la concertación de tres leyes de la República para someter a estudio la viabilidad del Proyecto: 1) la Ley Indígena 19.253 de 1993, que principalmente otorga derechos culturales a las etnias del país para la preservación de la cultura y costumbres ancestrales; 2) la Ley de Monumentos 17.288; 3) la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente promulgada el 1 de marzo del año 1994 y que establece excepciones cuando se trata de ecosistemas resguardados.

De esta manera, la Constitución Política de la República expresa los deberes del Estado en su artículo 19, numerales 8, que “garantiza a las personas a vivir en un medioambiente libre de contaminación” y 24, que “asegura el derecho a la propiedad”.

Estos derechos consagrados en la Carta Magna de la nación son finalmente los determinantes para afirmar jurídicamente la necesidad por *el interés nacional y utilidad pública* de expropiar las tierras necesarias para el paso de la obra por territorio indígena, y demuestra también la interpretación jurídica de mayor consistencia frente a leyes conexas existentes en el territorio nacional como ocurre en este caso en desmedro de la Ley Indígena 19.253.¹⁰

La Ley Indígena 19.253 expresa la consulta para los indígenas en cualquiera de las posibilidades en que se invierta en sus territorios. “Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y *considerar la opinión de las organizaciones indígenas* que reconoce esta ley” (título V, art. 34).¹¹

Dos figuras legales permiten al Ministerio de Obras Públicas acceder a la expropiación: la permuta (Ley Indígena, art. 13) y la

¹⁰ Casos similares también ocurren en otros países con mayor presencia indígena, como Bolivia, con los indígenas guaraní, con respecto a la expropiación de tierras para megaproyectos de petroleras y gaseoductos, “[...] las TCO (tierras de origen comunitario), pueden ser expropiadas con fines de *utilidad pública*, específicamente por causas de protección y conservación de la biodiversidad. Considerando el interés que tienen empresas transnacionales para patentar los recursos genéticos existentes en la mayoría del las TCO, los indígenas corren el riesgo de sufrir un nuevo despojo” (Inturias, 2004, p. 184).

¹¹ Durante las mesas de trabajo para la elaboración de la ley indígena hubo un intento de incorporar un apartado que hiciera referencia a megaproyectos, al respecto uno de los participantes expresa: “Cuando se discutió la ley indígena en el parlamento, se sacó al articulado concerniente a megaproyectos y sus impactos en las comunidades indígenas. Originalmente, el proyecto de la ley discutido por las comunidades señalaba una serie de procedimientos de consulta para la realización de proyectos tales como represas hidroeléctricas en territorio indígena [...]. Muchas personas habíamos estudiado estos temas en detalle y lo planteamos ante el Parlamento de Valparaíso. No hubo acuerdos ni voluntad de legislar sobre esta materia y se sacó el tema del articulado en discusión. La ley indígena quedó sin mecanismos de resolución de este tipo de conflictos” (Bengoa, 2002, p. 210).

expropiación (Decreto 850), señala que el monto de la indemnización se fijará “de común acuerdo”, y también la forma de pago.

En primer lugar, la protección de las tierras indígenas que establece el marco legal, y que origina el conflicto actual, menciona que:

Las tierras a que se refiere el artículo precedente, por exigirlo *el interés nacional* gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas de una misma etnia. No obstante, se permitirá gravarlas previa autorización de la Corporación. Este gravamen no podrá comprender la casa-habitación de la familia indígena y el terreno necesario para su subsistencia. [...] con la autorización de la Corporación, *se podrán permutar por tierras no indígenas de similar valor comercial debidamente acreditado*, las que se considerarán tierras indígenas, desafectándose las primeras” (título II, art. 13).

Podemos concluir que las leyes nacionales tienen diferente interpretación, lo que se refleja en la necesaria construcción de una obra pública donde el *interés público* sobrepasa el resguardo de tierras indígenas, y además dicho cuerpo legal abre una brecha para permutar tierras cuando se presentan proyectos de gran envergadura, situación que establece criterios dispares como el valor comercial que sólo es válido para este tipo de compras y no entre indígenas, y también se contradice con la ampliación de tierras para indígenas que establece el Fondo de Tierras y aguas, y con ello no resguarda totalmente el patrimonio indígena ya que hecha la expropiación se concreta la “idea de progreso” en territorio indígena.

Al respecto, un abogado de Temuco vinculado a estudios indígenas nos dice, “En el ámbito de la resolución de conflictos, la ley no reconoce las facultades de las comunidades, pues esto atentaría contra el principio de separación de poderes y de la jurisdicción, reservada por la constitución (art. 73) a los tribunales de justicia” (Lillo, 2003, p. 109). La ley indígena carece de elementos para resolver un conflicto indígena en lo referente a la construcción de megaproyectos en territorio indígena, y se basa en artículos colaterales que se centran en el problema de la tierra, pero no faculta una iniciativa que evalúe realmente los daños que ello genera y, lo que es más grave, otorgando garantías legales para que los proyectos avancen y se concreten.

Otra discusión sobre el proyecto ruta-costera está vinculado a su sometimiento dentro de la Ley del Medio Ambiente 19.300 denominado Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).¹²

¹² A través de esta ley de medioambiente se originó por parte del Ministerio de Obras Públicas, la realización del “Estudio de impacto sociocultural sector Lago Budi, en el marco de la

Si bien este mecanismo de participación carece de efectividad porque el carácter consultivo no es vinculante para la paralización de una obra de esta envergadura, y en este caso la concurrencia del SEIA le otorga más peso a la forma de consulta que requerirá la opinión de los afectados directos en el paso de la Ruta Costera en el Área de Desarrollo Indígena del Budi.

Dentro del trabajo realizado por el “Estudio de Impacto Sociocultural sector Lago Budi, en el marco de la construcción de la ruta costera tramo Puerto Saavedra- Toltén”, se procedió a realizar una encuesta en la denominada Área de Influencia Directa del paso de la ruta costera, correspondiente a los comuneros que verían afectados sus predios. Para ello, durante el periodo comprendido entre los meses de noviembre-diciembre del año 2000 se realizaron reuniones en comunidades correspondientes a los trazados A, B y C.¹³

El estudio de impacto cultural con respecto al trazo A-B, concluye:

Tomando en cuenta la caracterización sociocultural y socioeconómica de las áreas definidas en el estudio, específicamente en las que circunscribe el trazado A variante y las posiciones recogidas en el proceso de acciones de consulta a la comunidad y en base a las características técnicas definidas para esta vía; estándar de velocidad y aproximadamente 30 metros de ancho, el equipo consultor considera inviable la ejecución de esta obra, sin que ello impacte de manera significativa la situación socioeconómica de las comunidades por pérdida de la tierra, el funcionamiento y reproducción cultural y los sitios de significancia cultural arqueológica (Soto, 2001: 294).

El resultado final de la encuesta arrojó que un 45,20%, está a favor de la ruta costera y un 52,89% en contra. Con respecto al trazado

construcción de la Ruta Costera, tramo Puerto Saavedra-Toltén, IX Región de la Araucanía, 2001”, elaborado por el docente del Departamento de Trabajo Social de la Universidad de la Frontera de Temuco, señor Abel Soto, a quien agradezco nuevamente su colaboración por la información suministrada.

