



Red Latinoamericana sobre Industrias Extractivas

PUNTO VISTA

Revista N° 3. Abril 2011

En esta edición

Los múltiples e intrincados caminos de la consulta previa en el Perú: derroteros cruzados ante las industrias extractivas / Serios retrasos en el respeto al derecho a la consulta en México / La consulta para el TIPNIS no es consulta, sino el requisito de Evo y OAS para la carretera / El complejo marco regulatorio chileno y la situación de la consulta previa / La consulta previa en Colombia: el debate está abierto / Consulta Previa en Ecuador.

PUNTO DE VISTA

ÍNDICE

Presentación

Carolina Vidal (Grupo Propuesta Ciudadana) - pág. 3

Los múltiples e intrincados caminos de la consulta previa en el Perú: derroteros cruzados ante las industrias extractivas

Alejandro Diez (PUCP) - pág. 4

Serios retrasos en el respeto al derecho a la consulta en México

*Francisco Cravioto. Colaboración de Aroa de la Fuente
(Fundar) - pág. 10*

La consulta para el TIPNIS no es consulta, sino el requisito de Evo y OAS para la carretera

Iván Bascopé (CEJIS) - pág. 16

El complejo marco regulatorio chileno y la situación de la consulta previa

Flavia Liberona (Fundación Terram) - pág. 24

La consulta previa en Colombia: el debate está abierto.

Fabio Velásquez (Foro Nacional por Colombia) - pág. 30

Consulta Previa en Ecuador

Eduardo Pichilingue (CDES) - pág. 36

PRESENTACION

Carolina Vidal
Grupo Propuesta Ciudadana

La Red Latinoamericana sobre las Industrias Extractivas (RLIE) nace debido a la preocupación de algunas organizaciones de la sociedad civil del continente por el impacto generado por los proyectos de las industrias extractivas en los últimos años. A partir de este interés común, el objetivo general de la RLIE es garantizar el funcionamiento de un espacio sistemático de encuentro y trabajo para llevar adelante acciones que permitan incidir en las políticas públicas relacionadas con las industrias extractivas en función de la transparencia, la conservación de los naturales y el ambiente, y el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la región.

Durante la última década, los conflictos socioambientales en América Latina se han incrementado y amenazan la gobernabilidad y estabilidad de varios países. Existen diversas causas, aunque la mayoría está asociada a la expansión de los contratos de explotación de los recursos naturales. Estos expresan las diferentes visiones que existen sobre el rol y la prioridad de estas actividades en los diversos territorios y su papel en el desarrollo nacional. La conflictividad se acentúa debido a la ausencia de políticas de planificación territorial, corrupción y falta de transparencia y diálogo entre los Estados, las empresas y las poblaciones afectadas por la actividad extractiva. En nuestro continente, existe un riesgo de que este aumento proyecte inestabilidad y afecte la política de promoción de inversiones que los Gobiernos impulsan para el desarrollo de sus naciones.

Para prevenir estos problemas de conflictividad socioambiental, los países de la región realizan esfuerzos para la utilización de herramientas de diálogo y acuerdo como la consulta previa. En este proceso se ponen en juego los derechos de las

poblaciones a su autodeterminación respecto a las industrias extractivas y al uso de su territorio.

En este número de Punto de Vista abordamos el tema de la consulta previa a los pueblos indígenas desde las diversas realidades de los países latinoamericanos. Consideramos que es un tema de suma importancia en la agenda de las industrias extractivas ya que tiene que ver con derechos de un significativo sector de nuestra población, así como la construcción de una efectiva gobernabilidad democrática del sector. Con la publicación de estos artículos queremos aportar al diálogo sobre los avances y dificultades en la aplicación de este importante mecanismo de participación.

Los artículos que analizan el tema son los siguientes:

- De Perú, Alejandro Diez: “Los múltiples e intrincados caminos de la consulta previa en el Perú: derroteros cruzados ante las industrias extractivas”
- De México, Francisco Cravioto con la colaboración de Aroa de la Fuente: “Serios retrasos en el respeto al derecho a la consulta en México”
- De Bolivia, Iván Bascopé: “La consulta para el TIPNIS no es consulta, sino el requisito de Evo y OAS para la carretera”
- De Chile, Flavia Liberona: “El complejo marco regulatorio chileno y la situación de la consulta previa”
- De Colombia, Fabio Velásquez: “La consulta previa en Colombia: el debate está abierto”
- De Ecuador, un resumen de Eduardo Pichilingue al documento de David Chávez: “Consulta Previa en Ecuador”

Los múltiples e intrincados caminos de la consulta previa en el Perú: derroteros cruzados ante las industrias extractivas

Alejandro Diez.
Pontificia Universidad Católica del Perú

Mirados desde la óptica de la reivindicación de derechos ciudadanos frente a las industrias extractivas, los debates actuales respecto del reglamento de la ley de consulta a los pueblos indígenas, iniciado por el Ministerio de Cultura —bajo la tutela de la Presidencia de Consejo de Ministros—, exhiben dos interpretaciones divergentes sobre lo que esta ley y su reglamento significan y pueden significar. De un lado, puede ser entendida como un “atajo” que posibilita a una parte de la población del país —más o menos grande, dependiendo de las zonas— la consagración legal de la consulta sobre la pertinencia o no del desarrollo de las industrias extractivas en determinados territorios. Del otro, el proceso puede ser entendido también como una desviación respecto de la ruta trazada sobre las reivindicaciones y los derechos ciudadanos respecto a la consulta popular, libre e informada (en adelante CPLI).

No cabe duda de que en el proceso se vienen jugando los derechos de las poblaciones a su autodeterminación respecto tanto de las industrias extractivas como del uso de los territorios. En las respuestas, hitos,

concordancias y discordancias obtenidas en el proceso está en juego buena parte de las agendas de acuerdos y conflictos, así como parte de la inversión en industrias extractivas. Con ello también pueden estar en juego desde diversas opciones y agendas de desarrollo para el país, hasta las posibilidades de inversión del propio Estado, además, naturalmente, del afianzamiento y el reconocimiento de derechos ciudadanos a la población del país.

El proceso es mucho más rico en mostrar interrogantes que claridad respecto de sus resultados posibles, partiendo del hecho de que no existe entre los involucrados coincidencia de intereses y, por lo mismo, tampoco en lo que se puede obtener en el marco de negociaciones y pulsiones.

En cambio, en caso de que no se llegara a un acuerdo legítimo, las proyecciones son coincidentes: la ausencia de reglas claras para canalizar la protesta, asegurar la participación (en formas múltiples) de la población para la toma de decisiones, generaría, sino una escalada, sí, al menos, la continuidad de los conflictos actuales

entre poblaciones, empresa y Estado. En todos estos temas de consulta y participación, lo que está en juego es la institucionalización de procedimientos mínimos para garantizar la prevención y la regulación de los conflictos, así como establecer mecanismos de diálogo y negociación entre actores con diferentes intereses. En último término, lo que estaría en juego sería la capacidad para establecer condiciones para el gobierno armónico de los territorios.

1) La convergencia legal de debates y procesos en curso

El desarrollo de los derechos ciudadanos y la CPLI tiene una corta e interesante historia en el Perú (Cfr. Alayza 2007). Diríase que comienza cuando en la segunda mitad de los años ochenta, antes de la expansión de la actividad minera, empiezan a legitimarse procesos de concertación para el gobierno municipal, que años después se consagrarían como derechos ciudadanos frente al Estado (Cfr. Remy 2007). Vendría entonces desde la línea del incremento de derechos de la ciudadanía frente a las decisiones de los gobernantes elegidos, principalmente a nivel municipal y regional, dado que no tienen un correlato a nivel del gobierno central.

Asistimos en las dos últimas décadas a un proceso de acumulación en la posibilidad de ejercer derechos ciudadanos en las decisiones municipales y regionales y el gobierno territorial, o, al menos, de cierta participación y presencia en las instancias de planificación y asignación presupuestal en dichos niveles de gobierno. Ciertamente limitado, este proceso de expansión de derechos tiene consecuencias en las expectativas de la población.

La expansión del ciclo de los conflictos socioambientales —que se puede constatar en cualquier reporte de conflictos de la Defensoría del Pueblo— puede leerse también como la ampliación de los reclamos por derechos de parte de poblaciones que no quieren verse

afectadas por una eventual operación minera, que son afectadas por ellas, que reclaman una mayor participación en el trabajo o los beneficios o, por último, que protestan por los daños ambientales que dichas operaciones acarrearán (se entiende, además, que también se producen casi todas las combinaciones posibles). Ante la voluntad y las políticas del Estado por favorecer un modelo de crecimiento económico (¿y desarrollo?) fundado en la inversión, la actividad extractiva y la agroexportación, colectivos de académicos y activistas proponen, desde el respaldo de la protesta social, alternativas al extractivismo y al modelo dominante (Cfr. Alayza y Gudynas 2011). Buena parte de los reclamos se enfrentan contra medidas legislativas —leyes o decretos leyes— orientadas a cambiar las reglas de juego a favor de las empresas transnacionales y, muchas veces, en desmedro de los derechos de la población.

Paralelamente, y como parte de los llamados movimientos sociales y los derechos de tercera generación, se reivindica derechos ambientales y derechos indígenas. Entre los segundos, cabe destacar lo que podríamos llamar el proceso de expansión de derechos a raíz de la difusión del Convenio 169 de la OIT sobre los derechos de los pueblos indígenas. Su aplicación a nivel de los países firmantes obliga —a quienes quieren cumplirlo— a una serie de acomodados respecto de la legislación nacional sobre poblaciones indígenas. Y todo ello, por supuesto, en el marco de la movilización de organizaciones que apuntalan la defensa de sus derechos “nacionales” en un marco de derecho cada vez más global e internacional.

En este contexto, en el marco de las protestas de la población indígena amazónica contra los recortes de derechos, por los decretos leyes del 2008 —llamados de “el perro del hortelano”, por el título de una serie de artículos firmados por el entonces presidente Alan García—, las diversas corrientes de reivindicación de derechos confluyen en la agenda política

nacional. A raíz del paro del 2008, pero sobre todo del “baguazo” un año después, diversas organizaciones de la sociedad civil convergen en el proceso de aprobación de la ley de consulta: la pelean en el parlamento, logran consensos y consiguen su aprobación en el parlamento. Objetada por el presidente García, la norma sería aprobada con mínimas observaciones en el recién inaugurado gobierno de Ollanta Humala, abriéndose el proceso de consulta y elaboración del reglamento de la ley para su aplicación a nivel nacional. Ello de alguna manera “distrae” y reorienta el debate sobre la consulta para industrias extractivas desarrollado hasta el momento.

2) Las consultas sobre la actividad extractiva: confluencias y divergencias con el actual proceso

Los procesos de demanda de derechos frente a la actividad extractiva transitaban por otro camino. La consulta tenía otro apellido y transitaba por otra senda de reivindicación de derechos. El camino venía siendo trazado por el desarrollo de las “consultas ciudadanas” más que por la “consulta indígena”: la protesta y la movilización contra el perjuicio que se estimaba acarrearían las actividades extractivas se empezaba a canalizar por la vía del desarrollo de referéndums populares: Tambogrande (2 de junio de 2002), Majaz (16 septiembre de 2007) y, finalmente, Islay (27 de septiembre de 2009).

En los tres casos, autoridades municipales convocan a procesos de consulta ciudadana obteniendo resultados abrumadores en contra del desarrollo de nuevos proyectos mineros. En el distrito de Tambogrande, 93.9 % de oposición; en Carmen de la Frontera, Ayabaca y Pacaipampa, 94.5% de oposición; **(1)** en Cocachacra, 95%. Estos resultados, en todos los casos considerados “no vinculantes” por el gobierno peruano, fueron posteriormente utilizados por la población en oposición a la actividad extractiva como punto de partida para cualquier negociación o mesa de

diálogo posterior (Cfr. De Echave y otros 2007; Castillo 2011).

Cierto es que las consultas ciudadanas se desarrollaron como corolario de meses, cuando no años de conflicto y oposición a la actividad extractiva, presentando como alternativa otras vías de desarrollo, fundadas en el desarrollo agrícola y la conservación del medio ambiente y sus recursos. Estas consultas vía referéndum parecen apropiadas para un resultado “todo o nada”, pero no han favorecido procesos de negociación. Dejaron una agenda pendiente de reflexión y ponderación de resultados — de los procesos generados ulteriormente—: en dicha agenda deberían incluirse temas como la definición del ámbito de la consulta (¿estrictamente local o debe incluir otros niveles de afectación?); el rol de los agentes y representantes del Estado a nivel local (¿deben organizar la consulta, ser observadores neutrales, cumplir otro rol?), así como de las instituciones electorales (¿debería ser su función organizar y facilitar los procesos de consulta?); la materia en sí de la consulta (¿en qué nivel de operación extractiva debe haber derecho a veto?); el grado de “vinculación” que impone la consulta al Estado, a la población y a las empresas y, por otro lado, las obligaciones que se deriven de ello (¿a qué debe obligar la consulta a los principales agentes implicados?); entre otras.

En cualquier caso, el desarrollo de estos procesos orientaba el debate sobre la participación ciudadana en industrias extractivas por otros caminos: hacia la búsqueda de formas más institucionalizadas de participación que puedan resolver tanto las preguntas planteadas por las demandas de derechos y de participación de la población, como algunos de los problemas y las deficiencias de las consultas-referéndum. Buscar mecanismos formales o institucionalizados de consulta nos obliga a una reflexión sobre los derechos de participación más allá de los formatos actualmente dominantes de la rendición de cuentas, la elaboración del plan

de desarrollo, la priorización presupuestal y la vigilancia: podría abrir la puerta a formas más sustanciales y profundas de decisión, a condición de ciertos consensos sobre las competencias de la población (¿organizada?) y encontrar procedimientos adecuados.

Al respecto, cabe preguntarse hacia dónde nos lleva el nuevo escenario abierto con las discusiones sobre la ley de consulta indígena y su reglamento.

3) Entre procesos sociales y leyes: los logros y las dificultades

La ley de consulta recoge algunos de los temas y derechos levantados por las movilizaciones y demandas por derechos ciudadanos frente a las industrias extractivas. De alguna manera, parte de la energía y de las gestiones— de diversas ONG y personas involucradas en el proceso se orientó en algún momento a apuntalar este proceso. La ley abre la puerta a la implementación del Convenio 169 en el Perú y supone una primera apertura formal explícita en dicho sentido. Como ley, abre la posibilidad de nuevas formas y procedimientos de participación— a desarrollar en el reglamento— con lo que, en potencia, puede facilitar la ampliación de procesos de participación efectiva de la ciudadanía.

Y, sin embargo, la ley y el reglamento, para ser efectivos, deben superar una serie de tensiones y definir sus alternativas y campo de competencia, aún no completamente delimitados. Actualmente, la discusión sobre el reglamento está atrapada: más allá de su promulgación por el ejecutivo, se trata de un documento cuya legitimidad (concediendo que la tenga) es fuertemente cuestionada. En términos procedimentales, parece que no resuelve una serie de temas críticos: quiénes son los indígenas, a qué se le llamará afectación directa, qué tipos de derechos serán considerados como susceptibles de ser afectados, etc., entre otras definiciones sobre

las que solo se puede tomar decisiones sobre bases sólidas de legitimidad.

