Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA Y SUS DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES. UNA LECTURA DESDE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, LAS EMPRESAS Y EL ESTADO

Guillermo Padilla Rubiano

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA Y SUS DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES. UNA LECTURA DESDE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, LAS EMPRESAS Y EL ESTADO

Guillermo Padilla Rubiano

Resumen

El presente artículo trata sobre el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, sus antecedentes y desarrollo jurisprudencial con un enfoque particular en Colombia, a partir de lecturas desde sentencias de la CIDH, la Corte Constitucional de Colombia y otras de América Latina. Nuestra orientación va tanto en el sentido de identificar dificultades como aspectos positivos y potencialidades del ejercicio de este derecho, especialmente el despliegue de autoridad como expresión de la libre determinación a que tienen derecho los pueblos indígenas y afrodescendientes en el ejercicio de este derecho.

I. Introducción[1]

En las últimas décadas, se ha estado dando en América Latina un proceso de transformación del Estado que lo aleja del facilismo de estructuras importadas. De Estados de una sola cultura, idioma, religión, pueblo, pasamos a enfrentar el reto con las complicaciones propias del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Esto se da en el contexto global de una creciente demanda por recursos naturales y un incremento de la preocupación por el cambio climático y los conflictos de valores que se asocian a estos fenómenos. En este contexto, aparece el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado. En el presente artículo, procuraremos aportar elementos que contribuyan a identificar las distintas miradas confrontadas en la compleja trama de la aplicación de este derecho en América Latina, con particular énfasis en Colombia, procurando identificar y crear puentes de comunicación entre las diferentes perspectivas en juego: las de los pueblos indígenas, el Estado y la iniciativa privada.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, por una combinación de factores que incluye la resistencia y las luchas de diversos sectores sociales contra la injusticia implícita de su marginación y despojo, la conformación de nuevas miradas, desde teóricos de las ciencias sociales hasta la aparición de cuerpos legales internacionales promovidos por agencias de Naciones Unidas y otros

1 El presente trabajo es resultado de investigación de campo en Colombia de enero de 2011 a agosto de 2012 y forma parte de un proyecto comparativo adelantado en Colombia, México y Guatemala sobre consulta previa.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

organismos internacionales, comenzaron a mudar la dinámica y el tipo de relación de los Estados con grupos sociales histórica y estructuralmente subordinados, marginados y discriminados, como son las mujeres, los homosexuales y las llamadas comunidades étnicas.

En la actualidad, en razón tanto de la globalización, de la expansión del Estado neoliberal así como de las reacciones y resistencias que se están generando frente a la arremetida extractivista de proyectos, que afectan tanto a la naturaleza como a las poblaciones, se da un incremento en el interés desde diversos campos políticos y académicos en el estudio del derecho a la consulta previa. Este interés gira en torno, por un lado, a los cambios en la soberanía estatal en el nivel global y, por otro, a las reconstituciones de la relación Estado, nación, diversidad, legislación e instituciones internacionales y capital transnacional, dando lugar a debates desde la teoría jurídica, sociológica, antropológica y política con autores interesados en el tema y la región.

El derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas es uno de los derechos que han alcanzado en la actualidad mayor relevancia y desarrollo en relación con el tema de los derechos indígenas en el ámbito internacional. Este derecho en Colombia ha tenido un importante desarrollo, tanto desde estructuras político-administrativas como de las comunidades étnicas y, particularmente, en el nivel jurisprudencial.

Es importante remarcar que este derecho a la consulta y la obligación correlativa del Estado es un derecho en sí, pero también es un medio para la vigencia de otros derechos, como el derecho a la participación política; el derecho de preservar y fortalecer sus culturas, lenguas e instituciones; el derecho a mantener sus territorios; el derecho a la salud, a la educación y a su propio desarrollo, entre otros. Es también una forma de ejercer la libre determinación a la que tienen título, como lo dispone la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, entre otras disposiciones legales. La CIDH ha sentado diversos precedentes para definir los alcances del derecho a la consulta en casos específicos[2].

La democratización del Estado y de la sociedad, que prescriben varios cuerpos legales internacionales, tanto como la Constitución nacional, se encuentra correlacionada con un esfuerzo comunal e institucional de construcción histórica, durante el cual es indispensable que el ámbito de lo público y el sistema político estén abiertos al reconocimiento constante y progresivo de nuevos actores sociales. En consecuencia, una democracia, representativa y

2 Casos Saramaka vs. Surinam; Moiwana vs. Surinam; Yatama vs. Nicaragua; Myagna (Sumo) Awas Tiwni vs. Nicaragua, entre otros.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

participativa, guarda una correspondencia adecuada con las diversas fuerzas que conforman la sociedad y permite, a todas ellas, participar en la adopción de las decisiones que les conciernan. Ello es especialmente importante en un Estado Social de Derecho que pretende superar la concepción tradicional de la democracia, cuyo ejercicio en el mejor de los casos se limita a los tres minutos cada cuatro años, el tiempo que toma votar, para acoplarse mejor a la realidad e incluir dentro del debate público, en tanto sujetos activos, a los distintos grupos sociales, fomentando así su participación en los procesos de toma de decisiones a todo nivel, particularmente cuando esto atañe a sus derechos fundamentales. En el caso de pueblos indígenas esto se refiere a la autonomía, la tierra y la cultura.

II. La reconstitución del Estado en América Latina

Cuando nos planteamos el tema de la relación entre el Estado y la nación, ambos conceptos nos llevan inevitablemente a preguntarnos sobre el derecho, definido éste como el conjunto de principios y reglas, escritas o no, que sirven como medio de control de la vida social y como mecanismo que facilita la convivencia. Es en este sentido que adquiere vigencia la afirmación del jurista de la Roma antigua Ulpiano, cuando afirma: "Donde está la sociedad, está el derecho"[3].

Otra mirada señala el ejercicio de la violencia como partera de la historia[4] y el derecho como instrumento para consolidar la dominación que surge de ésta, en particular, para la apropiación y defensa de la propiedad individual, frente a lo que antes era de la comunidad[5].

Ivan Illich (1982) utiliza la palabra inglesa *commons* para referir aquello fuera de la posesión del individuo, pero sobre lo cual toda persona tenía un derecho reconocido de uso, reglamentado por el derecho consuetudinario, no para la producción de mercancías, sino para la subsistencia de sus congéneres[6].

Como señala Tomas Hobbes en el *Leviatán*: *"Pero ninguno de nosotros acusa por ello a la naturaleza del hombre. Los deseos, y otras pasiones del hombre, no son en sí mismos pecado. No lo son tampoco las acciones que proceden de estas pasiones, hasta que conocen una ley que las prohíbe. Ni puede hacerse ley alguna hasta que haya acordado la persona (o personas)*

3 Petite Eugéne. Tratado elemental de Derecho Romano. México, D. F.: Edinal Impresora, S. A., 1975, 19.

4 Marx, Karl. *El Capital*. T.1, Vol. 3. México: Siglo XXI, 2002, 940.

5 Aquí nos referimos al proceso histórico que Marx llama de "acumulación originaria" y que consiste en la separación entre el productor y los medios de producción que lo obligan a sobrevivir por medio de la venta de su fuerza de trabajo (Marx [1867]).