¹³ Los tramos en discusión son los siguientes: Alternativa A Occidental, el tramo se inicia en la comuna de Puerto Saavedra con rumbo general norte-sur, emplazándose entre el Lago Budi y el litoral oceánico hasta alcanzar las inmediaciones de Peleco [sector rural de la costa], donde cambia de rumbo hasta empalmar con la ruta S-46 en Pichichelle, donde finaliza; tiene como referencia en un importante trayecto el camino existente entre Puerto Domínguez y Peleco; su longitud aproximada es de 41,6 km. Alternativa B, se inicia en la comuna de Puerto Saavedra con rumbo norte-sur, y corresponde a una variante de la alternativa principal (A), se desplaza muy cerca al litoral o costa pasando por dunas de arena, y finaliza en la comunidad Pascual Puelpan; su longitud es del 10 km. Alternativa C, se inicia en la comuna de Puerto Saavedra [sector cementerio], y continúa por el camino actual existente entre Saavedra-El Temo, hasta empalmar con la ruta S-46, camino Carahue-Puerto Domínguez, donde finaliza. Tiene una longitud de 22 km. “Estudio de impacto sociocultural sector Lago Budi, en el marco de la construcción de la ruta costera, tramo puerto Saavedra-Toltén, IX región” (Soto, 2001, p. 20-23).

C, hay un 92,% de aceptación y un 8% de rechazo. Lo anterior se debe a que es una zona donde la identidad indígena está más debilitada por los diversos procesos de aculturación, y a pesar de diagnosticar menores índices de pobreza e indigencia que la gente del trazado A-B, últimamente se han desarrollado ceremonias tradicionales como la celebración del *We Tripantu* (año nuevo mapuche). Acá se hace evidente la influencia del presidente de la comunidad, a diferencia del trazado A-B donde la presencia del *Lonko*, figura sociopolítica cultural tradicional de la comunidad, el hombre más antiguo y de mayor respeto, sigue primando en las decisiones comunitarias como se hace desde antaño, no así el presidente de la comunidad quien representa un papel más funcional y se involucra con beneficios gubernamentales.

La conclusión del estudio de impacto cultural con respecto al trazado C fue:

Tomando en cuenta las características socioculturales de las comunidades, emplazadas en el trazado C, es decir bajo perfil cultural e identitario, inexistencia de conflictos visibles derivados de un posible desarrollo de una obra de este tipo y la receptiva aceptación de que el proyecto han tenido, nos lleva a plantear la visibilidad de este trazado como alternativa de ruta, sin comprometer un costo alto en el sistema social, cultural y local, perdiendo sin embargo a partir de ello el carácter de ruta costera cercana al litoral (Soto, 2001, p. 294).

Desde el punto de vista sociopolítico, la no realización de ceremonias deja sin efecto la presencia de las autoridades políticas del pueblo mapuche (*Lonkos, machis, dugunmachife, ñenpin*), que no contarán con los sitios sagrados para realizar sus actividades tradicionales, alterando completamente el ciclo natural de vida desde tiempos pasados, que es uno de los componentes más presentes en la identidad cultural de un pueblo indígena, lo cual podría ocurrir con la expropiación de sitios sagrados a raíz del paso de la ruta costera.¹⁴

Finalmente, y luego de constantes presiones realizadas durante los años 2001-2003 encabezadas por el alcalde mapuche de la comuna de Saavedra, Domingo Ñancupil Baeza, el Consejo *Pu Werken Iof Budi*, Comisión de Defensa de los Derechos de las Comunidades *Mapuche Lafkenche*, Asociación *Pur Lafkenleufu*, Consejo *Territorial Lafkenche*, Asociación *Komumko Lafken*, en el año 2002 el Ministerio de Obras Públicas anuncia oficialmente la decisión tomada por sus autoridades –en un hecho inédito en los gobiernos de la Concertación de Partidos Democráticos–, de que la ruta costera no pasará por ninguno de los trazados antes mencionados sino por la ruta actual ya existente, Carahue

¹⁴ *Lonko* es la figura política tradicional de esta comunidad indígena, *Machi* es la figura religiosa tradicional, *dugunmachife* es el ayudante de la *machi* en la realización de sus actividades, *nguillatun, ñenpin*, es una persona admirada por su intelectualidad en la comunidad.

Puerto Domínguez, siguiendo en dirección sur hacia las comunas de Teodoro Schmidt y Hualpin. Sobre esta decisión, si bien nunca estuvo clara, el funcionario de la Dirección de Vialidad señor Reinaldo Jara, encargado de caminos costeros manifestó “que la decisión fue tomada a raíz de los constantes conflictos y la falta de consenso entre las instancias participantes”.¹⁵

En el *Fütra Trawün Wall Lof Budi*, Gran Reunión en las comunidades del territorio del Budi, los indígenas mapuche *lafkenches* manifestaron:

En palabras del werken de las comunidades del Budi nos dice, “carretera pü peñi pü lamngen, ese tema es un tema peligrosos peñi veámoslo con grandes ojos pensemos mucho más amplio no pensemos personalmente sino pensemos como nación como pueblo como comuna como lof unámonos todos, ese es el veneno más grande que podría pasar por nuestra isla huapi y poder destruirnos lentamente mientras el elegido diputado Eduardo Díaz del Rió está elaborando una propuesta de ley para que nosotros podamos vender o simplemente, como se llama esa palabra, hipotecar nuestros campos, hipotecamos o vendimos una hectárea y así llegarán winkas a nuestro alrededor del lago Budi como en el *lafkenmapu* poco a poco irán desafortándonos de nuestro territorio pü peñi”, *Fütra Trawun Wall Lof Budi*, Gran Reunión de las comunidades de la cuenca del Budi, Isla Huapi, Área de Desarrollo Indígena del Budi, *pewü*, primavera, noviembre de 2002.

Esta tesis demuestra que, en diferentes movilizaciones, la presión de las organizaciones territoriales de la comuna permitió publicitar el tema, lo que les generó un conflicto que era mejor solucionar políticamente desviando la ruta a fin de evitar mayores grados de movilización que alteraran el prestigio del gobierno en materia indígena, como ocurrió con el intento de criminalizar la demanda indígena en un juicio de encarcelamiento a tres comuneros mapuche por un conflicto con funcionarios del Ministerio de Obras Públicas (MOP), Dirección de Vialidad Temuco.

MOVIMIENTO IDENTIDAD TERRITORIAL LAFKENCHE: DESAFÍOS Y REALIDAD ACTUAL

En sociedades complejas, los movimientos sociales surgen como mecanismos de resistencia subsumidos al capital como movimientos societales. El movimiento indígena mapuche es societal, en constante enfrentamiento histórico con el Estado, que pretende modificar los principios de orden existente. Se constituye en una fuerza y participa como contrahegemonía en la definición de lo político.

¹⁵ Entrevista realizada el 17 de enero de 2005 en su oficina, ciudad de Temuco.

Los movimientos societales indígenas enfrentan nuevos procesos de privatización de recursos públicos no estatales y estatales en territorio indígena, que producen alteración de las condiciones básicas de existencia dentro de su cotidianidad, y obliga a una recomposición del tejido comunitario. Ello da pie al surgimiento de conflictos entre organizaciones territoriales indígenas y las políticas de gobierno en complicidad con empresas extranjeras y nacionales. Una muestra de ello se hace evidente en el concepto emitido tras la visita del Relator Especial de la Comisión de derechos humanos para pueblos indígenas de las Naciones Unidas, señor Rodolfo Stavenhagen, a Chile en julio del año 2003.¹⁶

El movimiento indígena territorial *lafkenche* es una alternativa anticapitalista en el sentido de que se representa a partir de la otredad, y se plantea romper los esquemas tradicionales del actuar de lo político desafiando al Estado desde la aplicación de sus prácticas sociales, utilizando métodos reivindicativos históricos que refuerzan la lucha identitaria. Algo muy importante de acotar es que los indígenas están representados por indígenas, cosa que no ocurre en todos los movimientos indígenas de la región, especialmente en México donde la internacional figura del subcomandante Marcos pone en entredicho la pureza intelectual y la real participación indígena del movimiento.¹⁷

Al respecto se afirma que:

Para el mapuche el “territorio” (*Wall mapu*), tiene un significado integral que va más allá del espacio físico en que se habita: existe una relación multidimensional con la tierra y el medio natural. En primer lugar se

¹⁶ La visita del Relator Especial de las Naciones Unidas en materia indígena, entre el 18-29 de julio del 2003, originó un informe sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas de Chile. Uno de los acápite del informe manifiesta: “El Relator Especial recibió información respecto de los problemas que enfrenta la Identidad Territorial *Lafkenche*, en la región de la costa, que incluye la falta de consulta para la construcción de una carretera que afectaría a 10 comunidades *lafkenches*, así como los efectos de la aplicación de la ley de pesca y acuicultura de 1992 que obliga a la constitución de sindicatos para obtener áreas de manejo de recursos del mar. Los entrevistados alegan que estas acciones vulneran los derechos enmarcados en la ley indígena en materias de consulta sobre asuntos que les afectan así como el tradicional derecho de las comunidades a utilizar esos recursos, y se ha limitado su acceso al mar”.