Parte del problema viene de la propia dificultad del Estado para plantear una nueva política “indigenista” en el marco de los nuevos lineamientos internacionales que no vulnere ni la soberanía del Estado ni su capacidad de imponer una línea de desarrollo social y económico, a la que parece no estar dispuesto a renunciar. La tarea es mayor, pues no existen respuestas ni modelos que sean a la vez “exitosos” y “replicables” para esta relación entre Estados y poblaciones indígenas u originarias. Incluso, los Estados con políticas abiertamente pro-indígena —como Bolivia— tienen dificultad para convertir la voluntad política en procedimientos, reglamentos y leyes que regulen con legitimidad las relaciones entre ciudadanos e indígenas.

Por otro lado, las organizaciones indígenas y sus representantes no le facilitan la tarea al Estado. En el mejor de los casos, tienen demandas siempre crecientes, reclamando, con razón, condiciones para la mejora de sus condiciones de vida y el respeto a sus formas tradicionales de vivir y explotar la naturaleza. En otros casos, las demandas indígenas desconocen abiertamente el Estado y sus leyes, atrapando, como estrategia hacia una autonomía futura, cualquier negociación. Así, una de las principales limitaciones del proceso de reglamentación —y legitimación— de la ley de consulta indígena y su reglamento consiste en que es rechazada precisamente por los representantes formales de la población que pretende beneficiar.

En cualquier caso, las decisiones respecto de la ley de consulta indígena pueden significar un parte-aguas —separando los temas de consulta indígena de otros temas de consulta ciudadana— como marcar una encrucijada que abre unas puertas y cierra otras. En su posibilidad más reduccionista, podría terminar estableciendo una serie de derechos de participación que excluyen a categorías de población no indígena

en tanto que, en sus posibilidades más inclusivas, podría resolver parte de los temas de la participación frente a las industrias extractivas por la extensión de los derechos otorgados por la ley a buena parte de la población susceptible de ser afectada.

Desde la perspectiva de los derechos de participación y la CPLI frente a las industrias extractivas, muchos temas quedan bajo una gran interrogante. Aunque el tema de industrias extractivas es, ciertamente, una de las materias que debería ser objeto de consulta, resta responder si se tratará solo de uno de los tópicos de las consultas o si tendrá un tratamiento particular; también sobre la materia y los procedimientos de consulta con intervención de terceros, habida cuenta de que estarán de por medio empresas extractivas y no solamente el Estado; qué pasará con los aspectos territoriales de la consulta, por ejemplo, en regiones con poblaciones indígenas y no-indígenas, ¿se consultará solo a los primeros y los otros tendrán que respetar su decisión? Y así podríamos enumerar muchos otros temas.

Hay mucho temor, principalmente en el Estado y en los representantes de las empresas, respecto a las posibles consecuencias de la ley de consulta indígena: no quieren abrir las bocatomas de una represa de demandas sedimentadas y contenidas por temor a una ruptura que arrastre, aguas abajo, todo a su paso.

¿Cómo repensar los procesos hacia la CPLI y las demandas por participación en operaciones de industrias extractivas en un escenario legal y de procedimientos marcado por la ley de consulta? ¿Buscar ampliar capítulos de la ley hacia los temas específicos de la industria extractiva o retomar la senda original hacia respuestas específicas al tema extractivo?

4) Escenarios futuros

El Estado promulga un reglamento de apertura a la participación ciudadana que involucra los derechos de la población indígena y no-indígena a decidir sobre la implementación de actividades que afectan directa o indirectamente sus derechos individuales y colectivos, especificando procedimientos para recoger efectivamente la opinión de la mayoría respecto del proyecto en consulta (extractivo, digamos), y la población acepta la ley y el reglamento y confía en que el Estado garantizará sus derechos como indígenas y como ciudadanos peruanos. Aún en estas condiciones, solo el día en que el Estado haga suyos los deseos y las decisiones conscientes y legítimos de la población y, tras una evaluación técnica y política, se halle en capacidad de dar tanto luz verde como luz roja a un proyecto, podrá empezar el camino de la legitimidad de la consulta.

El Estado promulga un reglamento de la ley de consulta con escasa apertura y limitada participación de la población, que limita sustancialmente, por un lado, las posibilidades de consulta o no estipula con claridad quiénes, cuándo y en qué tipos de proyectos debe desarrollarse la consulta y que, por otro lado, limita su alcance a una porción reducida de población susceptible de ser considerada indígena. Las organizaciones indígenas rechazan la legislación y se declaran en rebeldía frente al Estado y sus leyes acogiéndose en contrapartida a legislaciones internacionales de reconocimiento parcial por el Estado. El número de conflictos y protestas aumenta, encarece los procesos y las operaciones productivas y dificulta los procesos de inversión y de producción de riqueza. El desarrollo de todos —indígenas, población afectada por la minería, empresas, Estado y todos los peruanos— se vería afectado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALAYZA, Alejandra. *No pero sí. Comunidades y minería: consulta y consentimiento previo, libre e informado en el Perú*. Lima: CooperAcción y Oxfam, 2007.

ALAYZA, Alejandra y Eduardo GUDYNAS, eds. *Transiciones. Post extractivismo y alternativas al extractivismo en el Perú*. Lima: RedGe-Cepes, 2011.

CASTILLO, Marlene y otros. *Valle de Tambo-Islay. Territorio, agua y derechos locales en riesgo con la minería a tajo abierto*. Lima: Red Muqui, CooperAcción y Frente Amplio de Defensa del Valle de Tambo, 2011.

DE ECHAVE, José y otros. *Minería y conflicto social*. Lima: Cies, IEP, CBC y CIPCA, 2007.

REMY, María Isabel. *Los caminos de la participación ciudadana en el Perú*. Lima: IEP, 2007.

(1) Voceros del gobierno solo reconocieron un 50% de oposición, realizando sus cálculos de participación electoral sobre la base de padrones electorales y no sobre los resultados de la votación.

Serios retrasos en el respeto al derecho a la consulta en México

Francisco Cravioto⁽¹⁾

Fundar

colaboración de Aroa de la Fuente

Fundar

A pesar de que México ha signado y ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y se erigió como un impulsor importante de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, el derecho a la consulta aún se encuentra muy lejos de ser reconocido y respetado en este país. Las principales asignaturas pendientes para el Estado mexicano son dos: establecer las leyes y reglamentos pertinentes para normar el respeto a este derecho, en plena concordancia con el espíritu de estos documentos internacionales y garantizar en los hechos que el derecho a la consulta se respete de manera libre, previa e informada, con respeto a mecanismos de toma de decisión propios de cada comunidad y con carácter vinculante para las autoridades.

A veintidós años del reconocimiento del derecho a la consulta con la ratificación del Convenio 169 de la OIT, la incorporación del mismo a las leyes mexicanas se ha dado a un paso sumamente parsimonioso. Más allá de sendas reformas constitucionales en 2001 (artículo 4) y 2006 (artículo 26), los pormenores del respeto al derecho a la consulta no han sido plasmados en leyes, mucho menos en reglamentos. La ausencia de lineamientos claros que estipulen cómo debe aplicarse este derecho ha dado pie a un número

creciente de conflictos entre comunidades, autoridades y empresarios. En la promoción de grandes proyectos de infraestructura, entre los cuales figuran prominentemente los proyectos extractivos, el derecho a la consulta es garantizado en forma tardía, simulada y no representativa, por hablar solamente de aquellos casos en los que este se ha ejercido.

Avances y retrocesos en la normalización del derecho a la consulta.

Como se mencionó arriba, en el ámbito internacional, México ha desempeñado un papel proactivo en la promoción de los derechos de los pueblos indígenas. El derecho a una consulta libre, previa e informada se encuentra plasmado en el derecho mexicano a partir de la ratificación del convenio 169 de la OIT, el 5 de septiembre de 1990. A partir de una reforma al artículo 1º de la Constitución que tuvo lugar en junio de 2011, toda convención internacional cuya materia verse sobre derechos humanos es reconocida como una norma equiparable en rango a la Constitución misma.⁽²⁾

Adicionalmente, México fue un promotor importante de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas desde 1985.⁽³⁾ En septiembre de

2007, cuando la declaración fue sometida al pleno de la Asamblea General, México se adhirió a la misma. A pesar de que este documento no es jurídicamente vinculante, su carácter aspiracional establece ciertas pautas con respecto a hacia dónde deben orientar su legislación los Estados adherentes. Bajo este cariz, es importante resaltar que el artículo 32 de la declaración establece que las autoridades consultaran, de buena fe, a los pueblos indígenas para obtener su consentimiento libre e informado antes de proceder a llevar a cabo cualquier proyecto que afecte su tierra, territorio y recursos naturales.**(4)** La inclusión del consentimiento como condición que dotar de validez a una consulta modifica de forma importante el carácter bajo el cual se ejerce este derecho, puesto que vincula a la autoridad pertinente con respecto a las decisiones tomadas bajo el derecho a la consulta. Aunque el Convenio 169 de la OIT hace mención de la importancia de obtener el consentimiento de las poblaciones afectadas por un proyecto determinado, el texto de la Declaración de la ONU es inequívoco en cuanto a su carácter vinculante.

En cuanto a las normas nacionales, los principales antecedentes jurídicos en México a la consolidación del derecho a la consulta son las reformas constitucionales de 1992 y 2001,**(5)** donde comenzó a plasmarse el reconocimiento de la pluriculturalidad de la población.**(6)** La reforma de 2001, en consonancia con el Convenio 169 de la OIT, estableció el derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el artículo 4—apartado A—fracción VI.**(7)** En una reforma ulterior, en 2006, el artículo 26—apartado A quedó modificado para establecer un derecho a la consulta popular sobre temas de desarrollo nacional para la población en general. En sendas reformas, la interpretación del espíritu del Convenio es muy limitada, puesto que no se reconoce que el derecho a la consulta deba vincular la acción del gobierno. En la práctica, esta omisión ha dado pie a que prevalezca la simulación en el ejercicio de este derecho.

Es importante señalar que también se han presentado, en las últimas décadas, otros preocupantes retrocesos constitucionales y legales que afectan el ejercicio pleno del derecho a la consulta. La primera reforma a considerar fue aquella que se dio al artículo 27 de la Constitución**(8)** en el marco de las negociaciones entre México, Estados Unidos y Canadá como condición para que este país pudiese incorporarse al Tratado de Libre Comercio de América del Norte. En 1994, el gobierno de Carlos Salinas de Gortari impulsó esta reforma que permitió que tierras ejidales y comunales quedaron abiertas a procesos de compra-venta por parte de la iniciativa privada.**(9)** A la larga, fueron las comunidades indígenas y los campesinos mestizos los más afectados por estos cambios.

Otra reforma importante en sentido al derecho a la consulta para comunidades afectadas por actividades de la industria extractiva, es aquella que se dio con respecto a la Ley Minera en 1992 (también inserta en la misma coyuntura de apertura económica a la inversión privada extranjera). En dicha reforma, las actividades mineras fueron definidas como actividades de utilidad pública. En la práctica, este cambio se traduce en un trato preferencial por parte del Estado, en términos de uso de suelo, a las actividades extractivas por encima del resto de las actividades económicas. Una interpretación amplia de la ley implica el uso preferencial de recursos hidráulicos y desarrollo o aprovechamiento de infraestructura eléctrica y de comunicaciones articulada con proyectos extractivos. Defensores de derechos humanos señalan que es particularmente grave que el derecho a la consulta no se encuentre plasmado en algún artículo de la Ley Minera —de tal forma que norme el actuar de la Dirección General de Minas de la Secretaría de Economía en el proceso de otorgamiento de concesiones de exploración y explotación—. **(10)** En la defensa de afectados ambientales a lo largo y ancho del país se ha tenido que probar la existencia de una norma superior plasmada en el Convenio 169, puesto

que no existen normas inferiores que regulen este derecho.

Existen iniciativas de ley en algunas comisiones del Congreso que buscan regular el derecho a la consulta. Sin embargo, en los textos que actualmente se encuentran en discusión no aparece el reconocimiento al carácter vinculatorio de este derecho. Tampoco se hace extensivo el derecho a la consulta para la población no indígena.**(11)** Algunas leyes estatales —entre las cuales destaca la Ley de San Luis Potosí, por reproducir íntegramente partes del texto del Convenio 169 de la OIT**(12)**— se han adelantado a la federación en el reconocimiento de este derecho. Este esfuerzo es loable. Sin embargo, ninguno de estos textos le otorga carácter vinculante al derecho a la consulta.

Casos preocupantes de falta de aplicación o aplicación deficiente del derecho a la consulta.

La ausencia de un marco normativo que reglamente el derecho a la consulta ha dado pie a numerosos abusos por parte de empresas privadas y el Poder Ejecutivo en la promoción de proyectos de industrias extractivas (minas, patios de beneficio, pozos petroleros, ductos y refinerías, entre otros ejemplos) así como otros grandes proyectos de infraestructura.**(13)** México se ha caracterizado por ser terreno fértil para que se susciten conflictos ambientales entre la iniciativa privada y/o el gobierno, por un lado, y afectados sociales y ambientales, movimientos sociales y organizaciones de la sociedad civil que los respaldan, por el otro. Enumerar todos estos casos no es el propósito del presente artículo. A continuación se presentan algunos ejemplos paradigmáticos de la implementación deficiente de garantías de derecho a la consulta en México:

En San Luis Potosí, el territorio de Wirikuta (del wixárika: “Cerro Quemado”) se encuentra en disputa entre los actores mencionados a raíz de la concesión, por parte de la Secretaría de Economía, de derechos de explotación para extraer la riqueza aurífera y argenta de la zona

a empresas mineras. Wirikuta representa el espacio más sagrado para el pueblo wixárika, en tanto que su cosmogonía indica que este es el punto donde los dioses crearon el Sol, dado inicio al curso del tiempo. A pesar de que los wixárikas habitan una región a cientos de kilómetros de distancia de este sitio, el “Cerro Quemado”, realizan importantes peregrinaciones a este sitio sagrado. La destrucción o la afectación parcial de este territorio constituyen una amenaza a la existencia de este pueblo, puesto que su valor simbólico asegura su reproducción material y espiritual como pueblo originario.**(14)** La defensa de Wirikuta ha dado pie a un debate nacional sobre la interpretación, para propósitos jurídicos, del término territorio. En un principio, dada la distancia entre la región que este pueblo habita y el sitio de potencial explotación, no se les consultó antes de entregar una concesión de exploración a empresas mineras canadienses. A raíz de la movilización de las comunidades wixárikas y de la presión de la sociedad civil, el gobierno comienza apenas a reconsiderar su posición.

En Calpulalpam, Oaxaca, municipio predominantemente zapoteca, la minera Natividad falsificó firmas de supuestas actas de la asamblea de la comunidad para probar que se había llevado a cabo una consulta a la población y se había obtenido el consentimiento de las mismas. El conflicto desatado por la apertura de esta mina a cielo abierto ha presentado actos de represión policial, hostigamiento armado, fabricación de delitos y el asesinato, por grupos armados presuntamente relacionados con la minera, de algunos líderes comunitarios.**(15)**

El caso de Chicomuselo, en el estado sureño de Chiapas, es particularmente grave. En este municipio, las comunidades no fueron informadas sobre una concesión de exploración para la minera canadiense Blackfire en su territorio, con el propósito ulterior de establecer una de las minas a cielo abierto más grandes del mundo destinadas a la extracción de barita. Los habitantes de estas comunidades se enteraron de la existencia de esta concesión solo después

de realizar una indagación propia, a raíz de que encontraron a empleados y camiones de esta compañía recolectando muestras de suelo en sus tierras y ríos. El incumplimiento de los derechos a ser informados, consultados y a obtener su consentimiento previo a la realización de labores de exploración y explotación en Chicomuselo ha desatado un conflicto social entre Blackfire y las autoridades, por un lado, y los habitantes de este municipio, por el otro.**(16)** Movimientos locales y extranjeros han producido pruebas de que la empresa privada ha entregado sobornos a autoridades locales.**(17)** Eventualmente, se presentó el asesinato de uno de los líderes opositores a la mina a cielo abierto, Mariano Abarca Roblero, el 27 de noviembre de 2009. Las comunidades opositoras acusan a la minera Blackfire de la autoría intelectual de este crimen.