6 Esteva, Gustavo. "La insurrección en curso". Conferencia. México: Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM, 2010.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

que lo hará"[7]. Es en Europa durante lo que se conoce como la modernidad, cuyo punto de partida, según Quijano (1992), es 1492, cuando ocurren los cambios más importantes en el ordenamiento político que dan lugar a la aparición de lo que hoy entendemos como el Estado moderno, concebido como un territorio con fronteras determinadas, la existencia de un gobierno común y un sentimiento compartido de identificación cultural y nacional entre sus habitantes.

El Estado liberal que emerge de la revolución francesa surge como respuesta a las necesidades de la revolución industrial y a la nueva configuración de clase que comienza a darse en las naciones. Los planteamientos de ideólogos, como Rousseau, Montesquieu, Diderot, Voltaire, Smith, Ricardo, Malthus, Locke y Hobbes, entre otros, acuerpan y dan lugar a la aparición de un nuevo modelo de Estado: el Estado liberal-burgués.

Éste es el modelo que los padres fundadores de nuestros nacientes Estados independientes toman en cuenta para el continente latinoamericano, pero que no logran hacer corresponder con la realidad que nos habían dejado 300 años de vida colonial. Los Estados, capturados desde su origen por élites criollas, patriarcales, propietarias de tierras, esclavos e indios, mayoritariamente católicas y esencialmente europeas en cuanto a su formación e identificación cultural, dejaban por fuera de la retórica de la libertad, igualdad y ciudadanía a los indígenas, las mujeres y los afrodescendientes. Los años que tuvieron que pasar antes que esa retórica comenzara a tornarse en realidad dejan una herencia que ha dificultado la concreción del tipo de nación que necesitaba acompañar la consolidación del Estado.

En la medida que desde la antropología el Estado es definido como una formación cultural, los estudios sobre modernidad, subalternidad y post-colonialidad interrogan las maneras cómo se impone desde el Estado, por medio de sus acciones y silencios, un dominio que se torna hegemónico y que, a la par que promueve el individualismo, la competencia, el lucro y un consumo depredador, tiene graves implicaciones tanto para la sobrevivencia de la diversidad étnica y cultural como para la salud ecológica y ambiental del planeta[8].

Es de este contexto que en 1989 surge el Convenio 169, que aunque es perfectible, como toda obra, puntualiza respecto a temas sensibles y cruciales para estos pueblos. Mientras que el Convenio 107 partía de la idea de la inevitabilidad de la desaparición de las poblaciones indígenas

7 Hobbes, Thomas. *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México: Fondo de Cultura Económica, [1651] 2008. Cap. XIII.

8 Ver Dussel, Escobar, Quijano, Mignolo, Guha, Mohanti.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

y tribales en tanto se fueran integrando a las sociedades dominantes, el Convenio 169 acoge una actitud de respeto y valoración por la diversidad de culturas y formas de vida de los pueblos, reconociendo sus derechos colectivos; incluyendo los derechos a la propiedad sobre tierras poseídas tradicionalmente, el ser consultados como colectividades sociales por medio de sus propias instituciones representativas y el derecho colectivo a su costumbre[9], subrayándose su derecho inalienable a una existencia perdurable, libre determinación y a un desarrollo definido por los mismos pueblos.

Es así como en el Convenio 169 aparece por primera vez el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, lo que constituye parte esencial de un nuevo paradigma en las relaciones con los pueblos indígenas. De esta forma, estos pueblos pasan de ser objetos de las políticas públicas y proyectos de desarrollo a ser sujetos activos de consulta y cuya opinión debe ser tomada en cuenta, con diferentes niveles de obligatoriedad, según la materia de la consulta que los pueda afectar[10]. Este derecho reconoce la existencia de otros saberes, valida la expresión de otros conocimientos invisibilizados durante siglos, lo que en estos momentos se traduce en la capacidad de contribuir a la búsqueda de un balance entre la demanda en los mercados por recursos naturales y la protección ecológica, ambiental y cultural del planeta.

Sin embargo, y por otra parte, el derecho a la consulta previa aparece en el contexto de políticas neoliberales que menguan el poder del Estado y que pretenden con este derecho generar espacios donde los pueblos indígenas y empresarios inversionistas se puedan sentar en una mesa de negociación, haciendo caso omiso de la asimetría que existe entre unos y otros. Basta imaginar estos espacios considerando las diferencias respecto a la disponibilidad de equipos legales, acceso a la información, recursos financieros y las relaciones con los poderes locales, nacionales e internacionales, entre otros. Esta situación se agrava ante la presencia disminuida del Estado e, incluso, algunas veces, su ausencia en estos espacios de negociación. Con la concepción y práctica de estos espacios, se produce un desplazamiento de la concertación -que caracterizó las relaciones sociales en las décadas anteriores- a la transacción como la norma en la actualidad[11], pretendiendo normativizar la razón "precio" detrás de cada relación, derecho o negociación.

9 Anaya, James. "Los derechos de los pueblos indígenas". En Berraondo, Mikel (coord.) *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto (instituto de Derechos Humanos), 2006,9.

10 Rodríguez Garavito y Meghan Morris (dirs). *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2010.

11 Escobar, Arturo. *El final del salvaje*. Bogotá: CEREC-ICANH, 1999.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Son cuatro las características fundamentales que creemos determinan el contexto en el que se generan estos cambios de rumbo en las políticas de intervención respecto a derechos de los pueblos indígenas: 1) América Latina atraviesa en estos momentos por una arremetida del capital transnacional que busca concesiones para explotaciones e industrias extractivas, construcción de hidroeléctricas, explotación de otros recursos naturales y varios tipos de megaproyectos que afectan tierras y territorios de pueblos indígenas y tribales[12]. 2) La segunda característica tiene que ver con el incremento de una preocupación global por el cambio climático y la crisis ecológica, en general, misma que ha llevado a impulsar políticas y programas tipo UN-REDD[13] y otras iniciativas orientadas hacia la conservación de la biodiversidad y protección de la diversidad étnica y cultural. 3) Estamos frente al reconocimiento internacional, expansión y apropiación de un contexto legal que marca un nuevo paradigma en la relación entre los Estados y los llamados grupos étnicos[14]. 4) Se observa un incremento de organizaciones indígenas y negras, tanto en el modelo de organizaciones no gubernamentales, como de orden más orgánico y tradicional, incrementando su visibilidad, movilización política e incidencia frente al Estado[15].

El contexto en el que ocurren estas reformas es la propagación del modelo neoliberal en cuya agenda se incluyen principios que coinciden hasta cierto punto con las demandas de estos sectores excluidos, y la ampliación de la ciudadanía a aquellos sectores sociales históricamente discriminados. Todos son bienvenidos al mercado: mujeres, indígenas, afrodescendientes, homosexuales, etc. En tanto que así es definida la ciudadanía por el neoliberalismo, en términos de acceso al mercado con énfasis en elementos más pragmáticos que doctrinarios[16], el Estado neoliberal plantea varias diferencias respecto al modelo anterior del Estado liberal-capitalista. Una diferencia importante es la redistribución de la responsabilidad y el riesgo, dando fin al Estado de bienestar: los servicios de salud, educación, comunicaciones, etc. se privatizan y se convierten en fuente de ganancia

12 Ver: Harvey, David. *The New Imperialism*. Nueva York: Oxford University Press, 2003 y Harvey, David. *La condición de la posmodernidad.* Capítulo III. La experiencia del espacio y tiempo. Buenos Aires: Amorrortu, 2008.

13 UN-REDD pretende incidir en los efectos dañinos de la humanidad sobre la naturaleza, atribuyendo a los bosques un valor monetario basado en su capacidad de almacenar carbono y conseguir así la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero.