¹⁷ Cabe mencionar que para los indígenas de Sudamérica el apelativo de “subcomandante” no es muy bien recibido porque es un rango militar de trágicos recuerdos dictatoriales, y además no es un nombre indígena, dudo que algún movimiento indio aceptará dicho apodo. En el caso particular de los mapuches, éstos poseen una bandera blanca y azul emulando los colores de la tierra de arriba, que en idioma mapudungun se denomina, *Wenü mapu*, y en ninguna manifestación los mapuches presentan la bandera chilena, algo muy diferente al Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), donde la bandera mexicana es parte de sus simbolismos, y refleja la diferencia de los movimientos étnicos en la región.

constituye como vehículo de supervivencia estrechamente vinculado a sus prácticas ancestrales, [...] haciendo uso de la tierra y el agua tanto individual como colectivo. Por otro lado, el territorio ha sido ocupado por generaciones, en él se han enterrado a sus muertos y en él se encuentran las señales y manifestaciones de sus espíritus, a través de fenómenos de la naturaleza o sus animales (Lobos, 2003, p. 72).

Su grado identitario como grupo étnico, definido teóricamente según Giménez, se presenta como el “conjunto de repertorios culturales interiorizados (representaciones, valores, símbolos, etc.), mediante los cuales los actores sociales (individuales o colectivos) demarcan simbólicamente sus fronteras y se distinguen de los demás actores en una situación determinada, todo ello en contextos históricamente específicos y socialmente estructurados” (2002, p. 58).

La apuesta provocadora del movimiento mapuche *lafkenche*, cuyo presupuesto radica en las comunidades indígenas que apoyan a sus organizaciones tradicionales, se contraponen con la concentración oligopólica de la toma de decisiones del gobierno central en la definición de una política pública no diferenciada para el caso de un territorio indígena.

El movimiento mapuche de identidad territorial *lafkenche* pertenece a un territorio que incorpora las actuales regiones: VIII del Bío Bío; IX región de la Araucanía y XIV Región de los Ríos; X Región de los Lagos, por la costa. Esta organización articula a las comunidades mapuche *Lafkenche* desde el Golfo de Arauco (región del Bío Bío) hasta Chiloé-Palena (región de los Lagos), y es producto de una identidad territorial que lo identifica, y es precisamente la utilización irracional de los recursos que disponen, ahora motivados por políticas públicas, lo que politiza el espacio geográfico queriendo convertirlo en un bien mercantil.¹⁸

La base de las autonomías son las relaciones de poder, y se generan desde abajo con sujetos movilizados para resistir en un choque de fuerzas políticas en un escenario determinado, “[...] el poder no es algo que se adquiera, arranque o comparta, algo que se conserve o deje escapar; el poder se ejerce a partir de innumerables puntos, y en el juego de relaciones móviles y no igualitarias” (Foucault, 2005, p. 114). Un proceso de negociación política, en el marco de relaciones de fuerza, necesita de un “sujeto autónomo”, sólido y sin divisiones, y esa es una debilidad de la identidades territoriales indígenas del país que se

¹⁸ La identidad *lafkenche* se divide territorialmente en las siguientes organizaciones indígenas activas, Consejo Territorial *Lafkenche*, Identidad *Lafkenche* Asociación Pü *lafken* Leufu, Movimiento Identidad *Lafkenche* y Consejo Pü *Werken* lof *Budi*, y Asociación de Comunidades *Lafkenches*.

encuentran muy fragmentadas, y es por ello la imposibilidad real de generar por ahora una propuesta autonómica más amplia.

Intelectuales mapuches definen autonomía como,

[...] un dispositivo de control social legitimado por la población que vive en un territorio determinado, y su importancia radica en asegurar los derechos contenidos en la autodeterminación, que es el derecho que tienen todos los pueblos o naciones, a decidir, en forma soberana, su futuro político, social, económico y cultural, como también la estructura de gobierno y participación que desean (Millalen, 2007, p. 254).

Territorio es la figura física del ente autónomo como participación política efectiva de los indígenas en sus asuntos que involucran el uso, la conservación y la explotación de su espacio social, cuyos acuerdos deben darse sobre la base del respeto con la sociedad mayor, y no de hechos consumados como traslados a otras tierras por inundaciones artificiales o paso de carreteras, etc.

El autor Díaz-Polanco señala al respecto, “el sistema de autonomía se refiere a un régimen especial que configura un gobierno propio (autogobierno) para ciertas comunidades integrantes, las cuales escogen así autoridades que son parte de la colectividad y tiene facultades mínimas para legislar acerca de su vida interna y para la administración de sus asuntos (1991, p. 151).

La reciente creación del Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios (ECMPO), Ley 20.249, luego de décadas de negociaciones entre la dirigencia *lafkenche* y el gobierno de Chile finalmente se promulgó el 31 de enero de 2008, y fue publicada en el diario oficial el 16 de febrero del mismo año. Por primera vez se reconoce un derecho consuetudinario de indígenas *lafkenche* y de administración para la preservación de los recursos naturales disponibles.

Existen factores que podrían reforzar los espacios territoriales *Lafkenche* como son los efectos que genere la puesta en práctica del Convenio 169 de la OIT en el país en el mes de septiembre de 2009 y, por añadidura, el discutido “Código de Conducta Responsable” para regular inversiones públicas y privadas que se ejecuten en territorio indígena, sin duda un gran avance en jurisprudencia indígena en Chile. Lo anterior, junto con la reciente creación del Ministerio de Asuntos Indígenas, podría dar mayor transparencia al trabajo, hasta ahora errático, desarrollado por la Corporación de Desarrollo Indígena que atraviesa una crisis de credibilidad en la sociedad chilena.

La errada militarización del territorio de los valles de la provincia de Malleco, IX región de la Araucanía,¹⁹ ha originado consecuencias previsibles; el reciente asesinato por la espalda del joven comunero

¹⁹ Véase el libro de Mella (2007).

indígena Jaime Collio Mendoza, integrante del movimiento Alianza Territorial Mapuche, el pasado 12 de agosto de 2009, en manos del suboficial del Grupo de Operaciones Especiales de Carabineros de Chile (GOPE) Patricio Jara Muñoz, a raíz de la toma de un predio en disputa por conflicto en territorio ancestral mapuche, complejiza la relación Estado-pueblo indígena en el país.²⁰ El derroche de más de 2.000 millones de pesos anuales que se invierten como política neoinígena en la ejecución del programa Orígenes, no detiene el conflicto y solo constituye una infraestructura operatoria clientelar y disruptiva donde participan muchos indígenas, cuestionados por mapuches opositores a las políticas gubernamentales.