En cuanto a la explotación de los hidrocarburos, un caso que merece particular atención es el de la comunidad Los Aguilares en el municipio de Cunduacán, estado de Tabasco. En 2004, Petróleos Mexicanos (PEMEX), entidad pública encargada de la explotación de los hidrocarburos, otorgó un contrato a la empresa Consorcio de Arquitectura y Ecología (CARESA) para realizar el tratamiento de los desechos que se generan en la perforación de los pozos petroleros. Para ello, la empresa utilizó un terreno contiguo a esta comunidad, en el cual comenzó a depositar los lodos generando grandes afectaciones a la población. Además de que no contaba con los permisos de uso de suelo correspondientes, todo el proceso se realizó sin informar ni consultar a la comunidad, lo que, unido a la falta de control por parte del gobierno, conllevó fuertes afectaciones a la salud, el medioambiente y las actividades productivas de la zona. Al día de hoy sigue abierto un proceso legal en el que la comunidad de Los Aguilares, apoyada por el Comité de Derechos Humanos de Tabasco y la Asociación Ecológica Santa Tomás, está tratando de revocar y clausurar el proyecto.

Por último, cabe señalar dos casos recientes que tuvieron lugar en La Paz, Baja California

Sur y Alto Lucero, Veracruz, con respecto a los proyectos de mina a cielo abierto de La Pitalla y Caballo Blanco, respectivamente. La instancia gubernamental encargada de evaluar las manifestaciones de impacto ambiental (MIA) elaboradas por la parte promovente (¡la empresa minera!) es la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT). En sendos casos, se presentó este documento en asambleas abiertas al público interesado y se recogieron las observaciones y quejas por parte de afectados, organizaciones de sociedad civil y académicos interesados. Los esfuerzos por documentar los potenciales daños que estos proyectos provocarían al medio ambiente y a la población recibieron escasa atención por parte de las autoridades, dado el formato vertical y excluyente con el cual la dependencia realiza estas asambleas. Las opiniones recogidas pueden ser integradas a la evaluación que hace la SEMARNAT a la MIA, si así lo desea la dependencia; sin embargo, no le generan obligación alguna. Al final de un proceso vertical, es la autoridad la que tiene la última palabra sobre si se detiene una concesión o no, no la población afectada —la misma que, idealmente, debería encontrarse plenamente informada sobre las potenciales afectaciones—. **(18)**

Cambios deseables

Para evitar atropellos a comunidades afectadas por grandes proyectos de infraestructura en México, particularmente aquellos relacionados con la industria extractiva, es necesario que se tomen en cuenta los siguientes puntos en consideración.

Primero, que en circunstancias de afectación potencial a comunidades, el derecho a la consulta se erija como un prerrequisito para el ejercicio de toda una gama de derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, particularmente el ejercicio de autonomía sobre tierra, territorio y recursos naturales por parte de comunidades indígenas o afrodescendientes.**(19)** Sin embargo, la consulta no puede limitarse a

audiencias informativas, tal como sucede en un gran número de casos en México, de los cuales La Pitalla y Caballo Blanco son solo un ejemplo.

Por otra parte, deben establecerse garantías para que el derecho a la consulta: a) se realice con antelación a la aprobación de proyectos con potencial de afectar otros derechos de la población; b) permita la participación libre (no coaccionada) de los afectados; c) sea inclusiva para todos los afectados; d) garantice que los participantes cuentan con plena información sobre la materia sometida a consulta; e) se realice bajo el principio de buena fe **(20)** por parte del gobierno; f) en su realización debe prevalecer el principio de transparencia; g) tome en cuenta que la consulta representa un medio para garantizar derechos y, por tanto, la realización de una consulta no constituye un fin en sí misma; h) sea monitoreada por un actor reconocido por las partes interesadas por su neutralidad; i) sea culturalmente pertinente (adecuarse a mecanismos de toma de decisión propios de cada comunidad); j) cuente con recursos suficientes para su realización; y k) evite prácticas clientelares o corporativas. **(21)** Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 del Convenio 169, se debe garantizar la participación de los afectados en tres distintas etapas de los planes de desarrollo por parte del gobierno en los temas de su interés: en la formulación, la aplicación y la evaluación de los mismos. **(22)**

Otro punto pertinente concierne a la necesidad de reconocer un derecho a la consulta universal, que le permita también a población no indígena o afrodescendiente participar en el proceso de toma de decisiones que potencialmente le afecten. Un número importante de afectados

ambientales no caben dentro de la población amparada por el Convenio 169 de la OIT y el artículo 4º constitucional. Así lo ha reconocido la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. **(23)**

Por último, y posiblemente el punto más importante, la consulta debe ser vinculante. Mónica Chuji, asambleísta constituyente de Ecuador en 2008, establece que se debe comenzar a discutir la existencia de un derecho al consentimiento, al cual se encuentra subordinado el derecho a la consulta. **(24)**

Los legisladores tienen ante sí un reto importante. La ley debe establecer que el derecho a la consulta se encuentre presente, con todas las características arriba descritas, a lo largo de todo el proceso que siguen de planeación, implementación y evaluación de las políticas públicas que involucran a grandes proyectos de infraestructura, con particular atención en las actividades extractivas. Una legislación adecuada puede minimizar los incentivos por parte del Poder Ejecutivo a no implementar o implementar de manera deficiente o simulada el derecho a la consulta. Estos cambios contribuirán a crear condiciones de democracia participativa y horizontal en el país. Adicionalmente, ayudarán a consolidar las condiciones necesarias para que en México sea posible afirmar que los habitantes gozan plenamente de todos sus derechos: amparados por el derecho a la consulta. Es importante que estas reformas cobren vida a la brevedad: la inacción solo se traducirá en la proliferación de cada vez más abusos de poder y el surgimiento de un número creciente de conflictos sociales en respuesta a los mismos.

- (1) Con la colaboración de Aroa de la Fuente. Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C.
- (2) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- (3) Trejo, Karen, "Indígenas sin derecho a la consulta", Noticias Aliadas, Informe especial. Consulta Previa: Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas, (DE, 16 de marzo, 2012: www.ibcperu.org/doc/isis/14140.pdf), pp. 15-16.
- (4) ONU, Asamblea General, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Naciones Unidas, A/RES/61/295, 13 de septiembre de 2007.
- (5) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- (6) Estas modificaciones son importantes para un país cuya idiosincrasia liberal decimonónica y posrevolucionaria buscaba anular toda diferencia entre ciudadanos mexicanos (en ciertos ámbitos, como en la relaciones Iglesia-Estado, con efectos positivos; sin embargo, en el caso de los pueblos indígenas se acentuó la discriminación y marginación como producto de este desconocimiento).
- (7) La reforma al artículo 4 que tuvo lugar en 2001 es digna de atención, en tanto que la misma tuvo lugar como producto del proceso de paz entre el entrante gobierno de alternancia de Vicente Fox y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional. El grupo guerrillero desconoció los cambios constitucionales por no contemplar —entre otros elementos— el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a decidir sobre su tierra, recursos naturales y territorio, tal como quedaba establecido en los acuerdos de paz de San Andrés Larráinzar.
- (8) *Ibid.*
- (9) La reforma al artículo 27 constitucional de 1994 puso fin al proceso de repartición de la tierra enmarcado en la Reforma Agraria, herencia de los gobiernos posrevolucionarios. Por otra parte, anuló el carácter imprescriptible, inembargable e inalienable de la propiedad social (o comunal) de la tierra.
- (10) Dolman, Bárbara y Faro, Pedro, "El derecho a la consulta en México: un derecho negado", *Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF)*, núm. 14, año 3, pp. 30-31.
- (11) Cámara de Senadores, *Anteproyecto de Ley General de Consulta a los Pueblos y Comunidades Indígenas*, (documento de trabajo).
- (12) Ley de Consulta Indígena para el Estado y Municipios de San Luis Potosí.
- (13) En los últimos diez años se ha presentado un número creciente de conflictos importantes entre autoridades y afectados; muchos de ellos, producto de una aplicación deficiente o de la falta de aplicación del derecho a la consulta. Además de aquellos conflictos generados a partir de la promoción de proyectos extractivos, se han presentado movilizaciones a partir de proyectos de construcción de aeropuertos, puertos marítimos, carreteras, presas, plantas termoeléctricas, parques eólicos de generación de electricidad, complejos turísticos, desarrollos inmobiliarios, plantas de procesamiento de gas, entre otros.
- (14) Zúñiga, Gerardo, "Los procesos de constitución de territorios indígenas en América Latina", *Nueva Sociedad*, N° 153, 1998, p. 145.
- (15) Fundar ha seguido de cerca el caso de los afectados de Calpulalpam.
- (16) Dolman y Faro, *loc cit.*
- (17) Common Frontiers, Mining Watch, United Steelworkers, *et al*, *Informe de la Delegación Investigadora que visitó Chiapas, México, del 20 al 27 de marzo de 2010 para indagar sobre el asesinato de Mariano Abarca Roblero y las actividades de Blackfire Exploration, Ltd.*, (DE, 14 de marzo, 2012, <http://mareacreciente.org/InformedelegacioChiapas.pdf>).
- (18) La información plasmada en este párrafo parte de la observación presencial del autor, para el caso de Caballo Blanco. En el caso de La Pitalla, se recogió información plasmada en la prensa así como algunos comentarios de personas que atestiguaron este proceso.
- (19) Ailwyn, José, *El derecho de los pueblos indígenas a la Tierra y al Territorio en América Latina: Antecedentes históricos y tendencias actuales*, (documento de trabajo), Washington, OEA, 2002, pp. 21-22.
- (20) Cruz Rueda, Eliza, "Mecanismos de consulta a los pueblos indígenas en el marco del convenio de la OIT: el caso mexicano", *Revista Pueblos y Fronteras Digital*, UNAM, N° 5, p. 15.
- (21) Alorda, Rocío, "Decreto limita consulta previa", *NA Informe Especial. Consulta previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas*, pp. 10-11.
- (22) Chanduví Jaña, Elsa, "Entrevista a Raquel Yrigoyen Fajardo: 'No se pueden modificar las condiciones de existencia de un pueblo sin su consentimiento'", *NA Informe Especial. Consulta previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas, op. cit.*, pp. 3-5.
- (23) Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: La importancia de su implementación en el contexto de los proyectos de desarrollo en gran escala*, México, ONU-DH, 2011, pp. 27-30.
- (24) Saavedra, Luis Ángel, "¿Consulta o consentimiento previo?", *NA Informe Especial. Consulta previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas*, pp. 6-7.

La consulta para el TIPNIS no es consulta, sino el requisito de Evo y OAS para la carretera

Iván Bascopé⁽¹⁾
CEJIS

Características de la aplicación del Convenio 169 de la OIT, de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la legislación nacional sobre la consulta previa.

En el año 2008 se realizó una negociación política y parlamentaria que terminó modificando ciento once artículos de la Constitución Política del Estado (CPE), entre ellos: aquel que establecía que la consulta no es vinculante sino solo obligatoria por parte del Estado. Además de violentar el propio proceso constituyente concebido desde una Asamblea Constituyente magnamente originaria y con el poder histórico para refundar el Estado, estas reformas vulneraron con expresa intención el artículo 30.15 de la misma norma, omitiendo la realización de la consulta previa a la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB) y toda su estructura orgánica conformada por trece regionales, quienes, además de apoyar las gestiones del Presidente Evo Morales con la huelga de hambre y la movilización para su aprobación en noviembre de 2008, habían promovido —con su participación, propuesta y seguimiento permanente— la aprobación del texto constitucional por la Asamblea Constituyente (AC) en diciembre de 2007 en la ciudad de Oruro.

Seguramente habrá quienes piensen que el referéndum aprobatorio de la CPE ya incluía la participación en el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. No obstante, la verdad es que los indígenas de la CIDOB se enteraron de las modificaciones mencionadas apenas días antes del lanzamiento oficial del referéndum, cuando la entonces Corte Nacional Electoral impulsó la campaña por el “Sí” regalando constituciones para la difusión y socialización de sus contenidos a todos los sectores sociales.

Es, pues, debido a este hecho que hasta la fecha estas mismas organizaciones invocan al cumplimiento de los contenidos de la CPE aprobada por la AC, más allá de los recortes que sufrió con las leyes orgánicas y sectoriales posteriores que fueron aprobadas por la Asamblea Legislativa Plurinacional, limitando la interpretación originaria que dio origen a su concepción.

El argumento de los legisladores —quienes se han constituido en mandatarios del poder político del gobierno— se basa en una distorsionada interpretación histórica acerca de la voluntad de los constituyentes, quienes copiaron en *estricto sensu* los artículos y capítulos de la propuesta de CPE que entregó la CIDOB el 23 de abril de

2007 a la AC, un mes antes de la entrega de la propuesta final de artículos presentada por el Pacto de Unidad (PU), el 25 de mayo del mismo año, donde participó también la CIDOB, y por el cual las veintiún comisiones de la AC prepararon un informe inicial que serviría de base para la discusión en los siguientes meses.

De manera que la consulta previa es ya un derecho consagrado en la CPE, no porque el Movimiento al Socialismo (MAS) haya batallado la incorporación de la misma en el texto constitucional, sino porque la CIDOB luchó durante todo el proceso constituyente para que este derecho sea reconocido a favor de los pueblos indígenas, pensando que así se establecería una de las bases para la estructuración del Estado Plurinacional en todo su andamiaje político, jurídico e institucional.

Tal es el alcance que le da el artículo 30.15 de la CPE, el cual señala que las naciones y los pueblos indígenas tienen derecho “a ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan”.

En este mismo sentido se establecen el artículo 352 de la CPE, los artículos 6 y 15.2 del Convenio 169 de la OIT y, también, los artículos 10, 19, 29.2 y 32.2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Pese a que estos artículos de referencia no expresan taxativamente que la consulta deba realizarse sobre proyectos de infraestructura o megaproyectos, la norma constitucional ofrece amplios márgenes de interpretación al señalar las condiciones de la consulta y su determinación por los elementos constitutivos de la misma,

donde el carácter previo, libre e informado de la consulta es el principal parámetro de cumplimiento; con lo cual, además, también se mide la condición de lo obligatorio para el Estado. Un elemento interrelacionado con lo anterior es la buena fe del Estado, que se manifiesta en tanto y cuanto existe cumplimiento cabal de todos y cada uno de los elementos constitutivos de la consulta. Solo así podemos hablar de la buena fe del Estado y, por tanto, que esa consulta es obligatoria. No perdamos de vista, sin embargo, que dentro del Territorio y Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS) existen tanto un bloque de concesión hidrocarburífera (Bloque Isiboro) como más de una decena de concesiones mineras, las cuales no han sido transparentadas hasta la fecha.

En este sentido, es el propio Estado quien convoca a la consulta, siempre que exista delegación por parte del sujeto involucrado de la consulta, quien va a ser afectado por una actividad o medida concreta. Es precisamente esta parte de la consulta la que minuciosamente debe ser consensuada entre las partes, el pueblo indígena y la autoridad encargada de la realización de la consulta. Es, pues, este el espacio en el cual se verifica si se ha dado cumplimiento a todos y cada uno de estos elementos.