14 Escobar, Arturo. Op. cit.

15 Ver: Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC). "Violaciones graves a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario perpetradas en contra de los pueblos indígenas en Colombia". Publicaciones. Boletín. Enero-octubre, 2011 y Grueso, Libia; Carlos Rosero y Arturo Escobar. "The social movement of black communities in the southern Pacific coast of Colombia". En: Sonia Álvarez, Evelina Dagnino y Arturo Escobar (eds). *Culture of Politics and Politics of Culture: Revisioning Latin America Social Movements*. Boulder; Westview Press, 1998, 196-219.

16 Ong, Aihwa. *Neoliberalism as exception: mutations in citizenship and sovereignty*. Duke University Press, 2006.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

privada. Incluso las guerras se convierten en negocios, vitrina de nueva tecnología armamentista para el mercado de armas y espectáculo de consumo mediático.

En la ideología neoliberal, el Estado se desprende de un fin común moral para tomar una opción primordial por los negocios; transfiere su papel de planificador al mercado; se incrementa el énfasis en la descentralización y la regionalización y se genera una descentralización fiscal y administrativa dentro de los Estados- naciones[17]. Todo ello va acompañado de una exaltación de la figura de la fiscalización/participación como un tipo de perfil que "otorga" poder al ciudadano frente a la disminución de la centralidad del Estado[18]. También hay un énfasis en la normatividad como eje del gobierno, pero con mayores exigencias para el ciudadano de a pie que para el aparato estatal, dado que éste último funciona sobre la base de la excepcionalidad, haciendo que la transparencia que proclama este modelo sea también en gran parte retórica e ilusoria.

En esta coyuntura comienzan a surgir en toda la región de América Latina reformas constitucionales que definen a las naciones como multiétnicas, pluriculturales y multilingües. En las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), por ejemplo, se redefine el Estado como plurinacional y aparecen en los textos constitucionales nuevas narrativas que retan lo que hasta ese momento era monopolio de sistemas de representación jurídica y constitucional de tipo occidental. Asimismo, se trasladan a los pueblos indígenas algunas funciones que antes eran responsabilidad estatal; aparece una creciente descentralización que funciona a favor del papel de los pueblos indígenas frente a la justicia, educación, salud y, hasta cierto punto, administración de sus territorios, acompañada de un incremento en la capacidad de incidencia frente al Estado y en la conformación y proyección de movilizaciones y acción política frente a la defensa de lo local, su tierra y la naturaleza.

El caso colombiano es un buen ejemplo del efecto de este nuevo marco que emerge del bloque constitucional. Con la aparición en la Constitución Política de 1991, se crearon nuevos espacios de participación para indígenas y afrocolombianos, en varios niveles de la organización administrativa y política del Estado[19]. Las circunscripciones electorales especiales les garantizan cupos en las corporaciones públicas nacionales y se da una expansión de derechos a estos sectores de la población en una diversidad de

17 Harvey, David. *The Crises of Capitalism* Lecture given at the RSA. Londres, 2010.
18 Poole y Das. Anthropology in the Margins of the State. New Delhi: Oxford University Press, 2004.
19 Grueso y otros, op. cit.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

materias. Un efecto visible de esto es un nuevo tipo de ciudadano cada vez más reglado por normas. En foros internacionales sobre temas de derechos indígenas y afrodescendientes, llama la atención el énfasis en la cita de leyes y un lenguaje poblado de tecnicismos jurídicos en las intervenciones de los representantes colombianos. La aparición en el marco legal colombiano de derechos y garantías ha generado un nuevo modelo de ciudadano que toma conciencia de que el Estado y las políticas públicas son asuntos de su incumbencia y que su participación puede hacer una diferencia[20].

Esta transformación de la forma como el Estado es concebido y el nuevo tipo de relación con los distintos sectores sociales que constituyen la nación, hace que aparezca la necesidad de una nueva institucionalidad, el establecimiento de puentes entre realidades diversas y disciplinas que faciliten el abordaje hacia una nueva configuración del Estado. Es aquí donde aparecen conceptos como el etno-desarrollo, la etno-educación, el pluralismo jurídico, el peritaje antropológico y la consulta y el consentimiento previo, entre otros. Pero esta es sólo una cara de la moneda: la otra de la violencia, el conflicto armado, la arremetida extractivista y la débil presencia del Estado en escenarios claves lleva a la conclusión de la Relatoría de Pueblos Indígenas de la Organización de Naciones Unidas (ONU), en sus informes de 2004 y 2010, según la cual el 65% de los pueblos indígenas del país se encuentra amenazado de desaparición. Según cifras del Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, citadas por la oficina de la ONU, en Colombia se cometieron 94 asesinatos de indígenas entre enero y octubre del 2009.

En los diagnósticos hechos por la Corte Constitucional de Colombia (CCC) en el 2009 y 2010, se declara que al menos 35 grupos indígenas se encuentran en inminente peligro de extinción a causa del conflicto armado y el desplazamiento que afectan sus territorios[21]. Algunos se encuentran en situaciones más críticas que los demás. La protección a estas comunidades vulnerables, presente en la legislación y la constitución colombiana, obliga al Estado a garantizar su sobrevivencia y, en este sentido, se orientan los autos de la CCC, que constituyen un ejemplo admirable de activismo judicial.

III. Colombia, la búsqueda de un nuevo consenso social

La importancia del derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado se observa no sólo como un acto de justicia para poblaciones

20 Padilla, Guillermo. "El principio de legalidad y el debido proceso en contextos de interculturalidad". En: *Manual para jueces y funcionarios judiciales sobre pluralismo jurídico*. México: Fundación Konrad Adenauer, 2012.

21 Auto 004, de 2009, y Auto 382, de 2010.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

que han y siguen padeciendo todo tipo de violencia, despojo, explotaciones, discriminaciones, sino también desde el punto de vista de la validación de saberes, la verificación sobre el terreno de lo que algunos autores[22] describen como conocimientos indígenas ligados al lugar. A lo largo de cientos, hasta miles de años, estos pueblos han generado saberes y prácticas que exaltan la relación sagrada de los humanos con la naturaleza, lo que tiene implicaciones ecológicas fundamentales, en particular en este momento con la grave crisis ambiental y el cambio climático que se vive en la actualidad. Profundizar sobre esta aproximación es vital en la presente expansión del capitalismo que subraya el lucro como la razón superior; la consulta abre una ventana donde estas voces pueden ser escuchadas y tenidas en cuenta al momento de tomar una decisión. Corroborar este aspecto sobre el terreno ha sido algo fundamental del trabajo etnográfico que adelantamos en la investigación comparativa[23].

Otro aspecto esencial del trabajo etnográfico ha sido verificar sobre el terreno el grado de correlación entre el papel de los actores locales, en particular las autoridades ancestrales e intelectuales (orgánicos y públicos), con los cuerpos legales de origen internacional y sus efectos. El caso que estudiamos con el pueblo arhuaco de la Sierra Nevada de Santa Marta, ilustra la apelación directa de las comunidades a esos cuerpos legales internacionales en la aplicación propia de mecanismos de defensa como son las consultas. En Colombia, con las reivindicaciones de sus derechos específicos[24], los movimientos indígenas han contribuido a desarrollar el nuevo marco constitucional y legal internacional que reconoce los derechos indígenas, incluyendo la defensa de sus territorios no sólo como base de su subsistencia, sino también por su carácter de espacio cultural y sagrado.