Es imperativo avanzar hacia un pluralismo jurídico que incorpore nuevas variables de acción, principalmente en el ámbito de resolución de conflictos considerando recursos étnicos hoy olvidados en la jurisprudencia nacional. “Un modelo pluralista supone un reconocimiento de derechos plenos (políticos, sociales jurídicos y económicos), de los diversos grupos sociales, porque ya no es una orientación cultural la que tiene el monopolio de la producción jurídica ni de la institucionalidad estatal” (Yrigoyen, 1999, p. 361).

PROPUESTA AUTONÓMICA DE LA IDENTIDAD TERRITORIAL LAFKENCHE CORRESPONDIENTE AL ESPACIO TERRITORIAL LAFKENCHE SUR-COSTA

Habría que partir diciendo algunas cosas con respecto a procesos de autonomía de pueblos indígenas: 1) es imposible pensar la autonomía sin la refundación del Estado; 2) la autonomía es una dinámica en constante proceso en construcción; 3) la autonomía requiere la presencia indispensable de un sujeto autónomo, no fragmentado; 4) la autonomía establece fronteras de control territorial, jurisdicción propia y sistemas normativos que rigen el territorio autónomo; 5) la autonomía difiere de la realidad social y política donde se sitúa el ente autónomo.

Ahora bien, existen limitantes organizacionales en el espacio territorial *Lafkenche* Costa-Sur como: 1) multiplicidad de organizaciones funcionales en el territorio *lafkenche*;²¹ 2) inoperatividad de algunas

²⁰ Una de las formas actuales de resolución de conflictos en Chile por problemas de tierras indígenas es la aplicación de la Ley de Seguridad Interior del Estado No. 19.027, publicada en 1975 y modificada en 1991, criminalizando la demanda indígena al definir los delitos comunes como de “carácter terrorista”, utilizando leyes especiales. La justicia chilena no ha incorporado actores bilingües mapuche en las declaraciones e interpretaciones de juicios orales, y cada día más mapuches son indebidamente procesados.

²¹ Organizaciones funcionales son las formadas por la Ley Indígena 19.253 sobre comunidad y asociaciones indígenas, y la Ley 19.418 de organizaciones comunitarias de las municipalidades,

organizaciones territoriales tradicionales *lafkenche* en el territorio; 3) escasa articulación de las organizaciones más allá de límites de sus comunas y no como identidad territorial *lafkenche*, e incluso con otras identidades territoriales; 4) escaso nivel de injerencia política de las organizaciones territoriales con el gobierno local, regional y central; 5) móvil político de las luchas de carácter inmediatista o a raíz de políticas y programas impulsados por el gobierno; 6) debilidad en las propuestas de las organizaciones territoriales indígenas que no solucionan temas de fondo, falta de asesoramiento externo y conocimiento de otras formas de trabajo autónomo en la región; 7) conformismo para dar solución a sus demandas por intermedio de la clase política tradicional, de gobierno, diputados, intendentes, gobernadores, alcaldes.

En el establecimiento del nivel o la escala primera de autonomía relativa deben discutirse los siguientes elementos: 1) reconocimiento de exclusividad²² y manejo de los recursos naturales del suelo y subsuelo, y espacios marítimos del *lafkenmapu* dentro de su espacio territorial; 2) definición de las formas de explotación de los recursos naturales; 3) conservación, aprovechamiento y preservación de recursos naturales a partir de sistemas normativos de jurisdicción propia en las asambleas territoriales;²³ 4) establecimiento de concesiones de recursos naturales para las comunidades indígenas e indemnización en daños provocados por el Estado o empresas particulares; 5) creación de un fondo anual del espacio territorial *Lafkenche* Sur-Costa, para que las comunidades logren impulsar proyectos de desarrollo social intra y supra comunitarios regidos por asambleas territoriales.

Una vez consensuado el primer nivel, es necesario materializar el segundo nivel de autonomía relativa, partiendo de un otorgamiento del “espacio territorial *Lafkenche* Sur-Costa”, donde se establezca un reglamento autónomo de sistemas normativos de las comunidades *lafkenche*, que debieran tener elementos mínimos de acción, hoy ausentes en la normatividad jurídica.

Con dichos elementos, reconocidos como cuerpo jurídico y consensuado con los actores políticos y sociales del país, se puede avanzar hacia un tercer nivel que sería una mesa de negociación tripartita

como clubes deportivos, talleres laborales, clubes de adulto mayor, etc., que se organizan con el fin de participar como beneficiarios de proyectos sociales.

²² El Informe de la “Comisión de verdad histórica y nuevo trato de los pueblos indígenas”, con respecto a los recursos naturales en los territorios indígenas propone “que el derecho que aquí se otorga es un derecho de preferencia y no de exclusividad o excluyente” (cuerpo III, 2003, p. 128).

²³ Habría que tomar como referencia los artículos 14, 15 y 16 del Convenio 169, ratificados recientemente por el parlamento chileno (15 de septiembre de 2008).

de indígenas, instituciones de gobierno y un veedor internacional, para definir la orientación de las políticas públicas y los megaproyectos en el espacio territorial *Lafkenche* Sur-Costa.

En el caso de proyectos de desarrollo sería importante definir algunos acuerdos como: 1) discusión del diseño de los programas de desarrollo y formas de ejecución en el territorio mediante asambleas territoriales; 2) definición del tipo de desarrollo que involucraría la ejecución de un programa; 3) elección de distribución de las formas de explotación de los recursos naturales en las comunidades indígenas;²⁴ 4) elección en la asamblea territorial de una terna de funcionarios con experiencia en la temática para ser representantes permanentes del programa que deberá ejecutarse en el espacio territorial, 5) presencia internacional de un organismo correspondiente sobre la evaluación de impacto ambiental realizada por la Comisión Nacional del Medio Ambiente (Conama), para que emita un informe sobre la viabilidad del proyecto y, a partir de ello, llevar la propuesta a la mesa tripartita.

Para el caso de megaproyectos la orgánica debiera orientarse bajo los siguientes puntos: 1) información a las comunidades por asamblea territorial de la presencia de la ejecución de un megaproyecto durante el tiempo que sea necesario en conjunto con el gobierno de Chile o entes privados si existiesen; 2) estudio de impacto ambiental realizado por una terna entre el gobierno de Chile, sus instituciones y organismos internacionales acerca de su viabilidad en el territorio; 3) discusión de las condiciones y los requisitos de ejecución; 4) un consejo de autoridades tradicionales deberá convocar a un gran *Fütra Trawün* (Gran Reunión), para tomar la decisión final sobre la ejecución del megaproyecto y, a partir de ello, llevar la propuesta a la mesa tripartita de negociación.

Debe entonces asignarse el establecimiento de una mesa tripartita de negociación, donde estarán presentes tres actores que definan sus posturas y logren un consenso. Los indígenas, como beneficiarios de los proyectos, deberán participar directamente para legitimar su posición y la viabilidad de los proyectos en las comunidades. Esta instancia deberá acceder a la mesa tripartita de negociación, previo acuerdo en conjunto con las comunidades representadas y la institucionalidad de gobierno.

Corresponderá a un representante de organismos internacionales, que se constituya como veedor internacional miembro del Grupo de

24 En relación con la presencia de empresas forestales, inexistentes hasta ahora en el espacio territorial *Lafkenche* Sur-Costa, habría que modificar el programa forestal de gobierno (Decreto 701) donde parte de las superficies indígenas se llenan con especies exóticas, pino y eucaliptos. En los espacios territoriales de patrimonio *lafkenche*, provincia de Arauco, las empresas forestales tienen un conflicto permanente con las comunidades indígenas por lo que debería establecerse un nuevo marco de acción a partir de estos elementos.

Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas, o un similar designado por ellos en el país, con experiencia en resolución de conflictos en esta materia, elaborar un informe que sea una recomendación vinculatoria para determinar una medida que beneficie a ambos actores presentes en el conflicto, lo que no implica necesariamente su rol de árbitro.

CONCLUSIONES

Las formas actuales de participación de los indígenas, sus instrumentos y directrices, no reflejan mecanismos de decisión en materia de resolución de conflictos. La instalación de megaproyectos ha resultado una imposición monopólica de las instituciones del Estado nacional, con los nuevos alcances que el progreso ha ido generando en el modelo neoliberal. Se percibe una nueva forma de política neoindigenista, que bajo una gran tutela electoral y ciertos márgenes de participación que se traducen en consultas, no terminan ni solucionan los grandes problemas del pueblo indígena mapuche *lafkenche*.

Entonces, cuando el Estado en este caso pretende permutar una tierra indígena, utiliza el inciso 3 del artículo 13, título II de la Ley Indígena 19.253 del año 1993, estableciéndole *un valor comercial*, lo que aumenta el precio, pero al mismo tiempo establece hegemónicamente una expropiación y, al asignarle un mejor valor, seduce al propietario, indígena pobre, que no tendrá nuevamente una oportunidad de vender su tierra a un mejor precio. Y también se contradice con la ampliación de tierras para indígenas que establece el Fondo de Tierras y Aguas.

La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi), administrada bajo la Ley Indígena 19.253, carece de elementos jurídicos para definir conflictos referentes a la “construcción de megaproyectos en territorio indígena”, y se basa en artículos colaterales que se centran en el problema de la tierra, pero no faculta una iniciativa que evalúe realmente los daños que ello genera y, lo que es más grave, otorgado garantías legales para concretar la presencia de estas empresas u otros megaproyectos.

En este contexto, las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI) han resultado ser un elemento político-administrativo de división de las comunidades *lafkenche*, que a partir de la puesta en práctica de instrumentos de política pública, como el tan publicitado programa Orígenes, sin preocuparse de los problemas de fondo fragmentan a la intelectualidad mapuche debilitando las organizaciones tradicionales del territorio *lafkenche*.

Se percibe la incapacidad del gobierno en la concertación de partidos políticos por la democracia, en crisis de representatividad, y

de partidos políticos de cúpulas, sin rostros nuevos, muchos con una mochila de cargos en veinte años de gestión, que no condensan soluciones reales a estas demandas recurrentes. En el tema indígena es manifiesto el descrédito en su rol de representatividad en la ciudadanía, y su desafección de la realidad de comunidades indígenas en cuyos territorios existen inversiones públicas y privadas.

La elección de alcaldes indígenas en las regiones de conflicto es una muestra de un nuevo despertar que se encamina a establecer mayores espacios de participación, para ir poniendo fin a las formas tutelares del manejo gubernamental del conflicto. Pero la organización no diferenciada de municipios en territorio indígena se desarrolla a partir de una verticalidad de la política pública, que la hace limitada e inoperable para generar competencias profundas de autogobierno.

La paralización de la carretera de la costa del Budi podemos situarla como un caso exitoso pero no permanente. Muchos conflictos se vislumbran hacia el futuro, las organizaciones indígenas territoriales, cada vez más autónomas y desligadas de corrientes partidistas, han adoptado un camino propio, en algún momento los gobernantes así lo entenderán y pensarán nuevas propuestas en conjunto, a fin de no seguir cometiendo errores.

REFERENCIAS

- Bengoa, José (2002). *Historia de un Conflicto*, 2 edición. Santiago de Chile: Planeta (1 edición, 1999).
- Díaz Polanco, Héctor (1999). *Autonomía regional. La autodeterminación de los pueblos indios*. México: Siglo XXI, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidades, UNAM.
- Mideplan (2003). *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*. Santiago de Chile: Ministerio de Planificación y Cooperación (Mideplan), Gobierno de Chile.
- Foucault, Michel (2005). *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*. México: Siglo XXI Editores.
- “Fütra Trawün Wall Lof Budi, Lafkenmapu” (2003). “Gran Encuentro de las Comunidades de la Cuenca del Budi, territorio de la Costa, Sector Isla Wapi”, realizado en la comunidad Anweyeco, Área de Desarrollo Indígena del Budi, los días 16 y 17 de noviembre del año 2002, comuna Saavedra, municipalidad de Puerto Saavedra, Proyecto Gestión Ambiental Regional (GAR), y Consejo *Pu Werken lof Budi*.
- Giménez, Gilberto (2002). “Globalización y Cultura”, en *Estudios Sociológicos*, XX: 58 (mimeo).
- Identidad Mapuche *Lafkenche* de la provincia de Arauco (1999). “De la deuda histórica nacional al reconocimiento de nuestros derechos territoriales”.

- Tirúa VIII Región de Chile. Disponible en <http://www.xs4all.nl/~rehue/act/act188.html>.
- Inturias Canedo (2004). “Un espacio en construcción. Hacia la gestión territorial de las Tierras Comunitarias de Origen: saneamiento de tierras y sobreposición con megaproyectos”, en Aylwin José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, 1 edición. Temuco: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWIA), Water Law and Indigenous Rights (Walir), Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de la Frontera (IEI-UFRO).
- Irigoyen, Raquel (1999). “El Reconocimiento constitucional del derecho indígena en los países andinos”, en Willem Assies, G. V. D. (ed.), *El reto a la diversidad*. México: El Colegio de Michoacán.
- Lillo, Rodrigo (2003). “Pluralismo jurídico en Chile, formulando un marco teórico para una investigación empírica”, en Rodrigo Lillo, Patricio Toledo, María Vargas (coords.), *Resolución de conflictos en el desarrollo mapuche*. Temuco: Escuela de Derecho, Universidad Católica de Temuco.
- Lobos, Fernando (2003). “La mujer mapuche campesina organizada y su interpretación desde la Política Social”, en Marcelo Carrasco (ed.), *Mujer mapuche y desarrollo: miradas y huellas de cambio*. Temuco: Pehuen Editores.
- (2007). Conflictos y negociación de las comunidades mapuche *lafkenches* y el Estado de Chile. Análisis del impacto del megaproyecto carretera de la costa del Budi. Tesis de posgrado no publicada. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Mariman, Pablo, Sergio Caniqueo, José Millalén y Rodrigo Levil (eds.) (2006). *Escucha Winka*. Santiago de Chile: Lom Ediciones.
- Mella, Eduardo (2007). *Los mapuche ante la justicia*. Santiago de Chile: Lom ediciones, Observatorio de derechos indígenas de los pueblos indígenas.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1989). Convenio 169 sobre poblaciones indígenas y tribales.
- Plan de Desarrollo Comunal (Pladeco) (2002-2006). *Ilustre Municipalidad de Saavedra*. Comuna de Saavedra.
- Soto, Abel (2001). *Estudio de impacto sociocultural sector lago Budi, en el marco de la construcción de la ruta costera, tramo Puerto Saavedra-Toltén, IX Región de la Araucanía*. Temuco: Departamento de Trabajo Social, Universidad de la Frontera.
- Stavenhagen, Rodolfo (2003). *Informe del Relator sobre la situación de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de los indígenas*, Comisión de Derechos Humanos, 60 período desesiones, Misión a Chile. E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003. Disponible en www.derechosindigenas.cl (consultado 16 de diciembre de 2004).
- Decretos y leyes chilenas**
- Gobierno Regional de la Araucanía (GORE). “Circular 14 que imparte instrucciones sobre el cumplimiento de las normas en caso de hallazgo de Monumentos Nacionales con ocasión de una obra pública”.

Gobierno de Chile, Instituto Nacional de Estadísticas (INE). Censo Nacional de Estadísticas 2002.