Características del movimiento indígena respecto a la demanda de protección del TIPNIS y la respuesta del Estado.

Esta etapa preparatoria de la consulta no ha existido y es posible que no vaya a existir en el conflicto del TIPNIS precisamente porque el Estado no ha manifestado la voluntad para dar cumplimiento a los elementos que constituyen y viabilizan la consulta previa. Algunas acciones como la segunda presentación del financiamiento con la República Federativa del Brasil (2006), la aprobación por parte de la Asamblea Legislativa Plurinacional (2009) y la aprobación del Protocolo de Financiamiento (2011) ponen en evidencia la no intención de

dar cumplimiento a este derecho en desmedro de los pueblos indígenas del TIPNIS, revelando ante la comunidad internacional que el Estado boliviano no contempla este derecho para la democratización de sus políticas públicas.

Por estas razones se interpela al Estado sobre el cumplimiento de la CPE y se realiza una movilización que parte desde la ciudad de Trinidad el 15 de agosto de 2011 con el propósito de llegar hasta La Paz. La marcha tomaría 66 días de caminata. De por medio hubo un bloqueo que fue realizado por los colonizadores e interculturales en Yucumo y que duró más de dos semanas. El 25 de septiembre hubo represión policial en el Puente San Lorenzo y, por consiguiente, la vulneración de derechos humanos de ancianos, niños, mujeres y hombres, además de sistemáticos bloqueos y agresiones por parte de sectores cocaleros afines al partido gobernante, así como la constante criminalización de la marcha en su conjunto y de algunos dirigentes indígenas en particular por parte de funcionarios del gobierno.

La marcha, que arribó a la ciudad de La Paz el 19 de octubre, y la vigila de tres noches en la plaza principal de la ciudad, frente del Palacio de Gobierno, lograron que se estableciera una negociación con ministros y el propio Presidente del Estado sobre los puntos de la plataforma de demandas de la 8va. Marcha Indígena. Finalmente, como mecanismo de salvaguarda se logró la aprobación de la Ley N° 180 del 24 de octubre de 2011, la cual establece como punto central que ni la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos ni ninguna otra atravesarían el TIPNIS. Con esta medida el gobierno asumió de forma expresa que la consulta ya no podría ser el mecanismo idóneo para el diálogo intercultural y la resolución del conflicto.

No obstante la aprobación de la Asamblea Legislativa de este mecanismo legal que zanjaba el conflicto, se inserta en la ley la definición del TIPNIS como zona intangible. Esta manipulación del carácter de intangibilidad resquebrajó

maliciosamente el concepto y los alcances que se le había dado en el proyecto de ley presentado por los diputados de la bancada indígena a la comisión mixta. Dicho proyecto expresaba, básicamente, la intangibilidad como zona de preservación ecológica, bajo la zonificación del TIPNIS en el marco de su plan de manejo; este plan, en resumen, determina una zona núcleo de preservación, resguardada de cualquier tipo de intervención humana y mucho menos de proyectos de gran envergadura o de actividades extractivas que generen en estos espacios daños irreversibles a los ecosistemas o impactos socioambientales negativos sobre los diferentes componentes bióticos y abióticos que componen estos espacios, en estricta correlación con la propiedad territorial y la forma de gestión de los recursos naturales asumidos por los pueblos indígenas de este territorio en sus planes de vida.

Esta comisión mixta estaba conformada por oficialistas y, en su mayor parte, por senadores. Solo hubo una diputada, quien elevó al pleno de la Cámara de Diputados su propia propuesta y desconoció de ese modo la propuesta de la bancada indígena. En su justificación, además, sostuvo que la misma había sido consensuada con los diputados indígenas en el seno de la marcha. Esta falsa elucidación (más que justificación) ocasionó que el Presidente del Estado observe dicha norma cuando esta ya había sido aprobada en ambas cámaras de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Su punto central versaba sobre la realización de la consulta e introducía la prohibición sobre la carretera. Sin embargo, como dice el dicho, será una de cal y otra de arena hasta que la expresión de los actos políticos del gobierno se constituya en la incorporación de ese carácter de intangibilidad para todo el TIPNIS, como si fuera una sola zona.

Producto de la mala fe, el falso debate y la manipulación del concepto de intangibilidad por parte del gobierno como mecanismo inmediato de chantaje, se introduce en las campañas de gobierno la acusación a los dirigentes de la 8va. Marcha Indígena de haber insertado el carácter

de intangibilidad para todo el TIPNIS y, con esto, la imposibilidad de realizar actividades y proyectos de aprovechamiento de recursos naturales a su interior. Posteriormente, el gobierno ejerce presión sobre las organizaciones de la CIDOB, y especialmente a la Subcentral del TIPNIS, respecto de que dicho carácter iba necesariamente a plantear la modificación del plan de manejo integral del área protegida y, consiguientemente, la re zonificación de la misma, dado el doble estatus del TIPNIS: como territorio indígena y también intangible. Finalmente, las amenazas se plasmaron en hechos con la anulación de las licencias ambientales de varios planes de manejo de recursos naturales.

Fue esta estrategia, precisamente, la que consolidó los argumentos de la Ley N° 222 (de Consulta en el TIPNIS), la misma que fue aprobada el 10 de febrero de 2012 y que desconoció la reglamentación consensuada —entre el gobierno y las organizaciones de la marcha— que aclara los alcances de la intangibilidad, más allá de las modificaciones sufridas con su promulgación (Decreto Supremo N° 1146 del 24 de febrero de 2012, Reglamento de la Ley N° 180 de Protección del TIPNIS). Entre las modificaciones se destaca el hecho de limitar el aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales por parte de las comunidades indígenas, definiendo solamente un aprovechamiento tradicional, y la eliminación de un conjunto de prohibiciones expresas que resguardaban al TIPNIS de proyectos extractivos y megaproyectos, vulnerando con esto el Decreto Supremo N° 07401 (de creación del TIPNIS) del 29 de noviembre de 1965, el Decreto Supremo N° 24781 (Reglamento General de Áreas Protegidas) del 31 de julio de 1997, el Plan de Manejo General del Área Protegida y, sobre todo, violentando la propia CPE, especialmente en sus artículos 385 y 403.

La consulta previa en relación con las industrias extractivas y megaproyectos.

La 8va. Marcha Indígena, denominada “Por la Defensa del TIPNIS, los Territorios, la Vida,

Dignidad y los Derechos de los Pueblos Indígenas”, insertó entre las demandas de su plataforma el tema de la consulta previa. La inserción se dio cuando se percibió que este derecho no solo había sido incumplido en el caso del TIPNIS, sino también en los ámbitos de minería e hidrocarburos, donde no existe una aplicación en su primer momento por parte del Estado. Ese primer momento mencionado está referido al momento previo a la adopción de medidas legislativas y/o administrativas: licitaciones, concesiones de bloques de exploración y de explotación, contratos de operación, etc.: todos estos, hasta la actualidad, no sujetos a consulta previa de las naciones y pueblos indígenas. Además de aquellas medidas administrativas, tampoco son objeto de consulta previa otras varias relacionadas con la aprobación de fichas ambientales, autorizaciones, licencias, servidumbres, compensaciones sobre tierras a operadores tanto privados como estatales, tales como la Corporación Minera de Bolivia (COMIBOL) y Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB).

En el caso del TIPNIS, es este primer momento, precisamente, el que se cuestiona y se pone a consideración del gobierno. Aunque desde el manejo de la institucionalidad, el gobierno solo propone una consulta que, además de no ser previa, tiende a legitimar y legalizar las acciones gubernamentales, legislativas y administrativas, adoptadas con premura en pro de la construcción empecinada y cegada de una carretera que ya ha sido rechazada en varios eventos de la CIDOB y de las subcentrales del TIPNIS afiliadas a la Central de Pueblos Indígenas y Mojeños del Beni (CPEM-B). Habría que preguntarnos, además de por el sobreprecio y el mismo proceso de licitación que se adjudica la empresa OAS, cuáles son los compromisos y convenios suscritos como Estado boliviano con la República Federativa del Brasil y, también, si estos tienen relación con un conjunto de actividades y proyectos extractivos, además de la misma carretera, que vayan a afectar en el futuro a las comunidades y pueblos indígenas que habitan en el TIPNIS.

En este escenario, pues, se cuestionó especialmente la ausencia de una norma marco que regule la consulta en todos estos casos; especialmente para proyectos extractivos, megaproyectos y proyectos de infraestructura, entre otros, que igualmente conllevan operaciones extractivas, como en el caso del TIPNIS, y que además refuerce los presupuestos de la CPE incumplidos por parte del Estado, incluyendo otros mecanismos de obligatoriedad y viabilidad.

En cuanto a los hidrocarburos, hay señalar que la Ley N° 3058 (de Hidrocarburos) del 17 de mayo de 2005 ya contempló este primer momento de la consulta, así como uno posterior que se establece y practica antes de la aprobación de los estudios ambientales o los Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental (EEIA). Sin embargo, estos dos momentos de la consulta nunca se han cumplido en el país, lo cual representa ya una violación a los derechos de los pueblos indígenas y del movimiento indígena en general.

No está demás señalar como un hito importante dentro de todo este proceso de intento de vulneración de la consulta previa en la normativa boliviana que el año 2009 se pretendió modificar el Decreto Supremo N° 29033. El intento se realizó a través de una propuesta del Ministerio de Hidrocarburos y Energía (MHE). Según dicha propuesta, el EEIA debía ser separado de la consulta propiamente y, más bien, ser ligado directamente a los procesos de compensación y negociación con las empresas.

Incluso en este segundo momento, en el que se aplica, tampoco se han cumplido las expectativas y los estándares que se establecen en la CPE, pues la única norma de referencia es el Decreto Supremo N° 29033 (Reglamento de Consulta y Participación para actividades hidrocarburíferas) del 16 de febrero de 2007. Solo que esta norma ha quedado obsoleta respecto de los mecanismos, instrumentos y protocolos que han puesto en prácticas las propias comunidades indígenas para el respeto de los elementos constitutivos

de la consulta, asumiendo como marcos legales y derechos los alcances establecidos en el Convenio 169 de la OIT.

En materia de minería, por otra parte, lamentablemente no existe una legislación que establezca el cumplimiento de la consulta previa ni, mucho menos, una reglamentación. Por tales razones, la 8va. Marcha Indígena propuso trabajar una ley marco de consulta, siguiendo las iniciativas que han venido trabajando tanto la CIDOB como el Consejo de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ), quienes cuentan con sus respectivas propuestas, las cuales, además, fueron presentadas a las instancias competentes de gobierno en el año 2011.

La consulta propuesta por el gobierno para la construcción de la carreta por medio del TIPNIS.

Ante todo, la propuesta de realización de una consulta en el TIPNIS no representa un mecanismo de participación ciudadana. Más de cuarenta del total de sus comunidades en el XXX Encuentro de Corregidores del TIPNIS, llevado a cabo entre el 17 y 19 de marzo de este año, reiteraron la férrea oposición a una consulta en su territorio que tienda a viabilizar la construcción de la carretera por medio del TIPNIS.

La Ley N° 222 no muestra adelantos jurídicos ni metodológicos relevantes para la realización de la consulta, pues representa una norma a la medida de una intención política gubernamental y de un sector indígena-campesino para la construcción de la Carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos atravesando el corazón del TIPNIS.

Es una ley para hacer la consulta minimalista y nada garantista de derechos en el TIPNIS, puesto que no reconoce los principios básicos ya planteados por el PU en la AC: a) el respeto a las estructuras orgánicas de los pueblos indígenas, b) el resguardo de la integralidad territorial, c) la aplicación de las normas y los procedimientos propios, d) el uso alternativo de la libre determinación de casos en que

se vulnera la condición y los derechos de los pueblos indígenas, e) ni el reconocimiento del consentimiento libre previo e informado en casos en que corre riesgo la integridad física y cultural de un pueblo indígena por amenazas y peligros eminentes que pueden darse de maneras que incluyen el desplazamiento forzoso de sus tierras, la intromisión estatal por bases y actividades militares, la presencia agresiva de actividades extractivas a mediano y largo plazo y, finalmente, la consecuente utilización y el manejo de residuos tóxicos o contaminantes.

Lo único que ponen en evidencia todos estos antecedentes es la preparación de un proceso que nació malformado y que pretende ser realizado en el TIPNIS, a sabiendas que está violando los preceptos y las condiciones mínimas para que pueda realizarse una consulta, ya fuera del tiempo, en el TIPNIS.

Lejano a la realidad sería creer que con la CPE, la Ley N° 222 y la futura ley marco de consulta se han logrado *consensos* con los actores involucrados, cuando, en verdad —e incluida la norma suprema—, todas ellas han sido aprobadas y promulgadas por el gobierno nacional. Es así que podríamos revisar, a continuación, algunos antecedentes que demuestran que no existe tal consulta, como afirma el gobierno, pese a la demanda inscrita en el propio texto constitucional.

Frente a estos escenarios que pretender generar y manipular mecanismos que posibiliten a futuro la construcción de la carretera y la intervención en el TIPNIS, las organizaciones indígenas han presentado sus principios mínimos no negociables, lo que ha llevado a una serie de enfrentamientos mediáticos que han generado desconfianza entre ambas partes.

La ley marco de consulta promovida por el gobierno es uno de estos mecanismos y está siendo trabajada con sectores afines, especialmente campesinos e interculturales (colonizadores y cocaleros de varias regiones del

país, como la del trópico de Cochabamba, entre ellas), sin que se sepa si va a ser una norma que permita desarrollar elementos sustantivos y procedimientos de consulta previa reconocidos en la CPE y en el bloque de constitucionalidad. Por el contrario, en su operativización, estos elementos y procedimientos serán adecuados a los artificios y tecnicismos prácticos adoptados a través de la Ley N° 222, con el riesgo de sentar precedentes falsos que podrían consolidarse en jurisprudencia constitucional respecto a la medida de intervención que puedan hacer las autoridades competentes para realizar la consulta.

Temas críticos de la consulta en el TIPNIS como precedente para las industrias extractivas.

No podemos dejar de señalar que la Ley N° 222 fue aprobada con muchos artificios, entre ellos la famosa marcha del CONISUR, que, según versiones de los propios indígenas del TIPNIS, fue solventada y promovida por el gobierno. En todo caso, dicha marcha se plantea como un requisito para la construcción de la carretera, incluido el tramo II que corresponde al que atraviesa por el TIPNIS, además del no esclarecimiento de los procedimientos de contratación y de utilización de recursos económicos en todo el proceso de licitación y contratación de la empresa OAS.

La ley N° 222 no establece con claridad quién debe aprobar el protocolo y el cronograma de la consulta en el TIPNIS, documento que ha sido trabajado por el Ejecutivo sin la intervención del Órgano Electoral, elemento este que debería analizarse dado el incumplimiento de los mandatos de la Ley N° 026 (del Régimen Electoral) del 30 de junio de 2010. Asimismo, sienta un precedente negativo en la aplicación de la consulta para las actividades y los proyectos extractivos, incluidas las obras para este fin.

La Ley N° 222 establece una consulta extemporánea, violando sus principios elementales de ser previa y libre. Por otra parte, el carácter obligatorio de esta consulta permite al

gobierno la opción de convocar en las fechas que mejor le parezcan a dicha consulta y, por tanto, adecuándose a lo establecido en su cronograma; por el contrario, inhibe una autoconvocatoria por parte de los pueblos indígenas del TIPNIS y, por consiguiente, afecta directamente al resguardo del respeto de sus estructuras orgánicas.