La CIDH, en la sentencia de Sarayaku[25], de junio del 2012, establece respecto a la obligación de los Estados de respetar el derecho a la consulta:

> *"La obligación de consultar a las comunidades y pueblos indígenas y tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, están en relación*

22 Ver: Grueso y otros, op. Cit. y Tilley, Tilley, C. *A Phenomenology of Landscape: Places, Paths and Monuments*. Oxford: Berg, 1994.
23 Padilla, Guillermo. *Consulta previa, autonomía y legislación internacional*. Oaxaca: CIESAS, 2010.
24 ONIC, 2011, op. cit.
25 CIDH. *Pueblo indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012 (fondo y reparaciones).

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

> *directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos*[26].
>
> *Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo, efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia*[27]*."*

De este modo, los Estados están obligados a incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, bien sea por medio de la vía legislativa, como se hizo en Perú, con la aprobación de la primera ley de implementación de la consulta aprobada en América Latina[28], o por la vía jurisprudencial, que ha sido el mecanismo implementado en Colombia donde la Corte Constitucional ha venido abordando el análisis de casos que acuerpan ya un bagaje jurisprudencial importante en este campo. La extensión de la práctica de este derecho, al tiempo que permite visualizar las dificultades que su implementación plantea, ha comenzado a generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.

La CCC, en la sentencia del 3 de marzo del 2011, ha puntualizado que el interés en el respeto a la naturaleza no es el monopolio del Estado, sino el derecho y la obligación de todos: "*La tarea de avanzar hacia un modelo de*

26 Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 166, y *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. *Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párrafo 47.

27 En ese sentido, el artículo 6.1 del Convenio Nº 169 de la OIT dispone que *"[a]l aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [y] b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, […] a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan"*. Del mismo modo, el artículo 36.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas establece que *"los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de este derecho"*. Por otro lado, el artículo 38 del mismo instrumento dispone que *"[l]os Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la […] Declaración"*.

28 Perú. *Ley Nº 29785*, aprobada el 23 de agosto del 2011.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

desarrollo que garantice la vida y protección de la naturaleza es de todos y no prerrogativa de los Estados, (…) el derecho a un medio ambiente sano es a la vez un deber que involucra a toda la humanidad". Al respecto, el profesor Martín Mateo comentó que:"*Sólo puede salvar a la humanidad y al planeta la sincronización de sus mutuas exigencias*[29]".

En su sentencia C-169/01, la CCC afirmó: "*Ya ha dicho la Corte que el pluralismo establece las condiciones para que los contenidos axiológicos de la democracia constitucional tengan lugar y fundamento democrático. Dicho sintéticamente, la opción popular y libre por los mejores valores está justificada formalmente por la posibilidad de escoger sin restricción otros valores, y materialmente por la realidad de una ética superior*"[30].

La CIDH, al igual que otras del continente, en particular la CCC, cuestiona en alguna medida el modelo hegemónico de desarrollo, en su afectación a los derechos humanos: "*El riesgo al cual nos enfrentamos no es propiamente el de la destrucción del planeta, sino el de la vida como la conocemos. El planeta vivirá con esta o con otra biósfera dentro del pequeño paréntesis biológico que representa la vida humana en su existencia de millones de años, mientras que con nuestra estulticia sí se destruye la biosfera que ha permitido nacer y desarrollarse a nuestra especie, estamos condenándonos a la pérdida de nuestra calidad de vida, la de nuestros descendientes y eventualmente a la desaparición de la especie humana*"[31].

Es relevante anotar que, según lo ha dicho en sentencia la CIDH[32], resoluciones y sentencias de cortes superiores de justicia de países latinoamericanos, como en este caso de Colombia, constituyen una referencia de interpretación para otros países, en tanto desarrollan un marco que facilita la lectura de principios y normas.

La jurisprudencia colombiana dice que existe el deber de realizar la consulta de una medida legislativa cuando sea susceptible de generar afectación directa en pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes; y hay afectación directa cuando la ley modifique o altere el estatus de una persona o comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes o, por el contrario, le confiere beneficios. La Corte señala que puede haber afectación directa cuando "l*a materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos, entre ellos, el derecho de decidir las prioridades en su proceso*

29 Sentencia T-129-2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 3/3/2011, 78.
30 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-089/94.
31 Sentencia C-339 de 2002.
32 Ver CIDH. *Tiu Tojin vs Guatemala*. Párrafo 87.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

de desarrollo, de preservar su cultura y la relación especial y colectiva con el territorio"[33].

IV. Consulta y consentimiento, retos y desarrollos

Se requiere consentimiento 1) cuando el proyecto implique traslado de los pueblos indígenas de sus tierras tradicionales[34]; 2) cuando el proyecto implique el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios[35]; 3) cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que pudieran tener un impacto mayor en los territorios indígenas[36]; y 4) cuando se trate de actividades de extracción de recursos naturales en territorios indígenas que tengan impactos sociales, culturales y ambientales significativos[37]. Por impactos significativos, debemos entender: cuando dichas actividades de extracción de recursos amenacen u ocasionen a) la pérdida de territorios y tierra tradicional; b) el desalojo; c) la migración; d) el posible reasentamiento; e) el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural; f) la destrucción y contaminación del ambiente tradicional; g) la desorganización social y comunitaria; h) negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración; i) el abuso y la violencia.

La CCC, en sentencia de tutela del 2011[38], establece criterios aún más garantistas que contribuyen a esclarecer y determinar la prevalencia del consentimiento en el ejercicio de consulta; de esta forma, señala:

> *"Subyace la necesidad de responder la pregunta relativa a si el consentimiento sólo se debe buscar en los casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala[39]. Para la Sala, la respuesta es negativa. Conforme a esta providencia, toda medida administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la potencialidad de afectar territorios*

33 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-030 de 2008.
34 Naciones Unidas. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas*. New York, 2007. (artículo 10).
35 Ibídem, artículo 29.2.
36 CIDH, *Caso Saramaka vs Surinam*, párrafo 133.
37 Anaya, James. *Informe de su visita a Guatemala como Relator Especial de Pueblos Indígenas de la ONU*. 2010.
38 Sentencia T-129-2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 3/3/2011.
39 La CCC alude a la Sentencia T-769 del 2009, donde se afirmaba que *"… cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea..."*.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

indígenas o étnicos deberá agotar no sólo el trámite de la consulta previa desde el inicio, sino que se orientará bajo el principio de participación y reconocimiento en un proceso de diálogo entre iguales que tendrá como fin el consentimiento, previo, libre e informado de las comunidades étnicas implicadas[40] *(subrayados fuera del texto original)".*

En consideración a la ampliación que la CCC ha hecho en su interpretación sobre la prevalencia del consentimiento sobre la consulta cuando se prevean afectaciones a las tierras y territorios de indígenas, un primer interrogante que surge es cómo esto podría involucrar en la práctica el poder de veto de las comunidades sobre proyectos donde consideren que las amenazas son mayores que los beneficios. La Corte explica las dos vertientes que se han venido desarrollando desde el punto de vista normativo y jurisprudencial: una es la interpretación de la consulta con poder de veto, si no hay consentimiento, la que según la Corte estaría dentro de los términos de la Convención, pero que genera varios tipos de resistencias. La otra es la consulta previa entendida sólo como información, que no estaría conforme con la Convención, pero que es la que con más frecuencia se invoca para aparentar un cumplimiento de dicho instrumento[41]. Conforme a lo expuesto, para la Corte, el criterio que permite conciliar estas posiciones está en directa relación con el grado de afectación a la comunidad, eventos específicos en los que la consulta y el consentimiento pueden incluso llegar a determinar la medida menos lesiva, como medida de protección de las comunidades.