Constitución Política de la República promulgada en 1980.

Ministerio de Obras Públicas (MOP). Artículo 105 DFL 850 año 1997, que declara de "utilidad pública" terrenos ejecución.

Decreto Ley 850 del 12 de septiembre de 1997 del Ministerio Obras Públicas Declara de "utilidad pública" terrenos ejecución.

Ley de Bases Generales del Medio Ambiente 19.300, promulgada el 1 de marzo de 1994.

Ley de Monumentos Nacionales 17.288, promulgada el 21 de enero de 1970 y modificada el 23 de agosto de 2003.

Ley Indígena 19.253, promulgada el 5 de octubre de 1993.

Reseña documental: Información y participación ambiental en Colombia

ANA MARÍA MARTÍNEZ CIFUENTES*

Ana María Lora, Lina Marcela Muñoz, Gloria Amparo Rodríguez, *Manual de acceso a la información y a la participación ambiental en Colombia*, Colección Útiles para conocer y actuar 10, Bogotá, Iniciativa de Acceso Colombia, ILSA y Universidad del Rosario, 2008.

El *Manual de acceso a la información y a la participación ambiental en Colombia* es una herramienta valiosa que permite a investigadores abordar el tema del acceso a la información y la participación desde una perspectiva jurídico-legal, así como una herramienta práctica para defensores del medioambiente que requieran conocer detalladamente acerca de la forma en que pueden informarse y cómo pueden participar en asuntos de su interés. En el Manual se identifican las figuras más relevantes de acceso a la información y participación previstas en el ámbito internacional (tratados, convenios y demás), y en el nacional (Constitución, leyes y normatividad en general) con énfasis en observar la utilidad que revisten estas figuras en temas ambientales.

El Manual está dividido en dos capítulos: en el primero se presentan los aspectos más importantes del acceso a la información, identificando sus aspectos generales y conceptuales, su respectivo marco regulatorio (nacional e internacional), los principales sistemas de información ambiental del país, y la forma en que se puede acceder a documentación, datos e información general contenida en dichos sistemas. En el segundo capítulo se hace referencia a la participación ambiental, el marco conceptual, los tipos de participación existentes en Colombia, y se presenta un desarrollo amplio de cada uno de los mecanismos de participación previstos en la normatividad colombiana. Esta reseña realiza una aproximación al contenido planteado en el Manual, siguiendo la organización general del documento, acompañada

* Estudiante, décimo semestre de ciencias políticas y administrativas, ESAP. Pasante ILSA.

Recibido: 9-09-2009 – Aceptado: 25-09-2009

de una serie de comentarios y aportes críticos suscitados a partir de la lectura y el análisis del mismo.

ACCESO A LA INFORMACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

El *Manual de acceso a la información y a la participación ambiental en Colombia* se constituye en una herramienta de consulta valiosa para aquellos actores sociales que emprendan acciones concretas de acceso a la información en materia ambiental. La estructura y el contenido del documento permiten caracterizarlo, más que como una producción académica, como una herramienta práctica. El texto identifica de forma precisa a qué tipo de mecanismos informativos se puede acceder, en qué casos se pueden aplicar, y si hay procedimientos o no que deban surtirse previamente.

En el primer capítulo se aborda la dimensión conceptual del derecho a la información. Éste es definido, en forma general, como la garantía de toda persona de acceder a la información, informar y ser informada. Esto indica que el derecho tiene dos vías de aplicación: un momento *activo*, que indica que la persona *está brindando* información, y un momento *pasivo*, cuando es la persona quien *recibe* la información. La Constitución Política de Colombia, en su artículo 20, reconoce esta naturaleza de doble vía del derecho, al garantizar que todas las personas tienen la libertad de *informar* y de *recibir información* veraz e imparcial.¹

Si bien la legislación colombiana no contempla una ley específica que configure un marco regulatorio del derecho a la información, por lo menos sí han habido avances importantes en materia de acceso a la información ambiental. El primer referente que aborda el Manual, y que de hecho es referente obligatorio en estas materias, es la Constitución Política, pues de ella derivan no solo la consagración de la figura del derecho de petición como derecho fundamental, sino también la entronización de una serie de postulados y desarrollos constitucionales que incluyen el tema ambiental como prioritario dentro de la agenda política del país –incluso, refiere el Manual, ésta ha sido catalogada como una “Constitución ecológica”, en términos textuales de la Corte Constitucional–. Además de la figura del derecho de petición, el constituyente incluyó dentro del conjunto de los *derechos colectivos y del ambiente*, el derecho a un ambiente sano y al desarrollo sostenible. De esta forma, se logra un importante mecanismo de acceso a la información de carácter ambiental, pues la Carta Política establece que

¹ En el Manual, acertadamente, se habla de un tercer estado de aplicación del derecho a la información: una forma neutra, cuando la persona está consultando información sobre sí misma en una base de datos.

por medio del Derecho de Petición se puede solicitar información de todo tipo, incluyendo lógicamente la ambiental, cuya efectividad puede ser protegida por vías judiciales como la acción de tutela debido a su carácter de derecho fundamental.

En cuanto a desarrollos constitucionales, el Manual pasa a explicar detalladamente el conjunto de leyes que dan peso jurídico y fortalecen los planteamientos constitucionales.² La más destacada, la Ley 99 de 1993, en su artículo 74 consagró el derecho de petición en materia ambiental (aplicado para temas que versen sobre elementos que pueden generar contaminación, los peligros que éstos pueden ocasionar a la salud humana, y el monto y la utilización de los recursos financieros destinados al medioambiente). Esta misma ley, en su artículo 71, establece que a cualquier persona que las solicite por escrito, se le deben notificar aquellas decisiones que pongan término a una actuación administrativa ambiental para la expedición, modificación o cancelación de una licencia o permiso que afecte o pueda afectar el medioambiente y que se requiera legalmente.

En el contexto internacional, el Manual identifica una serie de instrumentos que sirven de marco de referencia para la formulación de mecanismos y herramientas de protección del acceso a la información ambiental. Por ejemplo, la Cumbre de Río de Janeiro (celebrada en el año de 1992) estableció que todas las personas deben tener acceso a información sobre medioambiente, oportunidad de participar en los procesos de toma de decisiones que los afecten, y un acceso efectivo a la justicia. Estos fundamentos se consagraron en el Principio 10 de la Declaración de Río. En el año 2002, en la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible, cien países reafirmaron la Declaración de Río. Si bien ésta no es vinculante en Colombia, se integró en la legislación nacional mediante la Ley 99.

De la Cumbre de Río se derivó el Sistema de Información Ambiental para Colombia (SIAC), que se define como “el conjunto integrado de actores, políticas, procesos y tecnologías implicadas en la gestión de información ambiental del país, creado para facilitar la generación de conocimiento, la toma de decisiones, la educación y la participación social para el desarrollo sostenible” (Lora et ál., 2008, p. 29). El SIAC tiene dos grandes componentes principales: el Sistema de Información Ambiental (SIA), y el Sistema de Información para la Planeación y la Gestión Ambiental (Sigpa). La información suministrada por el SIAC es de libre circulación y consulta, y debe difundirse cuando

² Un antecedente ambiental de la Constitución es el Código de Recursos Naturales y del Medio Ambiente en donde, entre otros aspectos, se desarrollan los lineamientos generales del Sistema de Información Ambiental.

corresponda a asuntos de interés general. Por su parte, el Sistema Nacional Ambiental (SINA) también tiene la funcionalidad de un sistema de información.