El hecho de definir como finalidad de esta consulta si el TIPNIS debe ser zona intangible o no, con o sin carretera, debe pasar por medidas de protección de su hábitat frente a políticas adoptadas por el gobierno con relación a megaproyectos y actividades extractivas, como con respecto a los avasallamientos ilegales, los cuales no gozan del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas del TIPNIS, según sus estructuras representativas, la propiedad colectiva sobre el territorio y de acuerdo a sus normas propias reconocidas como su propio derecho y sistema político, según los artículos 2, 11, 15, 30, 33, 34, 190, 241, 242, 289, 290, 340, 344, 385 y 403, entre otros, de la CPE.

En esta consulta, por tanto, no se concibe, ni siquiera desde una forma principista, el consentimiento libre, previo e informado. Con ello se desconoce todo el bloque de constitucionalidad de nuestro sistema jurídico y constitucional.

Retos para la aplicación de la consulta previa. Caminos y escenarios posibles sobre los procesos de consulta previa en las industrias extractivas y megaproyectos.

Con todo lo formulado en estos últimos párrafos, sería un error consolidar la consulta en el TIPNIS, peor aún cuando el país carece de una legislación especial sobre la consulta que incluya, además de procedimientos, también bases y marcos legales y ambientales que incuestionable e imperativamente deben cumplirse en cualquier proceso de consulta, asumiendo una etapa preparatoria en la cual se pueda consensuar

todos los presupuestos que conlleva la consulta referida en torno a su naturaleza, objeto, finalidad, actores, necesidades, sujetos de protección especial, tiempos, salvaguardas, elementos irrenunciables que vienen a ser en su conjunto la parte política y cultural del pueblo indígena a partir de su libre determinación, así como su propia democracia comunitaria a partir de sus expresiones, ejercicio de sus normas y procedimientos propios, hasta de su propia aplicación de justicia, con la denominada jurisdicción indígena. Todo esto conlleva a comprender todo el sistema en el que se desenvolvería la consulta.

A esto debemos sumar la insuficiencia de la legislación sectorial, especialmente en materia de hidrocarburos y minería. Con todo ello también hay que regular otros derechos relacionados especialmente con la participación en beneficios respecto a compensaciones y/o indemnizaciones, programas de restauración y recuperación socioambiental, gestión socioambiental, servidumbres, pasivos ambientales y sitios sagrados o zonas potenciales de conservación por su biodiversidad, su riqueza de conocimientos tradicionales constituida en patrimonio cultural, etc., en el mismo rango que el patrimonio natural, que engloba toda la riqueza biológica presente en un territorio indígena.

Finalmente, más que tener énfasis en un mero procedimiento, la consulta debe estar orientada no solo a lograr un acuerdo, sino a plantear consensos recíprocos y sistemáticos a lo largo del proceso de consulta, obteniendo el consentimiento previo desde la iniciación de la consulta, logrando así que sea más una guía para evitar cualquier tipo de conflicto, que un medio para buscar una solución a los conflictos ya en marcha. Ello implica establecer mecanismos para hacer operativo el consentimiento libre, previo e informado según establece la normativa internacional, pero, además, también que el Estado, dando un paso más, debe avanzar en reconocer un "derecho al veto" sobre estas actividades.

(1) Abogado constitucionalista e investigador social. Responsable del Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social (CEJIS) Regional La Paz

REFERENCIAS

Bibliográficas

VALENCIA, Ma. del Pilar e Iván ÉGIDO. *Los pueblos indígenas de tierras bajas en el proceso constituyente boliviano*. Santa Cruz de la Sierra: CEJIS, IWGIA, AECID e HIVOS, 2010.

BASCOPE, Iván, coord. *Lecciones aprendidas sobre consulta previa*. La Paz: CEJIS y OXFAM, 2010.

Artículo Primero. Revista de debate social y jurídico. Año 14, Nº 21: "Industrias extractivas: políticas y derechos". Santa Cruz de la Sierra: CEJIS, IWGIA, AECID, ORE, OXFAM, HIVOS e IBIS, 2011.

Normas legales

- Constitución Política del Estado.
- Convenio 169 de la OIT.
- Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Ley Nº 3058 del 17 de mayo de 2005.
- Ley Nº 026 del 30 de junio de 2010.
- Ley Nº 180 del 24 de octubre de 2011.
- Ley Nº 222 del 10 de febrero de 2012.
- Decreto Supremo Nº 07401 del 29 de noviembre de 1965.
- Decreto Supremo Nº 24781 del 31 de julio de 1997.
- Decreto Supremo Nº 29033 del 16 de febrero de 2007.
- Decreto Supremo Nº 1146 del 24 de febrero de 2012.
- Plan de Manejo General del Área Protegida.
- Planes de Vida del TIPNIS.

Normas de carácter interno

- Resoluciones y votos de los Encuentros de Corregidores del TIPNIS 2006-2012.
- Resoluciones de consultivas, comisiones nacionales y ampliados de la CIDOB 2005-2012.

El complejo marco regulatorio chileno y la situación de la consulta previa

Flavia Liberona⁽¹⁾
Fundación Terram

Introducción

El presente artículo entrega una visión de Chile respecto al marco regulatorio de las industrias extractivas en el país, cómo se vincula éste con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como respecto a la implementación de la Consulta Indígena.

Con el propósito de contextualizar el marco jurídico vigente en que operan las industrias extractivas en Chile y su relación con la consulta previa, es importante señalar que la Constitución Política de la República de Chile data del año 1980, que fue promulgada durante el régimen militar de Augusto Pinochet, siendo redactada por un equipo de juristas estrechamente ligados a la dictadura. De hecho, la Carta Fundamental es considerada la piedra angular del modelo neoliberal vigente.

En concordancia con esta Constitución, se dictaron leyes que permitieron la privatización de servicios básicos, de empresas del Estado, así como la implementación de diversos cuerpos legales que, en los hechos, han permitido durante años la privatización de los recursos naturales, fundamentalmente minería y agua. A pesar de que han pasado más de treinta años y que la Constitución ha tenido algunas modificaciones y

enmiendas, esta no ha sido sometida a reformas sustantivas y sus preceptos fundamentales siguen vigentes. Y, pese a que esto puede resultar difícil de asimilar, considerando que desde 1990 en Chile se han sucedido en el poder gobiernos elegidos democráticamente, lo cierto es que en todo este periodo los gobiernos de la Concertación nunca tuvieron como objetivo elaborar una nueva Constitución, lo que conlleva, pues, la vigencia actual de la carta fundamental del gobierno de Pinochet.

Con el correr de los años, cada vez con más fuerza, la ciudadanía ha ido tomado conciencia sobre la necesidad de contar con una nueva Constitución, pues muchas de las dificultades y los problemas que actualmente registra el país, tanto en la organización y administración del Estado, como en el nombramiento de autoridades regionales, en el sistema electoral, en el acceso, utilización y goce de recursos naturales, está directamente vinculado con preceptos establecidos en la Constitución de 1980. Todo esto hace que, en definitiva, Chile sea un país muy poco democrático si se lo compara con el resto de la región.

Para el presente análisis también es importante tener presente que Chile tiene un Estado que juega un rol subsidiario, con un marco jurídico

complejo, en el que la propiedad privada tiene gran relevancia y en el que el mercado juega un rol fundamental. Las leyes, especialmente aquellas dictadas en las décadas de los años ochenta y noventa, no fueron elaboradas para cautelar el bien común o resguardar el patrimonio del país. Esto hace que el Estado chileno no tenga facultades o instrumentos suficientes para cumplir la función de ente regulador y gestor y, en definitiva, garantizar el bien común.

Antecedentes generales del marco jurídico chileno con relación a las industrias extractivas: Constitución Política, Código Minero y Ley Ambiental.

La Constitución Política de la República de Chile, en su capítulo III, titulado “De los deberes y derechos constitucionales”, en su artículo 19° N° 24, referido a los derechos de propiedad privada, señala que “sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”.

Las limitaciones a la propiedad privada, en tanto, están definidas de la siguiente forma: “Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”. Pero además señala que “nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”. Luego, establece las formas en que debe operar la expropiación. Sin embargo, en el inciso siguiente, que se refiere al Estado, señala que “el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las

arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas”.

Así, el Estado de Chile es dueño de todas las minas independientemente de quién tenga la propiedad superficial de un territorio. Pero, además, señala que “los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas”. Luego, la Constitución establece que “corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación”. Es decir, se establece que si bien el Estado tiene dominio absoluto sobre todas las minas, esto es, del subsuelo independiente de la propiedad del suelo superficial, estas pueden ser entregadas en concesión, con la excepción de hidrocarburos y litio. Este último fue declarado “material estratégico” en el artículo 7° del Código Minero.

Además, la Constitución establece que “la exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo”.

Conforme a una ley que data de fines de la década de los setenta, el litio es un recurso estratégico que puede ser explorado y explotado únicamente por las empresas estatales, con excepción de aquellas concesiones otorgadas antes de la promulgación del decreto.

El artículo 2° de Código Minero señala que “la concesión minera es un derecho real e inmueble; distinto e independiente del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo

dueño; oponible al Estado y a cualquier persona; transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato; y que se rige por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles, salvo en lo que contrarién disposiciones de la ley orgánica constitucional o del presente Código. La concesión minera puede ser de exploración o de explotación; esta última se denomina también pertenencia. Cada vez que este Código se refiere a la o las concesiones, se entiende que comprende ambas especies de concesiones mineras".(2)

Pese a la fuerza que tienen la Constitución y el Código Minero, otras dos regulaciones posteriores, que fueron aprobadas por el Congreso Nacional durante el Gobierno de Patricio Aylwin, inciden en el desarrollo de proyectos extractivos. Por una parte, está la Ley Indígena N° 19.253, que establece derechos para los pueblos indígenas, y, por otra, la Ley N° 19.300 de 1994, sobre bases General del Medio Ambiente, que establece la obligatoriedad de efectuar evaluación ambiental a todos los proyectos o las actividades susceptibles de causar impacto ambiental, lo que incluye a todo tipo de proyectos mineros. Además, la ley ambiental establece que, dependiendo del tamaño del proyecto, este deberá contemplar una fase de participación ciudadana.

Así, a partir del año 1997, cuando comienza a operar el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de la Ley N° 19.300, todos los proyectos señalados en el artículo 10° deberían haber sido sometidos a evaluación ambiental. Junto con ello y tras la aprobación de la ley indígena el año 1993, las comunidades se han visibilizado ante la opinión pública. En relación a la calificación ambiental de proyectos y las limitaciones en materia de participación ciudadana, han permitido el surgimiento de problemas y/o conflictos sociambientales, entre los que se encuentran conflictos con comunidades indígenas a las que no se les han respetado sus derechos.

Convenio 169

El año 2007, el Parlamento chileno ratificó el Convenio 160 de la OIT (D.S. N° 236 del 14 de octubre de 2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores), que entró en vigencia el 15 de septiembre de 2009. La ratificación de este Convenio fue la culminación de un proceso largo y difícil, que se inició el año 1991, en el primer gobierno de la posdictadura, cuando el gobierno de Patricio Aylwin solicitó al Parlamento la ratificación del Convenio, cosa que solo ocurrió dieciséis años más tarde. La ratificación del Convenio 169, impulsada desde la Concertación, fue resistida durante todo ese periodo por la derecha chilena. Como consecuencia, solo desde finales del año 2009 los pueblos indígenas de Chile cuentan con un nuevo instrumento legal para la defensa de sus derechos e intereses, el que se suma a la Ley N° 19.253, conocida como ley indígena.

Cabe destacar que los artículos del Convenio que más preocupación y rechazo generaban son los artículos 6° y 7°, que hacen referencia a mecanismos apropiados y eficaces para la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que le conciernen. También fueron motivo de disputa los preceptos establecidos en los artículos 14°, 15° y 16°.

Tal como se señaló, el derecho de propiedad en Chile está consagrado en el artículo 19° N° 24 de la Constitución, el que, en relación a los derechos que establece el artículo 14° de Convenio 169 de la OIT, configura una nueva situación de derechos de propiedad que podría presentar roces con los derechos de terceros. Análisis de especialistas señalan que "existe, en consecuencia, una colisión entre los artículos 6° y 15° N° 2 del Convenio, 13° de la Ley N° 19.253 y el Código de Minería. En efecto, el Código de Minería señala un procedimiento sumarísimo para constituir servidumbres sobre los predios superficiales a favor del concesionario del subsuelo, y el Convenio, por su parte, exige las

consultas a las que nos referimos recientemente y reconoce el derecho de los pueblos indígenas a participar en la utilización de los recursos naturales que se encuentran en sus tierras". (3)

Paralelamente, el marco regulatorio en relación a la consulta indígena es bastante confuso y, de hecho, desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT han sido emitidas diversas opiniones sobre la pertinencia de la aplicación del Convenio, (4) particularmente en lo que dice relación con la aplicación de la consulta indígena. Según señala el Instituto de Derechos Humanos: "La adhesión a la declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas y la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, así como el actual desarrollo tanto de los estándares fijados por los procedimientos especiales de Naciones Unidas, como de los órganos de control de tratados y la jurisprudencia de la corte IDH, imponen al Estado la obligación de Consulta". (5)

Características de la aplicación del Convenio 169 de la OIT y de la legislación nacional sobre la consulta previa

En relación a la consulta previa, esta no se ha implementado en Chile, pese a que el deber de consulta se encuentra supuestamente regulado por el Decreto Supremo N° 124 del Ministerio de Planificación y Cooperación. El IDH hizo en el año 2010 un análisis del citado decreto y concluyó, basado en los principios del Convenio 169, que este no cumple con los principios internacionales que rigen en esta materia. A comienzos del año 2011, el gobierno de Sebastián Piñera anunció la "consulta sobre institucionalidad indígena", que contemplaba los siguientes temas:

- a) Propuesta de nueva institucionalidad indígena
- b) Reconocimiento constitucional
- c) Consulta sobre nuevo reglamento del sistema de evaluación de impacto

ambiental (SEIA), que incluye un procedimiento de participación o consulta indígena

- d) Regulación normativa del procedimiento de consulta

Sin embargo, este procedimiento no fue bien recibido por las organizaciones, comunidades y autoridades indígenas, quienes realizaron gestiones ante la administración de Piñera y el Parlamento en las que solicitaban la suspensión del proceso y la derogación del Decreto Supremo N° 124. El Parlamento, especialmente las comisiones de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados y del Senado, acogieron las demandas y solicitaron al Ejecutivo la suspensión de proceso de consulta y la derogación del decreto N° 124, al mismo tiempo que indicaron que las futuras consultas se deben realizar de acuerdo con lo establecido en el Convenio 169. En septiembre de 2011, el Ejecutivo suspendió el proceso de consulta.

Movimientos indígenas, demandas y respuestas del Estado.

Según se señala en el informe 2011 del Instituto Nacional de Derechos Humanos, entre enero de 2010 y julio de 2011 hubo 45 sentencias relacionadas con acciones de garantías constitucionales en la que se alegó infracción al Convenio 169.