En relación con la primer vertiente, es decir, la que acepta la imposibilidad de llevar a cabo la obra por rechazo de la comunidad, la CCC sugiere mirar más allá del veto y considerarlo como una experiencia de ejercicio de formación de cultura democrática: "*…la Corte resalta la necesidad de que la discusión no sea planteada en términos de quién veta a quién, sino que ante todo se trata de un espacio de disertación entre iguales en medio de las diferencias, (es una) oportunidad para que los organismos estatales y concesionarios del Estado puedan explicar de forma concreta y transparente cuáles son los propósitos de la obra y la comunidad pueda exponer cuáles son sus necesidades y puntos de vista frente a la misma*". Por ello, el proceso, en el que participe la comunidad y la contraparte bajo el monitoreo del Estado, deberá efectuarse desde "*la etapa de estudios de factibilidad o planeación y no al final, en el momento previo a la ejecución, ya que este tipo de práctica desconoce y vulnera los tiempos propios de las comunidades étnicas, situando el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento en un obstáculo y no*

40 Sentencia T-129-2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 3/3/2011.
41 Sentencia T-129-2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 3/3/2011, 74.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

en la oportunidad de desarrollar un diálogo entre iguales en el que se respete el pensamiento del otro, incluido el de los empresarios"[42].

Con la promulgación, en 2007, por parte de la ONU de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que reconoce su derecho a la libre determinación y a la autonomía, queda superado el punto que había sido cuestionado por muchos indígenas, respecto a la advertencia en el artículo 1, numeral 3, del Convenio 169 sobre que la utilización del término "pueblos" no deberá interpretarse en el sentido que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional; de acuerdo con ello, en la legislación internacional habría pueblos con derechos amplios y pueblos indígenas con derechos limitados. Con la Declaración, se logra un avance al respecto: "*Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud a ese derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural*" (artículo 3). Y "*los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas*" (artículo 4).

La consulta, en el marco de la libre determinación de que gozan los pueblos indígenas, es un derecho, no una obligación. El Estado no puede imponer la consulta al pueblo indígena si el pueblo con el que quiere consultar manifiesta que no dará su consentimiento y que no considera procedente entrar en un procedimiento para alcanzar un acuerdo. La consulta, después de esta precisión en la Declaración, es complementaria a la autonomía, pero no la sustituye. Lo que procede, entonces, es suspender cualquier proyecto de consulta hasta que el pueblo indígena esté en condiciones de tomarlo en consideración, mediante la reconstitución y capacitación para el ejercicio de la libre determinación en términos de autonomía o libre determinación. En casos de una respuesta negativa de un pueblo indígena a una iniciativa que considera que lo lesiona gravemente, lo que se ejerce es el derecho a la libre determinación y no, como se pretende llamar, alguna forma de derecho de veto.

Afirma la CCC que el ritual de la consulta previa y el consentimiento no son las únicas garantías que deben prestar el Estado y los concesionarios

42 Sentencia T-129-2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 3/3/2011. De esta sentencia, extraemos la siguiente cita: *"El antropólogo Roberto Pineda nos recuerda que la palabra 'consulta' puede ser una cosa u otra, dependiendo de quién lo interprete (Pineda, 2002). Puede significar tener en cuenta el punto de vista del otro, pero conservando la potestad de decidir. Pero también hay quienes creen que significa acordar, concertar y hasta otorgar o reconocer al consultado la capacidad de decidir; sin embargo, otros consideran que puede asimilarse a informar".*

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

al momento de considerar los planes de "infraestructura o desarrollo". Al promover la participación indígena, lo que se debe buscar es que en el proceso de negociación, además de escuchar e incorporar su opinión, preocupaciones y objeciones, las empresas y concesionarias busquen la manera de compartir de forma razonable los beneficios del proyecto con el pueblo o comunidad étnica que sea directamente afectada.

La CCC, en esta sentencia, está señalando a los empresarios e inversionistas que la mejor manera de avanzar hacia un consentimiento con las comunidades afectadas es negociando con ellas, que la vieja forma de decisiones unilaterales y autoritarias es generadora de conflictos, choques, bloqueos, denuncias, interposición de recursos, amparos, etc., con lo que se incrementan considerablemente los gastos y, muchas veces, impiden, por fuera de argumentos puestos en debate, la realización de los proyectos originalmente planteados. En este proceso, la CCC recomienda la fórmula de la "*participación razonable en los beneficios derivados de cualquier explotación en sus territorios*"[43].

Pero lo que está de por medio no es sólo la expectativa de la comunidad afectada de recibir algunos beneficios de tipo económico o de servicios por el desarrollo de un proyecto de explotación de recursos naturales o de otro orden, tales como carreteras, hidroeléctricas, etc., sino la posibilidad de incluir dentro del proceso del análisis global de la iniciativa, los puntos, objeciones, preocupaciones de quienes necesariamente tienen otra visión, pues lo que está en juego y se argumenta es la viabilidad de su existencia misma, la vigencia de su derecho a "*un presente y futuro de un pueblo, de un grupo humano que tiene derecho a auto-determinarse y defender su existencia física y cultural*"[44].

Una de las rupturas fundamentales que el ejercicio de la consulta plantea, respecto a lo que fue usual en el pasado, es la eliminación de prejuicios sobre la supuesta superioridad de valores vinculados con la concepción hegemónica de progreso o desarrollo, usualmente asociada a grandes movimientos de capital. Una obra de infraestructura o de explotación extractiva de recursos, por cuantiosa que sea, no implica que sea jerárquicamente superior al imperativo estatal de protección de derechos culturales o formas de vida de pueblos indígenas o grupos étnicos o tribales. "*No se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación y viceversa. En virtud de ello, en casos excepcionales o límite, los organismos del Estado y de forma residual el juez constitucional, si los elementos probatorios y*

43 Sentencia T-129-2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 3/3/2011, 78.
44 Ibid, 79.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

de juicio indican la necesidad de que el consentimiento de las comunidades pueda determinar la alternativa menos lesiva, así deberá ser"[45].

En esta sentencia, la CCC opta porque la voz indígena sea tomada seriamente en cuenta; llega a ello a partir de considerar el nivel de deterioro del planeta y el hecho que las culturas indígenas han probado suficientemente el impacto favorable que culturalmente significa poseer una imagen sacralizada y más respetuosa en su relación con la naturaleza. La Corte obliga a incorporar esta percepción entre las variables que deben ser tomadas en cuenta antes de decidir sobre la viabilidad de un proyecto. La relación humana con el medio ambiente no puede continuar siendo tan cerrilmente antropocentrista, argumenta la Corte: "*... dicho esquema de correlación es el germen de la autodestrucción; por tanto, se torna inaplazable y necesario entender que todo está holísticamente enlazado y que la protección va más allá de la mera normativa y su cumplimiento, puesto que lo que está en juego no es sólo la subsistencia de la especie humana, sino la vida como un todo*"[46].

Ahora, ¿qué sucede si la oposición de la comunidad, dada la magnitud del impacto, es irrenunciable y la alternativa menos lesiva resulte ser que ésta no se lleve a cabo? Frente a este supuesto, la Corte ha destacado que "*(en caso que) resulte probado que todas (las alternativas) son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento del grupo, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine*"[47]. Es decir, la aplicación de los principios legales y normas que sean más pertinentes para la protección del la dignidad humana, los derechos humanos y los derechos fundamentales reconocidos y protegidos en la Constitución y tratados y convenios internacionales.