En el Manual se resalta el carácter general del derecho a la información, del que podría decirse, es simple y no restrictivo. Cualquier persona tiene derecho a solicitar a las autoridades competentes información en materia ambiental, mediante solicitud escrita o verbal, sin necesidad de seguir un procedimiento determinado. Igualmente, la facilidad que otorga la norma es que si la información es de difícil acceso, se puede presentar un derecho de petición.

Comentarios primera parte

De la lectura del texto se puede sustraer lo siguiente. La protección del medioambiente y la conservación de los recursos naturales se constituyen en acciones concretas que deben contar con la participación real y efectiva de comunidades étnicas y territoriales, organizaciones no gubernamentales, organizaciones comunitarias, personas naturales, entre otras. Los diferentes mecanismos de participación consagrados en la Constitución Política de Colombia, y sus respectivos desarrollos a través de leyes y normatividad en general, tienen como objetivo garantizar la incidencia de estos actores sociales en la planificación, gestión, administración y control de todas aquellas decisiones que generen o puedan generar modificaciones/impactos en el medioambiente. Es así como puede llegar a pensarse la gestión ambiental en términos de una plena autonomía de las organizaciones en sus exigencias reivindicativas y luchas de resistencia y de defensa del medioambiente, frente a cualquier amenaza o intento de amenaza que pueda sobrevenir sobre los recursos naturales y el territorio.

La participación y el acceso a la información ambiental son procesos –más que mecanismos– que van de la mano. El acceso a la información, prácticamente es el primer paso que se surte al momento de hacerse uso efectivo de los diferentes mecanismos de participación estipulados en la normatividad. Pero no solo se constituye en el primer paso, pues el acceder o no a información relevante y completa determina hasta qué nivel pueden avanzar los actores sociales en incidir en las discusiones ambientales, en los espacios deliberativos y en las esferas de decisión gubernamental en el área ambiental.

Sin embargo, y sin desconocer el objetivo del Manual, valdría la pena reconocer la importancia de ciertos temas que deberían tratarse con mayor profundidad en otro tipo de producciones académicas. Por ejemplo, podría analizarse más detenidamente el supuesto carácter “ecológico” de la Constitución Política, pues si bien la Carta recoge importantes

avances en la materia, y podría decirse que es progresiva en el tema del reconocimiento de los derechos ambientales y la importancia de la protección de los recursos naturales, por otro lado, podría cuestionarse la efectividad de los instrumentos de acceso a la información. Por ejemplo, si el mecanismo referido es realmente útil a la hora de acceder a información sobre la identificación de fuentes de emisión y contaminación en un territorio determinado, entre muchos otros temas que podrían abordarse –a través de estudios de caso– en términos de la efectividad/inefectividad de los mecanismos institucionales.

LA PARTICIPACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

En el Manual se parte de abordar el concepto de la participación bajo dos premisas: la primera, como se mencionó al inicio de esta reseña, que el acceso y la recepción de la información son condiciones básicas para emprender acciones participativas, y la segunda, articulada a la participación como un proceso que abarca todo un conjunto de mecanismos, herramientas e instrumentos que permiten incidir de forma directa e indirecta en las decisiones que, por excelencia, se toman en el ámbito de lo estatal. Teniendo en cuenta lo anterior, entonces, la participación es definida como “el proceso mediante el cual los ciudadanos asumen el compromiso de trabajar por la solución de problemas públicos y privados, utilizando los mecanismos de participación ciudadana existentes y ejerciendo los derechos reconocidos en la Ley, que contribuyen al desarrollo humano y ambiental sostenible” (Lora et ál., 2008, p. 44).

En el tema ambiental, la participación puede ser entendida como la incidencia real y efectiva de los ciudadanos en la toma de decisiones que afectan al medioambiente y sus recursos naturales. En este sentido, en el Manual se reconoce que los procesos de toma de decisiones públicas que involucran la participación de la sociedad, son más efectivos y sostenibles en términos ambientales, en comparación con aquellos que no incluyen al colectivo en las esferas deliberativas y decisorias. Esta afirmación del Manual es acertada, ya que son las comunidades las que terminan afectadas directamente con las decisiones que se tomen y que tengan algún impacto de naturaleza pública. Por esta razón, se requiere de la participación de aquellas personas que tengan cierta posición de independencia frente a los cuerpos del Estado y las empresas privadas, para que las decisiones tomadas en materia de política y de gestión pública, así como el accionar de los entes privados, contribuyan a minimizar los impactos y los riesgos ambientales.

Posterior al tratamiento conceptual, el Manual identifica el marco normativo-regulatorio de la participación ambiental. Ésta se

ha desarrollado gracias al rango constitucional a que se elevó el tema ambiental con la Carta Política de 1991. La Constitución señala que todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano, y que se garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarla; además, se asigna al Estado y a los entes privados la obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la nación. En cumplimiento de los mandatos constitucionales se expiden una serie de leyes que intentan articular la función pública de gestión ambiental con la calidad de derecho y deber de la participación, tales como la Ley 99 de 1993, que establece que la protección y recuperación ambiental es una tarea que debe realizarse entre el Estado, la comunidad, las ONG y el sector privado. Adicionalmente, como resultado de la expedición de la Ley 165 de 1994, aprobatoria de la Convención de diversidad biológica, se diseñó la política de participación social en la conservación, y los lineamientos de la política de participación.

A continuación, se hace una explicación de las clases de participación y los mecanismos que se incluyen dentro de cada una. Se identifican tres formas de participación: política, administrativa y judicial:

Con la participación política, los ciudadanos buscan que el Estado tome las decisiones que la mayoría de ellos expresen; con participación administrativa, los ciudadanos tienen la posibilidad de intervenir en la toma de decisiones de la administración, y con la participación judicial, los ciudadanos se dirigen a los jueces mediante los mecanismos procesales de participación, cuyo fin es la protección de sus derechos (Lora et ál., 2008, pp. 52-53).

Dentro de la participación administrativa se identifican dos subclases, la orgánica y la funcional. La primera implica la posibilidad de que los ciudadanos puedan hacer parte de los órganos de la administración vinculados al tema ambiental. Dentro de estos órganos encontramos el Consejo Técnico Asesor de Política Ambiental, el Consejo Nacional Ambiental, el Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales, y el Consejo Departamental Ambiental. La participación funcional es aquella en donde los ciudadanos pueden intervenir en los procedimientos que llevan a cabo los órganos administrativos, pero sin hacer parte de éstos. Dentro de esta clasificación encontramos las audiencias públicas ambientales, las veedurías ciudadanas, la intervención en los procedimientos administrativos ambientales, la participación en los procesos de planificación ambiental, el derecho de petición y la consulta previa con los pueblos indígenas y demás comunidades étnicas cuyo territorio pueda ser afectado por una medida de carácter legislativo o administrativo.

Aunque en el Manual se explican detenidamente las características de cada uno de los mecanismos, aquí se procedió

a desarrollar solamente algunos de ellos, teniendo en cuenta la trascendencia de éstos en el sentido de proporcionar herramientas efectivas de exigibilidad de los derechos ambientales. Para el caso de la participación administrativa, se destaca el mecanismo de consulta previa con pueblos indígenas y demás grupos étnicos.³ Éste es un derecho fundamental de dichas comunidades y debe realizarse de acuerdo con sus usos y costumbres cada vez que se pretendan tomar decisiones que los puedan afectar. Estas decisiones pueden ser de carácter administrativo (expedición de licencia o permiso ambiental) o legislativo (expedición de leyes que los involucren o afecten). Es un derecho fundamental, según la Corte Constitucional, puesto que está ligado a la subsistencia de las comunidades como grupo humano y como cultura y, además, se hace efectivo a través del ejercicio del derecho a la participación de la comunidad en las referidas decisiones. Además, con este derecho se concreta otro articulado con la autonomía de decisión que tienen las comunidades acerca de sus prioridades de desarrollo.