En relación a las industrias extractivas, un proyecto importante que cabe mencionar es el de Catanave, de propiedad de la minera Southern Cooper Corporation, que fue objeto de reclamación por comunidades aymaras, quienes consideran que el proceso de participación ciudadana contemplado en la ley ambiental vulnera los artículos 6°, 7° y 15° del Convenio 169. Este recurso fue desechado por la justicia por extemporáneo, no pronunciándose por el fondo del reclamo de las comunidades. Luego, el Alcalde de la localidad de Putre interpuso un recurso para invalidar el permiso ambiental,

procedimiento que tampoco obtuvo resultados. En este caso, la autoridad ambiental sostuvo que el derecho a participación estipulado en el Convenio 169 solo debe ser aplicado con planes y programas, pero no en el caso de proyectos de inversión específicos. El fallo de la Corte Suprema dio luz verde al proyecto.

Otro proyecto minero actualmente cuestionado por comunidades indígenas es el proyecto Cerro Casale, de las empresas mineras Barrick (75% de la propiedad) y de Kinross Gold Corporation (25% restante). Este proyecto, que se ubica en la región de Atacama, se encuentra en proceso de evaluación ambiental.

En el mismo caso se encuentra el proyecto El Morro, de una empresa canadiense, cuya inversión estimada asciende a US\$ 3.900 millones, y que recientemente fue cuestionado por un fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, que acogió un recurso de protección presentado por la Comunidad Agrícola Diaguita de Los Huasco Altinos con el fin de revocar la autorización emitida por la Comisión de Evaluación Ambiental de Atacama en marzo de 2011. El tribunal estableció en su sentencia que la autoridad vulneró el derecho a consulta de la comunidad, en cuyo territorio ancestral se emplazaría el proyecto minero y cuyo carácter

indígena es negado por el Estado. Además, el presidente de la comunidad denunció malas prácticas y negociaciones incompatibles por parte de la empresa, que en forma individual está ejerciendo presión sobre algunos comuneros, ofreciendo la entrega de vehículos y pago de diez millones de pesos anuales por familia, a fin de romper la organización y la resistencia frente a este proyecto minero.⁽⁶⁾

En definitiva, en Chile la entrada en vigencia del Convenio 169 es de reciente data y con ello la aplicación de la consulta previa establecida en los artículos 6° y 7° del mismo. Si bien en principio las reclamaciones de las comunidades indígenas fueron desechadas por la justicia, con el correr de los años y los reportes de organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos, esta situación ha comenzado a cambiar. Si bien aun son pocos los fallos judiciales que dan la razón a las reclamaciones de las comunidades indígenas, estos cada vez son más relevantes. Por último, en lo que se refiere a establecer un procedimiento para efectuar la consulta previa de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169, esto se encuentra paralizado, lo que hacer prever que durante un tiempo seguirá siendo la justicia chilena quien resuelva, caso a caso, si corresponde o no aplicar dicha consulta.

(1) Bióloga. Ha trabajado en diversas instituciones de la sociedad civil. Actualmente es directora ejecutiva de Fundación Terram de Chile (www.terram.cl).

(2) Ley N° 18.248 de 1983.

(3) *Derecho ambiental y políticas públicas*. Universidad Diego Portales, volumen I, abril 2011, p. 419.

(4) *Ibid.* Capítulo undécimo, pp. 407-429.

(5) *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe anual 2011*. Instituto Nacional de Derechos Humanos, capítulo 2, p. 36.

(6) Cfr. www.observatorio.cl (consultado el día 19 de marzo de 2012).

La consulta previa en Colombia: el debate está abierto.

Fabio Velásquez
Foro Nacional por Colombia⁽¹⁾

El debate sobre la consulta previa en Colombia está abierto. Desde su reglamentación mediante el Decreto 1320 del año 1998 hasta el año 2010, el gobierno nacional otorgó poca importancia al tema, pese a que los grupos indígenas y afrodescendientes afectados por proyectos que impactan negativamente sus territorios mostraron su inconformidad con la norma vigente y acudieron, cada vez con más insistencia, a mecanismos como los derechos de petición, la tutela y las acciones populares para que se cumpliera el mandato constitucional y las normas vigentes en la materia.

No existe un registro preciso sobre el número de consultas previas realizadas en Colombia, bien desde la expedición de tal decreto, bien con anterioridad a aquel. Existen, sí, algunas cifras fragmentarias: según datos al año 2010 de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, en la zona de la Cuenca de los Llanos Orientales habían sido realizado 63 procesos con comunidades indígenas. Además, entre 2003 y octubre de 2007 fueron protocolizadas 76 consultas. Reportes presentados por el Ministerio de Medio Ambiente, que cubren el período 1994-junio de 2009, señalan la realización de 121 consulta previas: 84 con pueblos indígenas, 31 con comunidades afrocolombianas, 3 con ambos pueblos y 3 con comunidades raizales. **(2)**

Lo cierto es que la presión para que el mencionado decreto sea reformado o sustituido por una Ley de Consulta Previa que supere las deficiencias que muestra la norma actual ha sido fuerte, al punto que el gobierno tiene prácticamente listo un proyecto de ley que deberá ser sometido a consulta antes de su remisión al Congreso de la República para su consideración y aprobación.

Marco normativo(3)

La Ley 21 de 1991 acogió el Convenio 169 de la OIT, que data de 1989 y versa sobre pueblos indígenas y tribales, y lo convirtió en norma obligatoria en el país. Acogiéndose al espíritu de dicho convenio, la Constitución de 1991 ratificó la participación de los grupos indígenas en las decisiones relacionadas con la explotación de recursos naturales (artículo 330) y en su artículo transitorio 55 reconoció a las comunidades negras “la propiedad colectiva sobre las tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico que han venido ocupando, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción”.

Varias leyes posteriores concretaron estos lineamientos constitucionales. La Ley 70 de 1993, que desarrolló el artículo transitorio

55 de la Constitución, reglamentó el uso de los recursos mineros en zonas de propiedad colectiva entregadas a las comunidades afrodescendientes y les dio prelación en el otorgamiento de licencias especiales de exploración y explotación de recursos naturales en su territorio. Además, ordenó su participación en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socioeconómico y cultural que se realicen sobre los proyectos que se pretenda adelantar en territorios de su propiedad (artículo 44).

La Ley 99 de 1993, conocida como Ley de Medio Ambiente, reglamentó las licencias ambientales y obligó a las autoridades gubernamentales a “realizar la consulta previa a las comunidades indígenas y negras como requisito para tomar decisiones sobre explotación de recursos naturales” (artículo 76).

Lo que hicieron estas leyes fue ratificar los contenidos del Convenio 169 de la OIT y los principios establecidos en la Constitución de 1991. Pero no definieron las condiciones, los mecanismos y los procedimientos de realización de las consultas. Ese fue el propósito del Decreto 1320 de 1998, expedido por la Presidencia de la República. Dicho decreto define el procedimiento de la consulta previa para la explotación de recursos naturales, cuyo objeto es “analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, conforme a la definición del artículo 2° del presente decreto, y las medidas propuestas para proteger su integridad” (artículo 1°).

El procedimiento definido para la consulta consta de varios pasos:

- i) Certificación de existencia de las comunidades negras o indígenas en el territorio de referencia, a cargo del Ministerio del Interior. **(4)**
- ii) Participación de las comunidades negras o indígenas en la elaboración de los estudios ambientales.
- iii) Citación a la reunión de consulta previa, que será presidida por la autoridad ambiental correspondiente.
- iv) Desarrollo de la reunión.
- v) Definición de acuerdo o desacuerdo en torno a la identificación de impactos y las medidas propuestas dentro del plan de manejo.
- vi) Información de la decisión.
- vii) Monitoreo de la decisión con participación de las comunidades concernidas.

En caso de no existir acuerdo, se da un plazo para la discusión del tema por parte de cada uno de los involucrados, luego del cual, de persistir el desacuerdo, se dará por terminada la reunión de consulta dejando en el acta constancia expresa de tal hecho y la autoridad ambiental competente decidirá sobre el particular en el acto que otorgue o niegue la licencia ambiental. La no asistencia de los representantes de las comunidades a la reunión significa que estas se encuentran de acuerdo con las medidas de prevención, corrección, mitigación, control o compensación de los impactos que se les pueda ocasionar.

Cuadro 1
MARCO NORMATIVO DE LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA

NORMA	CONTENIDO
Ley 21 de 1991, mediante la cual se aprueba el Convenio 169 de la OIT, que data de 1989 y versa sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.	<ul style="list-style-type: none"> ■ Se aprueba el Convenio 169 de 1989 y lo convierte en obligatorio para el país.
Constitución Política de 1991	<ul style="list-style-type: none"> ■ Uno de los fines esenciales del Estado es “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación” (artículo 2). ■ “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (artículo 7). ■ “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades” (artículo 330). ■ “Se reconoce a las comunidades negras la propiedad colectiva sobre las tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico que han venido ocupando, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción” (artículo transitorio 55).
Ley 70 de 1993, que desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política de Colombia.	<ul style="list-style-type: none"> ■ El Capítulo V reglamenta el uso de los recursos mineros en áreas otorgadas a las comunidades negras. ■ El artículo 27 otorga el derecho de prelación a estas comunidades “para que el Gobierno, a través del Ministerio de Minas y Energía, les otorgue licencia especial de exploración y explotación en zonas mineras de comunidades negras sobre los recursos naturales no renovables tradicionalmente aprovechados por tales comunidades”. ■ El artículo 44 establece que “como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socioeconómico y cultural que se realicen sobre los proyectos que se pretenda adelantar en las áreas a que se refiere esta ley”.
Ley 99 de 1993, que crea el Ministerio del Medio Ambiente, reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, organiza el Sistema Nacional Ambiental (SINA) y dicta otras disposiciones.	<ul style="list-style-type: none"> ■ Crea el Sistema Nacional Ambiental (SNA), entendido como “el conjunto de orientaciones, normas, actividades, recursos, programas e instituciones que permiten la puesta en marcha de los principios generales ambientales contenidos en la ley” (artículo 4). ■ Define la Licencia Ambiental como “la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada” (artículo 50). ■ Obliga a la realización de la consulta previa a las comunidades indígenas y negras como requisito para tomar decisiones sobre explotación de recursos naturales (artículo 76).
Decreto 1320 de 1998	<ul style="list-style-type: none"> ■ Reglamenta el procedimiento de la Consulta Previa para la explotación de recursos naturales. El objeto de la consulta es “analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, conforme a la definición del artículo 2° del presente decreto, y las medidas propuestas para proteger su integridad” (artículo 1°)

El debate

La inconformidad de las comunidades indígenas y afrodescendientes con el procedimiento y las críticas al Decreto 1320 formuladas por diversos analistas han generado un debate sobre el alcance del mecanismo y han planteado la necesidad de contar con normas que efectivamente garanticen la participación de las comunidades. Son varias las debilidades de la norma señaladas hasta ahora (Cfr. Rodríguez 2005 y 2009):

- El decreto fue expedido sin consulta previa sobre su contenido. Desde ese punto de vista, viola el Convenio 169 y la legislación colombiana.
- En ocasiones, el Ministerio del Medio Ambiente ha certificado que ciertos territorios no tienen presencia de comunidades indígenas o afrodescendientes, cuando esas comunidades habitan en ellos desde tiempos ancestrales.
- La información previa es muy precaria, pues el decreto no obliga a entregarla antes de la consulta, sino durante ella. Sin información, difícilmente puede adelantarse un diálogo entre los interesados y, mucho menos, llegar a acuerdos.
- El decreto no permite la incidencia de las comunidades en la decisión final. La consulta termina siendo un trámite formal, muy similar a cualquier audiencia pública, que busca simplemente darle viabilidad a los proyectos.
- Las comunidades indígenas y afrodescendientes tienen la percepción de que no son escuchadas por el gobierno ni por las empresas. Sus propuestas no han sido tenidas en cuenta.
- El procedimiento es cuestionable pues no respeta los tiempos con los cuales deben contar las comunidades para deliberar y

sacar sus propias conclusiones sobre los proyectos en cuestión. Una consulta no puede restringirse a una reunión. Ese es un proceso de diálogo intercultural que implica otras dinámicas y tiempos suficientes para la construcción de acuerdos.

- Según el Decreto, la consulta solo es viable en territorios debidamente titulados, lo que excluye otros que, aunque no tienen título, hacen parte de la colectividad de manera ancestral.
- El decreto no ha reconocido todos los sistemas de autoridad de las comunidades étnicas.

Estas críticas al Decreto 1320, sumadas a la autorización de proyectos de exploración o explotación de recursos naturales por parte de las autoridades correspondientes en territorios indígenas y de afrodescendientes sin surtir el requisito de consulta (Negrete 2012), han llevado a estas últimas a utilizar diversos recursos legales ante los tribunales de justicia para defender sus derechos. Ello ha obligado a la Corte Constitucional y al Consejo de Estado a sentar jurisprudencia sobre la norma, a fin de precisar su alcance y derivar de allí las medidas necesarias para proteger el derecho de las comunidades indígenas y de afrodescendientes a participar en los términos señalados por la Constitución Nacional.(5)

A través de esas sentencias se han sentado tesis muy importantes y se han tomado decisiones en favor de las comunidades, entre las cuales cabe citar tres de primera importancia.

En primer lugar, la recomendación de que “cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia, debe 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”.(6) La cuestión es si

la autoridad competente es árbitro neutral o parte interesada en el proyecto consultado. Las decisiones tomadas parecen señalar, en varios casos, la inclinación del gobierno a favorecer el interés de los inversionistas.

Un segundo elemento jurisprudencial es la recomendación hecha por la Corte Constitucional, a propósito del caso de la Represa de Urrá, a los ministerios del Interior y de Medio Ambiente de que no apliquen el Decreto 1320 para realizar la consulta previa, por ser contrario a los principios constitucionales: “Por estas razones, por las irregularidades que se han presentado en el reconocimiento de las autoridades Embera (asunto que considerará esta Sala en aparte posterior), y porque aún no se ha iniciado la concertación del régimen aplicable al área de superposición del Parque Nacional Natural del Paramillo y los actuales resguardos, la aplicación del Decreto 1320 de 1998 a este proceso de consulta resultaría a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991; por tanto, se ordenará a los ministerios del Interior y del Medio Ambiente que lo inapliquen”.

La Corte sugirió alternativamente varias medidas, a saber:

- i Respetar el término acordado para que los representantes de los indígenas y sus comunidades elaboren su propia lista de impactos del llenado y funcionamiento de la represa.
- ii Negociar un acuerdo sobre la prevención de impactos futuros; mitigación de los que ya se presentaron y los previsibles; compensación por la pérdida del uso y goce de parte de los terrenos de los actuales resguardos; participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales, y demás temas incluidos en la agenda de la consulta, en un término de tres meses.

iii Este término solo se podrá prorrogar, a petición del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, la firma propietaria del proyecto, la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría Agraria, hasta por un lapso razonable que en ningún caso podrá superar al doble del establecido.

iv Si en ese tiempo no es posible lograr un acuerdo o una concertación, aplicar la recomendación de la sentencia T-039 de 1997. **(7)**

Finalmente, la Corte, aceptando las tutelas interpuestas por comunidades específicas que han visto vulnerada su autonomía a través de títulos o licencias expedidas sin consulta previa, ha detenido proyectos de exploración y explotación hasta tanto no se surta el trámite correspondiente. Es el caso, por ejemplo, de las comunidades negras del municipio de Suárez (Cauca) que acudieron a la Corte Constitucional para que tutelara su derecho a la explotación de las minas en la Vereda La Toma e impidiera su desalojo del territorio y el inicio de un proyecto bajo licencia expedida a un particular por el Ministerio de Minas. La Corte, mediante la Sentencia T-1045A de 2010, aceptó tutelar el derecho de las comunidades a la consulta previa, ordenó al Ministerio del Interior impartir las instrucciones correspondientes al Coordinador del Grupo de Consulta Previa de ese ministerio para que realice, garantice y coordine la consulta, suspendió inmediatamente las actividades de explotación por parte de cualquier particular, ordenó al alcalde del municipio hacer cumplir las medidas de suspensión de la explotación, suspendió la licencia ambiental y de explotación hasta que no se realice la consulta previa y solicitó a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación vigilar el cumplimiento de tales medidas.