V. La consulta, las empresas y el papel del Estado

La brecha entre los enunciados teóricos con la práctica se ensancha en vez de acortarse. Con mucha frecuencia, son las empresas las que toman la iniciativa, tienen el interés, los recursos y no escatiman esfuerzos para avanzar muchas veces por medio de procedimientos que no son totalmente compatibles con los marcos legales. La participación del Estado, en el contexto neoliberal actual, está disminuida frente a la fortaleza de empresas que cuentan con excelente infraestructura, medios de transporte y recursos técnicos para avanzar en sus agendas de despejar el camino para las obras en las que tienen interés.

45 Ibíd., 76.

46 Para mayor información relacionada con la Constitución ecológica o ambiental pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-411/92, C-305/95, C-671/01, T-760/07, C-750/08, C-944/08, C-443/09 y T-356/10.

47 Sentencia T-129-2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 3/3/2011, 76.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Un aumento notable de consultas en los últimos años en Colombia, dado el auge en la explotación extractiva de recursos, el incremento de obras de infraestructura y la necesidad de consultar a los pueblos indígenas respecto a iniciativas legales y de políticas públicas que los afectan, comienza a fatigar a todos los sectores involucrados; para algunos funcionarios del poder ejecutivo y empresas, el problema de las consultas se resuelve con dinero; muchos líderes de las comunidades étnicas le ponen precio a su visto bueno y la consulta se pervierte; el discurso en algunas sentencias sobre la participación y el fortalecimiento de la democracia se queda en el papel mientras en la práctica se expande la consulta como un espacio de negociación donde todo o casi todo tiene un precio.

El gobierno mira para otro lado, pues, algunas veces, él mismo recurre a esta vía que es más expedita para despejar el camino para sus iniciativas que exigen este derecho; algunas empresas prefieren pagar que entrar en controversias que implican demoras que pueden resultar al final más costosas. Tampoco desde el ejecutivo se impugnan esas manifestaciones de compra-venta del consentimiento, pues esto "*podría interpretarse como sinónimo de insensibilidad frente a los miembros sufrientes de estas comunidades y también como incomprensión ante la posibilidad de obtener alguna ventaja para estas sociedades*"[48].

Lo que esta actitud pasa por alto es que la función del Estado en el marco de principios constitucionales y convencionales debe tener en cuenta el valor superior de la protección y garantía de la conservación ambiental y cultural, en el marco de la promoción y el fortalecimiento del Estado Social de Derecho. El reto para evitar la "consultitis", entendiendo esto como una invocación excesiva de consultas que termina fatigando a las comunidades étnicas, plantea la necesidad de desarrollar mecanismos ágiles, prácticos y representativos que, sin menoscabar el derecho superior de los pueblos a su participación, permita evitar que este derecho se convierta en un obstáculo que retrasa o impide obras y se desarrolle como un mecanismo para que los proyectos e iniciativas se den en condiciones menos traumáticas y sus efectos negativos se disminuyan y se amplifiquen los beneficios a partir de un ejercicio que fortalece la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos.

La CIDH estableció[49] que, para que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales no impliquen una denegación de la

48 Sánchez, Esther. "La consulta previa en la práctica". Razón Pública, Semanario virtual, Colombia. Julio del 2012.

49 CIDH. *Pueblo indígena kichwa de sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012. (Fondo y reparaciones).

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

subsistencia del pueblo indígena como tal, los Estados deben cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones.

Es necesario enfatizar que, de acuerdo con el desarrollo normativo y jurisprudencial nacional e internacional, la obligación de consultar es responsabilidad del Estado y no de empresas o particulares, menos aún en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta. Sobre este particular, la CIDH, en relación con el caso del pueblo sarayaku, ha dicho:

> "*La Corte ha dado por probado que la compañía petrolera pretendió relacionarse directamente con algunos miembros del pueblo sarayaku, sin respetar la forma de organización política del mismo. Además, es un hecho reconocido por el Estado que no fue éste el que llevó a cabo esa 'búsqueda de entendimiento', sino la propia compañía petrolera. Así, de la posición sostenida por el Estado ante este Tribunal, se desprende que aquél pretendió delegar de facto su obligación de realizar el proceso de consulta previa en la misma empresa privada que estaba interesada en explotar el petróleo que existiría en el subsuelo del territorio sarayaku*[50]*. Por lo señalado, el Tribunal considera que estos actos realizados por la compañía CGC no pueden ser entendidos como una consulta adecuada y accesible*"[51].

La razón fundamental porque es al Estado al que corresponde generar y supervisar la consulta, se debe a que -como quedó dicho- este derecho es a la vez un medio para garantizar la vigencia de otros derechos. El artículo 21 de la Convención Americana protege la estrecha vinculación que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de

50 S*upra* párrafo 199.
51 CIDH. *Pueblo indígena kichwa de sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012. (Fondo y reparaciones).

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ellos[52]. Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo, sino en el grupo y su comunidad. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas[53].

Algunas veces puede ocurrir que, ante la ausencia de la acción del Estado, como sucedió en el caso al que hemos dado seguimiento en México[54], ante el imperativo que la empresa tenia de avanzar en su iniciativa, ésta adelantó trámites, hizo convenios y comenzó la obra sin ningún tipo de consulta. Cuando las comunidades afectadas, constituidas en un 50% por indígenas, alegaron la ausencia de una consulta, las obras fueron suspendidas, luego de haber invertido varios millones de dólares y continúan paralizadas con graves perjuicios económicos para la empresa. Los empresarios entrevistados alegaban, con razón, que ellos habían cumplido con todos los requisitos que las instituciones les exigían, que ellos no sabían que las comunidades involucradas fueran indígenas y que jamás habían oído hablar del derecho a la consulta previa. La enseñanza de esta experiencia, donde seguramente el Estado terminará siendo demandado por la empresa por daños y perjuicios, ilustra la situación traumática que se genera ante la omisión de la acción del Estado, que debería haber establecido con claridad desde un comienzo el procedimiento que la empresa debería haber seguido para avanzar en su inversión sobre bases claras y firmes. El Estado ha sido severamente censurado por las comunidades, por la empresa y por los inversionistas extranjeros por su falencia al establecer procedimientos que despejen con claridad las reglas que deben seguirse frente a este tipo de iniciativas.

En una reciente reunión con el Comité de Medio Ambiente de AmCham, Colombia[55], con el fin de socializar los retos de la consulta previa a pueblos indígenas y étnicos para licenciamientos ambientales de proyectos, empresarios señalaron como aspectos problemáticos para las empresas la

52 Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, párrafo 148, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, párrafo 85. Además, Comisión Interamericana, *Informe de seguimiento – Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párrafo 156.

53 Cfr. *Caso Comunidad indígena sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, párrafo 120 y *Caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, párrafo 87.

54 Caso Cerro de Oro en el municipio de Tuxtepec, Oaxaca, de conversión de un embalse en hidroeléctrica por parte de una empresa mexicana financiada con capital del gobierno de los EEUU. Proyecto de investigación que el autor del texto adelanta en el Estado de Oaxaca, México.

55 Press Releases: "Desafíos empresariales frente a la consulta previa". Octubre 2 de 2012.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

falta de información de las comunidades consultadas, así como la divergencia entre visiones de desarrollo y la ambigüedad metodológica del proceso. Hay marcada divergencia entre el concepto de desarrollo de estos pueblos y el de empresarios, gobierno y sociedad, en donde entran en fricción los intereses de protección de recursos y territorio y la explotación y aprovechamiento de los mismos en diversas actividades económicas.