La consulta previa reviste especial importancia porque permite que las comunidades conozcan acerca de los proyectos que se tiene planificado realizar en su territorio, y que ellas identifiquen cómo éstos pueden alterar significativamente su vida como comunidad. Posibilita además, establecer medidas de prevención, mitigación, corrección o compensación de los impactos negativos que puedan generar los proyectos, así como formas de aprovechamiento de los mismos.

Por otra parte, en la participación judicial el Manual identifica seis mecanismos de participación: la acción de tutela, la acción de cumplimiento, la acción popular, la acción de grupo, la acción de nulidad y la acción de inconstitucionalidad o de inexecutable. En el presente artículo se pretendió enfatizar en dos de estos mecanismos: la acción de tutela y la acción popular.

La acción de tutela es un mecanismo de participación que tiene como objetivo proteger los derechos fundamentales. Por este mecanismo, cualquier persona puede solicitar ante un juez la protección rápida y efectiva de sus derechos fundamentales cuando han sido violados por una entidad pública o privada. Dicha solicitud se puede hacer de forma verbal o escrita, y no se requiere de abogado para su interposición. En ejercicios de defensa de los derechos ambientales, el mecanismo idóneo es la acción popular,

[...] sin embargo, mediante la acción de tutela se logra la protección del derecho a un ambiente sano, cuando este derecho se encuentra ligado

³ Solo para efectos del desarrollo del trabajo se quiso ampliar en la consulta previa, sin embargo, similar importancia revisten los otros tipos de mecanismos como las audiencias públicas y las veedurías ciudadanas.

con un derecho fundamental [...] Para poder interponer la tutela en materia ambiental se requiere que exista un nexo entre la violación del derecho colectivo y la violación del derecho fundamental (Lora et ál., 2008, p. 81).

La acción popular, por su parte, es un mecanismo de participación cuya finalidad es proteger y defender los derechos e intereses colectivos de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen con violar estos derechos. En temas ambientales, los derechos colectivos son los siguientes: derecho a gozar de un ambiente sano; equilibrio ecológico, y manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales; conservación de especies animales y vegetales; protección de áreas de especial importancia ecológica, ecosistemas situados en zonas fronterizas; goce de un espacio público; defensa del patrimonio cultural de la nación; prohibición de fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, y derecho a la seguridad y prevención de desastres.⁴ El Manual, en este sentido, destaca el carácter especial de los derechos colectivos y su conexión con el mecanismo de acción popular, ya que dichos derechos no se refieren a un sujeto en particular, sino que pertenecen a todas las personas de una comunidad o grupo.

Finalmente, dentro de la participación política se ubican los mecanismos de iniciativa popular legislativa o normativa, referendo, revocatoria del mandato, plebiscito, consulta popular, cabildo abierto y voto.

De igual forma, como se hizo con los anteriores mecanismos, cada uno de éstos se explica de forma detallada en el Manual. Sin embargo, en el trabajo que nos ocupa, es preciso hacer énfasis en tres mecanismos políticos en los que suele caerse en confusiones: el referendo, el plebiscito y la consulta popular. El referendo es una convocatoria que se hace para que el pueblo apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica, o derogue o mantenga una norma ya vigente. Puede ser nacional, regional, departamental, distrital, municipal o local, y puede ser convocado por el gobierno nacional o los gobiernos territoriales. El plebiscito es el pronunciamiento del pueblo por medio del voto, convocado por el Presidente de la República, para apoyar o rechazar determinada decisión. Es el Congreso quien aprueba la solicitud del Presidente de convocar a plebiscito. En la consulta popular, un gobernante formula

Es importante diferenciar la acción popular de una acción de grupo. La primera tiene como objetivo proteger y defender los derechos e intereses colectivos frente a una violación o una amenaza de violación de los mismos. La acción de grupo se ejerce exclusivamente para obtener un reconocimiento y un pago como indemnización frente a los daños ocasionados a un derecho o interés colectivo. En otras palabras, la acción popular no persigue intereses pecuniarios.

una pregunta –de carácter general en asuntos de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local– al pueblo para que éste se pronuncie. La pueden convocar el Presidente de la República, los gobernadores o alcaldes, y la decisión que allí se tome es de obligatorio cumplimiento.

Comentarios segunda parte

Una lectura más a fondo permite llamar la atención en algo que, aunque no se aborda en el texto, sí se colige de la lectura del mismo, y es la naturaleza particular de los mecanismos desarrollados por la normatividad colombiana (aspectos que podrían ser tratados en textos teórico-analíticos). Por ejemplo, destaca que en la participación administrativa pesan los mecanismos de naturaleza eminentemente colectiva sobre aquellos de iniciativa meramente individual. Entre los de tipo individual se incluyen la participación en los órganos de la administración; la intervención en procedimientos administrativos ambientales por parte de una persona natural o jurídica, pública o privada, y los derechos de petición. Los otros mecanismos, como las audiencias públicas, las veedurías o las consultas previas tienen verdadera capacidad deliberativa y discursiva –como en el caso ya referido de la consulta previa–, e incluso de control de gestión, en tanto se desarrollan por medio de actuaciones colectivas.

Respecto a los mecanismos judiciales, vale la pena resaltar el tema de las acciones populares. Éstas son un mecanismo idóneo, aunque no el único, para proteger y defender los derechos colectivos. La importancia de este mecanismo radica en que se parte de la concepción según la cual, “[...] los derechos e intereses colectivos pertenecen a todas las personas de una comunidad o grupo, es decir, no son de ninguna de ellas en particular, y mediante esos derechos se garantizan las condiciones básicas para su desarrollo integral” (Lora et ál., 2008, p. 88). Incluso, en el Manual se afirma que este tipo de acciones han sido las más utilizadas para la exclusiva protección y defensa de los derechos del medioambiente, no solo porque su objetivo es eminentemente público sino porque no está determinado por intereses pecuniarios de resarcimiento o recepción de indemnizaciones por daños. De esta forma se explica que la normatividad identifique la conexión entre el mecanismo de acción popular con los derechos colectivos y del ambiente.

Respecto a los mecanismos de participación política podría hablarse de su escasa efectividad para proteger derechos medioambientales, pues gran parte de los mecanismos incluidos en este tipo son de iniciativa gubernamental, como el referendo, el plebiscito y la consulta popular. Se exceptúan la iniciativa popular que se ejerce cuando un conjunto

de ciudadanos presentan proyectos de acto legislativo o de ley ante el Congreso; de Acuerdo ante los Concejos; de Resolución ante las JAL y demás corporaciones territoriales; la revocatoria del mandato que es una facultad del pueblo para despojar del cargo a gobernadores o alcaldes cuando no han cumplido su programa de gobierno, y el cabildo abierto. El voto popular podría considerarse como una elaboración institucional a medio camino entre iniciativas populares y gubernamentales, ya que el voto se constituye en una forma indirecta de participación democrática a través de la cual se eligen los representantes quienes serán, en última instancia, los que definan las prioridades políticas del país.

Finalmente, se presentan unas breves conclusiones acerca de lo desarrollado a lo largo del Manual:

- Los mecanismos de participación encuentran en la normatividad un lugar interesante para contribuir a la garantía de los derechos colectivos y la protección de los recursos naturales.
- Se requiere garantizar la eficacia y eficiencia de los procesos participativos, así como consolidar al SINA como escenario para la gestión ambiental participativa.
- Se necesita el reconocimiento de los actores sociales en la construcción de políticas ambientales, así como de sistemas políticos que permitan prevenir y solucionar conflictos ambientales.
- Las instituciones del SINA deben facilitar la gestión ambiental por medio del fortalecimiento de la toma de decisiones por parte de los actores sociales.