Los retos

Ante las críticas al Decreto 1320 de 1998 sobre consulta previa y la jurisprudencia que

ha venido elaborando la Corte Constitucional al respecto, no queda ninguna duda de que es preciso avanzar en el diseño de una nueva norma, que, además, deberá ser sometida a la consulta previa y estar a tono con los principios de la nueva Ley Estatutaria de Participación que discute actualmente el Congreso de la República. El Ministro del Interior acaba de anunciar que esa será una preocupación inmediata del gobierno.**(8)** De hecho, se sabe que existe ya un primer borrador de un proyecto de ley que se someterá próximamente a discusión de los sectores involucrados.

El informe sobre el derecho de las comunidades afrodescendientes a la consulta previa, elaborado en 2010 por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas contiene una serie de retos en esa materia que constituyen un buen referente para el diseño de la nueva norma. Entre ellos, abordar el debate en torno al desarrollo y al derecho al desarrollo propio de las comunidades afrocolombianas; la necesidad de fortalecer a las comunidades como sujetos de derechos específicos; definir instrumentos que permitan avanzar en acciones de etnodesarrollo y reglamentos que permitan mejorar los resultados del proceso de diálogo y concertación; incluir la perspectiva de género; fortalecer el papel del Estado como garante de derechos; desarrollar procedimientos respetuosos de los derechos y libertades fundamentales en los procesos de consulta

previa, libre e informada; convertir el proceso de consulta en un verdadero diálogo intercultural en condiciones de igualdad y equidad; y, finalmente, fortalecer la responsabilidad empresarial.

Un tema central es el alcance del mecanismo. Rodríguez (2009) propone pasar de un concepto de consulta previa a otro de consentimiento previo, libre e informado como figura que permitirá a las minorías étnicas ejercer plenamente su derecho a la autonomía y a la libre determinación.**(9)** Esta propuesta se inspira en la declaración de los pueblos indígenas de la ONU, que entiende la consulta previa no solo como un procedimiento jurídico, sino como un proceso colectivo de ejercicio de un derecho fundamental. Las palabras claves son deliberación y concertación. El mecanismo debe dejar de ser un requisito formal e involucrar a las partes interesadas para la construcción de consensos en torno a los impactos de la explotación de recursos naturales y a la forma de evitarlos, mitigarlos o compensarlos.

Esa figura supone cambios de conductas y de actitudes en el gobierno, en las empresas y en las propias comunidades interesadas. De manera que el diálogo se produzca y gire en torno a modelos de desarrollo y análisis del costo-beneficio de la explotación de los recursos naturales, siempre bajo un principio de bien común. Como se señaló en un principio, el debate sigue abierto.

- (1) Se agradece la colaboración de Laura Gaitán para la elaboración de este artículo.
- (2) Data aportada por Rodríguez (2009).
- (3) El Cuadro 1 presenta una síntesis de los componentes más relevantes del marco normativo de la consulta previa en Colombia.
- (4) Los territorios deben estar debidamente titulados para que el mecanismo de consulta sea aplicable.
- (5) Existe un buen número de sentencias de la Corte Constitucional y algunos conceptos del Consejo de Estado en respuesta a tutelas y a recursos interpuestos por indígenas y poblaciones afrodescendientes ante esas instancias. Pueden mencionarse las sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998, C-169 de 2001, C-891 de 2002, SU-383 de 2003, T-880 de 2006, C-030 de 2008, C-461 de 2008, T-154 de 2009, C-175 de 2009, C-615 de 2009, T-769 de 2009 y T-1045A de 2010, así como los conceptos 1708 de 2006, 1817 de 2007 y la súplica 673 de 1997 del Consejo de Estado.
- (6) Sentencia SU-037 de 1997.
- (7) Sentencia T-652 de 1998.
- (8) <http://www.mij.gov.co/Ministerio/NewsDetail/1558/1/Go>
[biernoanalizareglamentarlasconsultaspre-viasVargasLleras](#)
- (9) El gobierno nacional emitió la Directiva Presidencial 01 de 2010, mediante la cual la población amparada por el derecho a la consulta previa se amplía a raizales, palenqueros y pueblo Rom.

BIBLIOGRAFÍA

- MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, DIRECCIÓN DE ETNIAS
2010 *La consulta previa a grupos étnicos en Colombia*. Bogotá: Presentación Institucional.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN
2011 *Apuntes sobre la consulta previa con grupos étnicos (documento de trabajo interno)*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación y Dirección de Desarrollo Territorial Sostenible, Subdirección de Ordenamiento y Desarrollo Territorial.
- GONZÁLEZ, Ximena y Gloria CAÑAS
2011 “La consulta previa: el para qué y los riesgos”. En: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/2327-la-consulta-previa-el-para-que-y-los-riesgos-.html>. Bogotá: Razón Pública, 21 de agosto.
- OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS
2010 *El derecho de las comunidades afrocolombianas 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 en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- NEGRETE, Rodrigo
2012 “La consulta previa: en el filo de la navaja”. En: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/2770-la-consulta-previa-en-el-filo-de-la-navaja.html>. Bogotá: Razón Pública, 4 de marzo.
- RODRÍGUEZ, Gloria Amparo
2005 “La consulta previa a pueblos indígenas”. En: PARRA DUSSÁN, Carlos y Gloria Amparo RODRÍGUEZ, eds. *Comunidades étnicas en Colombia. Cultura y jurisprudencia*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- 2009 “El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia”. En: *El Otro Derecho* 40 (junio): 56-74. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

Consulta Previa en Ecuador

Un resumen de Eduardo Pichilingue (CDES) al documento de David Chávez⁽¹⁾

Introducción

El presente artículo trata de circunscribir la discusión sobre el alcance del reconocimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada. Más allá de las consecuencias que este pueda tener en el ámbito estrictamente normativo, se hace necesario contraponerlo con las condiciones concretas en que ese reconocimiento tiene lugar. Planteando los principios y criterios mínimos que este derecho implica, se define el horizonte de su pleno ejercicio en contraste con las experiencias prácticas que el país ha tenido sobre el tema en forma directa o indirecta.

¿Cuáles son las razones que explican esta situación? ¿Por qué los avances en el reconocimiento de los derechos constitucionales terminan tergiversando dicho reconocimiento en su aplicación práctica? Y, más concretamente, ¿a qué se debe que la consulta previa se convierta en una “declaración de principios” y no logre consolidarse como una política de Estado que se enmarca con el contenido esencial de este derecho? Se hace indispensable, pues, una aproximación más amplia al problema, porque, a saber, estas dificultades guardan relación con las causas profundas que han configurado una institucionalidad específica, propia del carácter colonial del Estado ecuatoriano. En la medida

en que el derecho a la consulta —y los derechos colectivos en general— pone en cuestión esa condición histórica del Estado, su pleno ejercicio es posible con el desmantelamiento de esa condición y, por lo tanto, la conformación de un Estado de nuevo tipo, el Estado plurinacional.

Es debido a dicho carácter que los límites en la aplicación, el incumplimiento y la permanente conflictividad están presentes. Algunos elementos acerca de la historia del carácter colonial de la legalidad y la institucionalidad en nuestras sociedades dan luces sobre la profundidad que tiene esa condición de colonialidad.

En 1513, con el fin de que Francisco Pizarro avance en la conquista del Tawantinsuyu, la corona española expidió un documento conocido históricamente como “el requerimiento”. Desde aquel entonces este documento fue leído a los pueblos indígenas antes de tomar sus tierras “en nombre de Dios y los Reyes”.

Luego vendrían reformas, nuevas leyes e incluso se dejaría de leer el Requerimiento. Se hablaría de respetar las tradiciones y formas de vida de los pueblos indígenas “en lo que no fueren contra nuestra Sagrada Religión” (Figueras Vallés 2007), es decir, se cambia la retórica

pero no se introduce ninguna diferencia; la retórica legalista tenía todas las características de una entelequia de blancos que arrasaban con cañones, encomiendas, mitas y epidemias a los pueblos que encontraban a su paso.

Al requerimiento le seguirían las denominadas “leyes de indios”, que eran la secuencia lógica; una vez tomadas las tierras en nombre de la corona, había que pasar a ordenar jurídica e institucionalmente las condiciones de explotación. Frente a la imposibilidad de reorganizar desde su propia visión la estructura económica y social de los pueblos, por una parte, y con el propósito de extraer la mayor cantidad posible de riquezas, por otra, los conquistadores tuvieron que recurrir a la forma fundamental de la organización política de dicho pueblos, esto es, la comunidad, para convertirla en instrumento de dominación y someter a los pobladores a una brutal explotación a través del trabajo forzado (mitas) y el pago de tributos.

La cuestión central de ese “orden inclusivo” emanado de la legalidad del Estado colonial estuvo relacionada con los principios y la forma de incorporación a ese Estado de las poblaciones explotadas. Es decir, la sanción de su condición de “inferioridad racial” y de sujetos de la explotación colonial.

Con el advenimiento de la Independencia de las colonias, esta situación no varió demasiado. Los nacientes Estados nacionales mantuvieron esa legalidad sustentada en la división estamental de nuestras sociedades en una “república de blancos” y otra “república de indios”. Entre las condiciones para ejercer los derechos de ciudadanía, la constitución ecuatoriana de 1830 establecía el estar casado, tener propiedades, ejercer actividades económicas “sin sujeción a otro como sirviente doméstico o jornalero” y saber leer y escribir. Evidentemente, quedaban fuera las poblaciones indígenas y afroecuatorianas, así como la mayoría de los blanco-mestizos. Además, el texto de aquella constitución trasluce una clara mirada

discriminatoria cuando, al señalar el tutelaje de la Iglesia sobre la población indígena, se refiere a ella como “clase inocente, abyecta y miserable”. Por lo demás, es muy importante señalar que la “misión civilizadora” sigue siendo uno de los *leit motiv* que anima la promulgación de normativa respecto de estas poblaciones explotadas, lo cual supone para ellas la renuncia a su cultura propia para acceder a la cultura hegemónica, o a sus derechos propios para adquirir otros. Todo esto, además, sin su consentimiento, como un proceso forzado. (Clavero 2008: 33)

En tal sentido, la perspectiva sobre el derecho a la consulta previa que intentamos rescatar consiste en que este derecho constituye, por un lado, un primer paso para saldar la deuda histórica en relación con estos pueblos y, por otro, constituye también un soporte que permite el ejercicio efectivo de los demás derechos colectivos. Este punto de partida ha sido advertido por el Relator Especial de Pueblos Indígenas, quien en relación al derecho a la consulta ha manifestado que:

[L]a elaboración de estos principios en los instrumentos y jurisprudencia internacionales responde a una historia en [la] que se ha negado repetidamente a los pueblos indígenas la participación en la toma de decisiones que les han afectado profundamente, muchas veces en detrimento de sus derechos humanos fundamentales y en ocasiones hasta de su propia supervivencia como pueblos. Los principios de consulta y consentimiento intentan revertir esta pauta histórica, para evitar en el futuro la imposición a los pueblos indígenas de nuevas condiciones de vida, de manera consonante con el derecho a la libre determinación. (Anaya 2010: § 34)

Habría que añadir que esa exclusión histórica en la toma de decisiones también muestra que los instrumentos y la jurisprudencia son poco eficaces si quedan encerradas en las formas institucionales que avalan la explotación, la marginación y la discriminación.

La Constitución y el derecho a la Consulta Previa

El derecho a la consulta previa, libre e informada fue reconocido en el Ecuador el 24 de abril de 1998 cuando el Congreso Nacional, mediante resolución legislativa publicada en el R.O. 304, aprobó el Convenio 169 de la OIT, el mismo que fue ratificado por el Presidente de la República mediante el Decreto Ejecutivo 1387 publicado en el R.O. 311 del 6 de mayo de 1998. Posteriormente, este derecho fue incluido en la Constitución de 1998 y ratificado en la del año 2008. La aprobación de la actual Constitución tiene como antecedente importante, en el marco del desarrollo internacional de los derechos colectivos, la promulgación en el 2007 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, la misma que profundiza en el contenido del Convenio 169 de la OIT de 1989.

Este proceso reviste una particular importancia. De una parte, porque recoge las demandas del movimiento indígena ecuatoriano respecto a este y otros derechos colectivos; de otra, porque incorpora el desarrollo que estos derechos habían adquirido en el ámbito internacional expresado en el mismo Convenio 169, que marcó un punto de inflexión en relación con la tendencia “asimilacionista” que había prevalecido hasta su promulgación.

El marco constitucional aprobado en 2008 incluye algunos avances en cuanto a la ampliación de derechos individuales y colectivos. Este principio de extensión permitió inclusive el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en el texto constitucional. Una primera lectura de estos avances en cuanto al derecho de consulta previa permite observar que la innovación fundamental tiene que ver con el reconocimiento del derecho a la consulta previa acerca de decisiones legislativas que puedan afectar a pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios. Por lo demás, se ratifica tanto el derecho de consulta previa frente a proyectos de explotación de recursos naturales no renovables en territorios de pueblos y nacionalidades, como el derecho de

consulta como derecho ambiental para toda la población, los cuales habían sido reconocidos en la Constitución anterior.

Los mecanismos de consulta y el incómodo consentimiento previo

El problema fundamental en cuanto al cumplimiento del derecho de consulta previa tiene que ver con el objetivo de la misma. En rigor, se trata de la finalidad de este derecho entendida como la consecución del consentimiento previo, libre e informado como se desprende del Convenio 169 y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas. Dicho de otro modo, la cuestión central es la determinación de si el pronunciamiento de las comunidades y los pueblos consultados tiene carácter vinculante para las instancias estatales.

La experiencia en el país permite distinguir dos modalidades subyacentes para la aplicación del derecho de consulta previa. Por una parte, es visto como proceso informativo y, en estricto sentido, de formalidad administrativa en cuanto las autoridades estatales asumen que la entrega de información del proyecto y los registros que avalen su recepción son suficientes para considerar como cumplido un proceso de consulta previa (postulado incluido en las disposiciones del TULAS que regulan la consulta ambiental). Por otra parte, existe otra modalidad que, sin perder un enfoque fuertemente informativo, pone cierto énfasis en el carácter consultivo. En el ámbito de los proyectos de explotación de recursos naturales no renovables, el alcance de esta condición se halla delimitado en el sentido de incorporar criterios de la comunidad respecto de los impactos ambientales que pueda generar un proyecto, los cuales podrían no incluirse si se justifican técnica y económicamente inviables según la normativa específica.

El enorme obstáculo de la exclusión

Otro factor que entorpece el respeto de los derechos es el carácter excluyente del

modelo económico y político afianzado por el neoliberalismo, que vuelve inviable el pleno ejercicio de derechos debido a que el Estado, supeditado enteramente a los intereses del capital, no tiene posibilidad alguna de cumplir con su papel de respetar, proteger y garantizar el ejercicio de los mismos. Por tanto, es muy difícil que estos se cumplan si la mayor parte de la población y los sectores más vulnerables se encuentran en condiciones de exclusión. Esta ausencia de una democracia real termina relativizando dramáticamente las posibilidades de ejercicio de derechos.

Para tener una idea de las condiciones de exclusión que afectan a pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianos, basta tener en consideración algunos indicadores que dan cuenta de aquellas con toda claridad. En términos generales, estas condiciones afectan a gran parte de la población, pero la “suma de discriminaciones” hace que entre estos pueblos y nacionalidades la severidad de aquellas sea mayor. Así, por ejemplo, la incidencia de pobreza por Necesidades Básicas Insatisfechas nacional se ubica en el 61,3%, pero entre la población autoidentificada como indígena alcanza el 89,9% y entre la que se define como afroecuatoriana llega al 70,3%, en tanto que, entre la autodefinida como blanca, es del 45%. Si se toma en cuenta la proporción de analfabetismo, se puede ver que el promedio nacional es del 9%, pero para la población autodefinida como indígena es del 28,2% y para la afroecuatoriana del 10,3%; mientras que para la que se identifica como blanca, es de apenas el 4,5%. Por otro lado, el promedio de población con instrucción superior a nivel nacional corresponde al 18,1%; este porcentaje desciende al 3,4% para la población indígena y al 11,7% para la afroecuatoriana; entre la población blanca, por el contrario, sube al 29,1% (SIISE 2010). En definitiva, con un modelo económico y político tan concentrador e inequitativo, unos se benefician mientras otros se perjudican. Una forma clásica para explicar el funcionamiento de la política.

La desigualdad que afecta a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas colocándolos en situación de exclusión está en la base de los incumplimientos del Estado en cuanto al derecho a la consulta previa. ¿Cómo se puede garantizar el principio de “buena fe” o el carácter “libre” de la consulta, si la situación de marginación de estos pueblos hace muy difícil contener la presión de los modelos asistencialistas utilizados por las empresas que promueven proyectos extractivos, si ante la ausencia del Estado estas comunidades encuentran como única posibilidad de cubrir sus necesidades básicas la aceptación de las ofertas de las empresas? ¿Cómo garantizar el cumplimiento de esos principios en la aprobación de leyes u otro tipo de medidas normativas, si las decisiones se toman a partir del control de un aparato estatal que no termina de romper su adhesión a esa estructura de poder y a las condiciones de exclusión que genera?

Aproximaciones políticas

El vacío político generado por la disociación entre el aparato institucional del Estado y la sociedad ha sido la forma en que las burguesías han resuelto el problema de la dominación, aunque eso haya supuesto permanentes renuncias de las distintas facciones en sus proyectos hegemónicos por su gigantesca distancia respecto de los contenidos históricos de lo que podría ser un proyecto nacional. Sin embargo, mientras los sectores hegemónicos renuncian a mirar los fundamentos de la historia del país, en el lado contrapuesto de la sociedad ecuatoriana, el de los sectores excluidos, han surgido las propuestas de construcción de ese proyecto nacional y democrático.

La expresión más reciente y poderosa de esa propuesta es la del Estado plurinacional planteada por el movimiento indígena. La profundidad del planteamiento radica en que la ausencia de un Estado-nación solo puede ser superada si se acepta que la “nación” está conformada por la riqueza de múltiples nacionalidades y, a partir

de allí, se construye un proyecto articulado a esa situación de variedad y diversidad. Se trata de transformar el Estado de modo que se supere aquella disociación, buscando enraizarlo en lo único que puede convertirlo en eje de un proceso de democratización económica y política de la sociedad: su anclaje en los sectores populares y el necesario desmantelamiento del modelo oligárquico de desarrollo de nuestro capitalismo.

En este contexto, el reconocimiento normativo de los derechos de los pueblos indígenas e incluso del carácter plurinacional del Estado no pueden considerarse transformaciones estructurales del sistema político y el aparato estatal como su núcleo sobredeterminante. Su inclusión en el aparataje normativo del Estado, si bien representa un avance importante, está inscripto en la dinámica propia de ese “sobredesarrollo” institucional que lo ha caracterizado históricamente, lo cual —por lo demás— explica la tendencia a su vaciamiento en las aplicaciones concretas que pueda tener. Ese reconocimiento solo puede ser visto como un punto de partida, como el horizonte al que se puede llegar solo mediante esa transformación radical del sistema político y del modelo económico. La problemática relacionada con la consulta previa representa un campo de disputa política en el que esa dinámica puede verse con notoria claridad.

En este sentido, es muy difícil afirmar que el actual gobierno haya llevado adelante un proceso que permita la superación de esa “paradoja estructural” de nuestra formación social. Aunque, evidentemente, el momento político se distancia significativamente de la estrategia neoliberal, el “encierro institucionalista” que ha caracterizado históricamente al Estado no solo parece mantenerse, sino también radicalizarse.

Es indudable que el gobierno de Correa llegó al poder con un proyecto antioligárquico, al menos en el discurso, y en ello no hay tanta novedad como el marketing oficial supone. Experiencias

anteriores como el gobierno de Rodríguez Lara o el de Jaime Roldós se sustentaron en un proyecto similar y plantearon argumentos muy semejantes. De igual modo, estos gobiernos no surgieron como producto de la iluminación de sus líderes, sino como respuesta a procesos de lucha social y resistencia. Es por ello que el actual gobierno es impensable sin el antecedente de la lucha social contra el neoliberalismo y el permanente sentido antioligárquico de la mayoría de la población. Así mismo, al igual que en aquellos procesos, este ha reproducido el “tradicional” comportamiento de las burguesías “nacionalistas”. Ante el riesgo de una radicalización del proceso al optar por sustentarlo en la base social popular, se prefiere negociar con las viejas burguesías (Cueva 1996; Moreano 1996), que, en el actual momento, son aquellas que consolidaron su poder durante la época neoliberal. Lógicamente, esto supone una radicalización de la negación institucionalista y tecnocrática de la dinámica social real y, en este último período, el enfrentamiento político abierto con las organizaciones sociales como el movimiento indígena.

Reflexiones finales

La situación actual sobre el cumplimiento del derecho de consulta previa pone en el centro de la discusión un asunto capital: cómo lograr, por un lado, que el alcance del marco constitucional sustentado en garantías amplias al ejercicio de derechos humanos a partir de su aplicación directa e inmediata y, por otro, el estatuto jerárquico más alto de los instrumentos internacionales de derechos humanos se viabilicen a partir de una estructura institucional que ha incorporado poco y mal la aplicación de este derecho, como lo demuestra el balance de la experiencia que ha tenido el país sobre el tema.

De este modo, un primer elemento a considerar es que la experiencia del Ecuador presenta dos dinámicas confrontadas. Por una parte, la permanente demanda por el cumplimiento del derecho a la consulta previa

por las organizaciones sociales representativas de pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianos; y, por otra, la tremendamente insuficiente respuesta del Estado al reconocer en el marco constitucional el derecho, pero bloquear y desvirtuar su cumplimiento en el ámbito normativo secundario y en la aplicación práctica del mismo.

Si bien desde 1998 en el Ecuador se reconocen los derechos a la consulta previa, libre e informada y a la consulta ambiental general como distintos, la normativa secundaria ha desarrollado exclusivamente este último y con mayor énfasis para actividades de extracción de recursos naturales no renovables, por lo que, frente a esta omisión legislativa, el Estado y las empresas delegatarias arbitrariamente han usado en la práctica este tipo de consulta cuando dichos proyectos afectan a tierras y territorios de pueblos indígenas.

La total ausencia de regulación normativa del derecho a consulta previa, la desordenada y restrictiva legislación sobre consulta ambiental, la gran conflictividad relacionada con el incumplimiento de este derecho y la discrecionalidad sobre la aplicabilidad del mismo son muestras claras de que el Estado ecuatoriano ha fracasado en dar cumplimiento al

derecho de consulta previa. Fracaso que seguirá prolongándose y agravándose si no se tiene en consideración que el problema de fondo radica en la inequidad generada por lo que algunos denominan la “colonialidad del poder”.

En otras palabras, es indispensable superar la visión institucionalista e inscribir a la problemática de la consulta a pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios en el campo de las transformaciones necesarias para la superación de la exclusión y con ello la modificación de las condiciones estructurales en las que se asienta el sistema de poder. Es fundamental tener en cuenta que el fracaso en el cumplimiento de los derechos colectivos es la expresión superficial de estos fenómenos. En este sentido, la relevancia del proyecto de construcción de un Estado plurinacional es un aspecto esencial.

Si los derechos de los pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios no son vistos desde esta perspectiva, lo más probable es que se replicará la legislación estamental, aquella que genera un tratamiento especial a partir de la “desigualdad natural”. Existe un gran peligro de que se siga repitiendo lo que se ha venido haciendo desde la época en que se leía “el requerimiento” a los pueblos indígenas conquistados.

Bibliografía

- ANAYA, J.
 2010 *Observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Naciones Unidas.
 2009a *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas de Chile*. Naciones Unidas.
 2009b *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Naciones Unidas.
 2004 *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford: Oxford University Press.

(1) Sociólogo de la Universidad Central del Ecuador, con amplia experiencia en temas sociales relacionados a la Amazonía. Actualmente es estudiante de Maestría de la Universidad Andina Simón Bolívar. Fue colaborador de CDES entre el 2010 y el 2011.

- CEDR
2008 Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el Art.9 de la Convención. Observaciones Finales. Ecuador. CEDR.
2003 Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el Art. 9 de la Convención. Observaciones Finales. Ecuador. CERD.
- CHÁVEZ, G.
2002 "Derechos indígenas y justicia constitucional". En: CHÁVEZ, G. *et al. Firmes en nuestro territorio. FIPSE vs. ARCO*. Quito: CDES / CONAIE, pp. 37-54.
- CLAVERO, B.
2008 *Biografía jurídica de América Latina: pueblos indígenas entre constituciones mestizas*. México: Siglo XXI. s. d. "Consulta y Consentimiento Previo Libre e Informado a la luz del derecho internacional de los Derechos Humanos". Recuperado el 22 de Noviembre de 2010, de http://www.copenoa.com.ar/IMG/pdf/sobre_consentimiento_previo_libre_e_informado_-_dr_bartolome_clavero.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
2007 *Sentencia del caso Saramaka vs. Surinam*. 28 de noviembre.
- CUEVA, A.
1996 "Ecuador de 1960 a 1979". En: AYALA MORA, E., ed. *Nueva Historia del Ecuador. Época Republicana V. El Ecuador en el último período*. Vol. 11. Quito: Corporación Editora Nacional, pp. 153-179.
- DPLF y OXFAM.
2011 *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Lima: DPLF / Oxfam.
- FIGUERAS VALLÉS, E.
2007 "Las contradicciones de la conquista española en América: el requerimiento y la evangelización en Castilla de Oro". En: NAVARRO ANTOLÍN, F., ed. *Orbis incognitus: avisos y legajos del Nuevo Mundo*. Huelva: Universidad de Huelva, pp. 375-383.
- GARCÍA, F. y M. SANDOVAL.
2007 *Los pueblos indígenas del Ecuador: derechos y bienestar. Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*. Quito: FLACSO-Sede Ecuador / OXFAM.
- GARZÓN, P.
2002 "La política petrolera frente al derecho de información, consulta y participación. El rol de las instituciones financieras internacionales". En: CHÁVEZ, G. *et al. Firmes en nuestro territorio. FIPSE vs. ARCO*. Quito: CDES/ CONAIE, pp. 69-79.
- GRIJALVA, A.
2009 "Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y corte constitucional". En: ANDRADE UBIDIA, S., ed. *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Quito: UASB / CEN.
- GUERRERO, A.
2000 "El proceso de identificación: sentido común ciudadano, ventriloquía y transcritura". En: GUERRERO, A., ed. *Etnicidades*. Quito: FLACSO-Sede Ecuador, pp. 9-56.
- GUILLAUME, F.
2003 *El precio del petróleo. Conflictos socio-ambientales y gobernabilidad en la Amazonía ecuatoriana*. Quito: FLACSO-Sede Ecuador / IFEA.
- GUTIÉRREZ RIVAS, R.
2008 "Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas en México: un primer acercamiento". En: FERRER, E. y A. ZALDÍVAR, eds. *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Vol. 8. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- LEVAGGI, A.
1993 "Los tratados entre la Corona y los indios, y el plan de conquista pacífica". En: *Revista Complutense de Historia de América* (19): 81-91.
- LÓPEZ, V.
2004 "Para entender el conflicto entre Srayaku, Estado y empresas operadoras del Bloque 23". En: FONTAINE, G., ed. *Petróleo y desarrollo sostenible 2. Las apuestas*. Quito: FLACSO-Sede Ecuador.
- MELO, M., ed.
2002 *Petróleo, ambiente y derechos en la Amazonía Centro Sur*. Quito: CDES / OPIP / IACYT-A.
- MELO, M.
2002 "El Caso del Bloque 24: Una lucha por la exigibilidad de los derechos indígenas en la selva Amazónica Ecuatoriana". En: MELO, M., ed. *Petróleo, ambiente y derechos en la Amazonía Centro Sur*. Quito: CDES / OPIP / Instituto Amazanga, pp. 60-69.
- MOREANO, A.
1998 "La nueva Constitución: neoliberalismo con rostro social". En: MOREANO, A., ed. *La Nueva Constitución. Escenarios, actores, derechos*. Quito: CIUDAD, pp. 9-18.
1996 "El sistema político en el Ecuador contemporáneo". En: AYALA MORA, E., ed. *Nueva historia del Ecuador. Época republicana V. El Ecuador en el último período*. Vol. 11. Quito: Corporación Editora Nacional, pp. 181-220.

NARVÁEZ, I.

1996 *Huarona vs. Maxus. Poder étnico vs. poder transnacional*. Quito: FESO.

OIT

2009 *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.

ORTÍZ, P.

2002 "Explotación petrolera y pueblos indígenas en el centro de la Amazonía ecuatoriana, provincia de Pastaza". En: MELO, M., ed. *Petróleo, ambiente y derechos en la Amazonía Centro Sur*. Quito: CDES / OPIP / Instituto Amazanga, pp. 18-43.

SÁNCHEZ BOTERO, E.

1998 *Justicia y pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

SIISE

2010 *Sistema integrado de indicadores sociales del Ecuador*. Quito: Ministerio de Coordinación de Desarrollo Social.

Zorrilla, M. G.

2006 "El acta de requerimiento y la guerra justa". En: *Revista del Notariado*.

PUNTO VISTA

Revista N° 3. Abril 2011



Dirección:

Calle León de la Fuente, 110,
Magdalena del Mar. Lima - Perú.

Teléfonos: 6138300

Telefax: 6138315

E-mail: rlie@desco.org.pe

Organizaciones miembro de RLIE: CEDLA (Bolivia),
Fundación Jubileo (Bolivia), IBASE (Brasil), TERRAM
(Chile), Foro Nacional por Colombia (Colombia), CDES
(Ecuador), Grupo FARO (Ecuador), FUNDAR (México),
Grupo Propuesta Ciudadana (Perú), DAR (Perú),
Cooperación (Perú), Dejusticia (Colombia).

Colaboradores: Renevue Watch Institute, 11.11.11,
Fundación MOTT.

Coordinador de RLIE:

Javier Azpur

Corrección de estilo:

Dany Cruz

Edición:

Carolina Vidal

Diseño:

Guillermo Valdizán

Diagramación:

Sonimágenes del Perú

Revista de la Red Latinoamericana
sobre Industrias Extractivas