Además, la ambigüedad del procedimiento para la realización de la consulta representa problemas adicionales en el proceso, ya que da lugar a malas prácticas por parte de las empresas y al desconocimiento del derecho y deber constitucional de las comunidades implicadas. Los asistentes destacaron que, a pesar de que existen unos mínimos establecidos por la Corte Constitucional en distintas sentencias, éstos solamente dan luces sobre las características de la consulta previa (buena fe, informada, legítima, representativa) y no llegan a establecer derroteros oficiales. Esto fue lo que, de acuerdo con la experiencia de expertos y empresarios reunidos por cuenta del Comité de Medio Ambiente de la Cámara de Comercio Colombo Americana -AmCham Colombia, tendría que ser resuelto por el Estado en coordinación con las comunidades étnicas para que la consulta pueda ser más expedita.

El tema de las reparaciones es de gran importancia; la experiencia del pueblo emberá-katío del Alto Sinú, que fue afectado por la construcción de la represa de Urra en el departamento de Córdoba en el Nor-Occidente de Colombia, es ejemplarizante: este pueblo, que era cazador y recolector y que vivía en la selva que fue inundada, fue movido de su territorio tradicional; esto tuvo un impacto devastador en su forma de vida.

La CCC, seguramente con la mejor intención, después de evaluar los perjuicios que este pueblo había recibido, emitió una sentencia donde ordenaba que la empresa indemnizara al pueblo con un subsidio alimentario y de transporte, que "*pagara la firma propietaria del proyecto a cada uno de los miembros del pueblo indígena durante los próximos 15 años, a fin de garantizar la supervivencia física de ese pueblo, mientras adecua sus usos y costumbres a las modificaciones culturales, económicas y políticas que introdujo la construcción de la hidroeléctrica sin que los emberá fueran consultados, y mientras puedan educar a la siguiente generación para asegurar que no desaparecerá esta cultura en el mediano plazo*"[56].

El resultado de este pago -que las cabezas de hogar reciben mensualmente- ha tenido un efecto aun más destructor que la construcción de la presa. El pueblo ha disminuido considerablemente su trabajo para resolver sus

56 Sentencia T-652. Urra, noviembre 10 de 1998.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

necesidades básicas, pues prefieren esperar el cheque. En los viajes a la cabecera municipal, que se han incrementado, muchos de los indígenas gastan parte de su pago en alcohol y otros con graves efectos para su salud y la de sus familias.

El panorama desde los inversionistas no resulta más positivo; muchas empresas que no aceptan la existencia de territorios que estén vedados a sus pretensiones comerciales optan por ignorar al Estado y adelantan por su cuenta lo que para ellas sería equivalente a consultas previas. En esta dinámica, es frecuente escuchar invocaciones al interés general o al interés nacional, frente a las reivindicaciones de los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas, que son definidas como de interés particular, descalificando sus pretensiones como expresiones de radicalidad política. No es raro que en muchos casos utilicen procedimientos corruptos para comprar voluntades tanto de funcionarios públicos como de líderes de las comunidades étnicas.

El Estado no puede dejar en manos de la ilusoria igualdad que pueda darse en una negociación "privada" entre empresas y pueblos indígenas un derecho tan importante y complejo como es el derecho a la consulta; ésta es fundamental función que corresponde inequívocamente al Estado en el contexto de sus obligaciones contempladas en el bloque de constitucionalidad, es decir, lo que establece la Constitución Política y los tratados y convenios internacionales.

Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, el uso y el goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y el uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida. Es preciso proteger esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados[57].

57 Cfr. *Caso de la comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafos. 124, 135 y 137, y *Caso comunidad indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, párrafos. 118 y 121.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

La Corte Interamericana, a su vez, ha destacado que los derechos territoriales de los pueblos indígenas se relacionan con "el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida"[58].

En relación con el papel de los jueces frente al proceso de implementación de los tratados y convenios internacionales, de cuya fuente deviene el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, cabe mencionar que la CIDH ha establecido que los jueces y tribunales del poder judicial en los países signatarios, además de estar sujetos al imperio de orden jurídico interno, están obligados a tomar en cuenta todas las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, de manera que, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana o el Convenio 169 de la OIT, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención o el instrumento respectivo no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" *exofficio* entre las normas internas y los instrumentos internacionales, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

La Corte Interamericana ha señalado, asimismo, que "*para las comunidades indígenas, la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras*"[59]. La Corte ha reconocido igualmente en estas

58 CIDH. *Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrafo 146. Para la Corte Interamericana, *"la propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural"* [CIDH. *Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrafo 146]. Los pueblos indígenas y tribales tienen un derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado; al afectar el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se pueden afectar otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural, o la supervivencia de las comunidades indígenas y sus miembros [CIDH. *Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrafos 146, 147]. La CIDH ha explicado en esta línea que el territorio ancestral reclamado por comunidades indígenas *"es el único lugar donde tendrán plena libertad porque es la tierra que les pertenece"* [CIDH. "Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay". Referidos en: CIDH. *Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrafo 120(g)].

59 CIDH. *Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrafo 149. CIDH. *Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrafo 124, 131. CIDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párrafo 85.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

sentencias citadas que, "*al desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros. La tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio*". Los Estados deben respetar esa especial relación para garantizar la supervivencia social, cultural y económica. Asimismo, se ha reconocido la estrecha vinculación del territorio con las tradiciones, las costumbres, las lenguas, las artes, los rituales, los conocimientos y otros aspectos de la identidad de los pueblos indígenas, señalando que "*[e]n función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas*"[60].

VI. Conclusión

Recapitulando algunos de los elementos esenciales del derecho a la consulta y tomando en cuenta la normativa y jurisprudencia interamericana, la práctica de los Estados y la evolución de los pronunciamientos de la CCC, observamos el siguiente orden en cuanto al tema de principios:

a) el carácter previo de la consulta;
b) la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo;
c) la consulta adecuada y accesible;
d) el estudio de impacto ambiental, y
e) la consulta informada[61].

Conforme a la Directiva Presidencial 01 de 2010, los siguientes mecanismos deben ser utilizados en los procesos de consulta previa:

a) El proceso de consulta previa siempre deberá cumplir las siguientes fases: i) preconsulta, ii) apertura del proceso, iii) talleres de identificación de impactos y definición de medidas de manejo, iv) pre-Acuerdos, v) reunión de protocolización, vi) sistematización y seguimiento al cumplimiento de acuerdos, vii) cierre del proceso de consulta previa. Estas fases se entenderán como un protocolo sugerido por el Grupo de Consulta Previa y su aplicación estará supeditada a los acuerdos establecidos por la comunidad en consulta y el interesado.

60 CIDH. *Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005.
61 Ob cit. párrafo 55.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

b) El Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, con el apoyo de la Dirección de Acceso a la Justicia del mismo, velará por el cumplimiento de las fases señaladas bajo la prerrogativa de la protección de los derechos fundamentales.

c) En los eventos que sea necesario, se expedirán resoluciones o actos administrativos, con el objeto de conminar el cumplimiento de todos los acuerdos previstos en los procesos de consulta previa[62].

La consulta debe ser previamente informada, según fue señalado, en el sentido que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado ordene, acepte y brinde información, así como una comunicación constante entre las partes.

El artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT dispone que "*[l]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas*". Los estudios de impacto ambiental sirven, entonces, "... *para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de [los mismos] no es [únicamente] tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también […] asegurar que los miembros del pueblo […] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad", para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, "con conocimiento y de forma voluntaria"*[63].

La CIDH ha establecido que los estudios de impacto ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto, respetar las tradiciones y la cultura de los pueblos indígenas y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar los

62 Documento de Trabajo Interno DNP_DDTS-SODT. Dirección de Desarrollo Territorial. Subdirección de Ordenamiento y Desarrollo Territorial.

63 *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares Fondo, Reparaciones y Costas y Gastos.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

estudios de impacto ambiental coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones y dar cumplimiento de esta forma al principio de la buena fe. Además, el Tribunal agregó que uno de los puntos sobre el cual debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos.

El Comité de Expertos de la OIT ha establecido, al examinar una reclamación en que se alegaba el incumplimiento por Colombia del Convenio 169 de la OIT, que el requisito de consulta previa implica que ésta debe llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades, incluyendo medidas legislativas y que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso[64]. Cuando se trate de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas[65].

La buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son las afectadas.

La CCC estableció que es "*necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para éste del territorio y sus recursos*"[66], al igual que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala[67]. Además, la misma Corte señaló que la realización de la consulta

64 Cfr. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999). Asimismo, OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). *Observación individual sobre el Convenio Nº 169 de la OIT*. Argentina, 2005, párrafo 8. Asimismo, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párrafo 18 y 19.

65 Cfr.Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párrafo 20.

66 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129/11, 8.1.iv.

67 21 de diciembre de 2009, Apelación de sentencia de Amparo, Expte. 3878-2007, IV, V.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

de buena fe "*implica que ésta no se debe abordar como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un trámite, sino como un proceso de raigambre constitucional, con un contenido sustantivo que le es propio y orientado a preservar los derechos fundamentales de los pueblos afectados*"[68].

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional del Perú señaló que "*el principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta […] [y que] [c]on él se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta*"[69]. La Corte Constitucional del Ecuador señaló que los "*parámetros específicos desarrollados por la OIT que deberían tomarse en cuenta son: […] e. La obligación de actuar de buena fe por parte de todos los involucrados. La consulta debe constituirse en un verdadero 'mecanismo de participación', cuyo objeto sea la búsqueda del consenso entre los participantes, [y] f. El deber de difusión pública del proceso y la utilización de un tiempo razonable para cada una de las fases del proceso, condición que ayuda a la transparencia y a la generación de confianza entre las partes*"[70].

La CCC remarca el carácter previo del mecanismo de consulta en el Convenio 169, cuya importancia "*radica particularmente no sólo en que dicho proceso consultivo se surta de manera previa cuando quiera que se trate sobre la explotación de recursos naturales existentes en territorio, sino porque dicha consulta previa habrá de hacerse extensiva a todas aquellas decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o involucren intereses propios de dichas minoría (…) pues de esta manera se garantiza igualmente el derecho a su identidad*"[71].

68 Sentencia C-461/08, 6.3.4.
69 Expte. No. 0022-2009-PI/TC, párrafo 27.
70 Sentencia No 001-10-SIN-CC, Casos No 0008-09-IN Y 0011-09-IN, Sentencia de 18 de marzo del 2010, 53.
71 La Corte Constitucional de Colombia advirtió en la Sentencia T-737 de 2005.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Bibliografía

Anaya, James. "Los derechos de los pueblos indígenas". En Berraondo, Mikel (coord.) *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto (instituto de Derechos Humanos), 2006.

_____*Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. 5 de octubre de 2009.

_____*Informe de su visita a Guatemala como Relator Especial de Pueblos Indígenas de la ONU*. 2010.

Bastos, Santiago y Manuela Camus. *Entre el Mecapal y el Cielo*. Guatemala; FLACSO, 2003.

Bastos, Santiago y Aura Cumes (coord.) "La ideología multicultural en la sociedad guatemalteca". En: *Mayanización y vida cotidiana. La ideología multicultural en la sociedad guatemalteca.* Volumen 1: Introducción y análisis generales. Guatemala: FLACSO Guatemala/CIRMA/Cholsamaj, 2007.

Batz, Giovanni. *Informe de avances de la investigación de campo en la región ixil, Guatemala*. Austin, TX., 2012.

Bourdieu, P. *Meditaciones pascalianas*. Barcelona: Anagrama, 1991.

_____*La dominación masculina*. Barcelona: Anagrama, 2000.

_____*La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico.* Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre Editores, 2000.

Bourgois, P. *The Continuum of Violence in War and Peace*. Posto-Cold, 2001.

Bourgois y Sheper-Hughes (eds.) *Violence in War and Peace: An Anthology*. Oxford: Blackwell Publishing, 2004.

Clastres, Pierre. *La sociedad contra el Estado*. Barcelona: Virus editorial: 1974.

Clavero, Bartolomé. *La consulta en serio*. 2011. http://clavero.derecosindigenas.org/wp-content/uploads/2012/04. Bolivia

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Colom, Yolanda. "*Mujeres en la alborada: Guerrilla y participación femenina en Guatemala".* Guatemala: Editorial El Pensativo, 1998.

Comisión de Esclarecimiento Histórico. *Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH) Memoria del Silencio*. Guatemala, 1999. Website mantenido por el programa de ciencia y derechos humanos de la Asociación Americana del Avance de la Ciencia.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe No. 40/04, *Caso 12.053, Comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo* (Belice), 2004.

_____*Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 2001.

_____*Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2000.

Congreso Nacional del Perú. *Ley Nº 29785*. Lima, septiembre del 2011,

Correa, L. "Litigio de alto impacto: Estrategias alternativas para enseñar y ejercer el Derecho". *Opinión Jurídica*, No 14, 149-162, 149. 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Tiu Tojin vs Guatemala*. 2000

_____*Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 79, párr. 149. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

_____*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No 1251.

_____ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay.*

_____*Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay.*

_____*Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116.

_____*Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam.* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124,

_____*Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.*

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

_____*Caso La Cantuta vs. Perú.*

Caso Radilla Pacheco Vs. México.

Corte Constitucional de Colombia. Varias sentencias en diferentes fechas.

Dagnino, Evelina. "Sociedad civil, participación y ciudadanía: ¿de qué estamos hablando?". En: Isunza Vera, Ernesto y Alberto Olvera. *Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil. Participación ciudadana y control social*. México: Miguel Ángel Porrúa, 2006.

David, Ricardo. *Principios de economía política y tributación*. Barcelona: Gedisa, 1972.

Das y Kleinman. "Introducción". En: Das et al. (eds.) *Violence and Subjectivity*. Berkeley: University of California Press, 2000.

Departamento Nacional de Planeación de Colombia. Dirección de Desarrollo Territorial Subdirección de Ordenamiento y Desarrollo Territorial. *Documento de Trabajo Interno DNP_DDTS-SODT*. Bogotá, 2010.

Díaz Cruz, Julio Antonio. "Hacia una geografía jurídica en América Latina: sobre la dimensión mítica de las relaciones derecho-territorio". *Revista Geográfica de América Central*. Número Especial EGAL, 2011- Costa Rica II Semestre, 2011.

Díaz y Díaz, Martín. *El régimen jurídico ambiental del subsuelo en México.* México: UNAM, Senado de la República, LVI legislatura, 1997.

Diderot, D. *Pensamientos filosóficos: el combate por la libertad.* Madrid: Proteus Libros, 2012.

Dussel, Enrique. *1492: El encubrimiento del otro. El origen del mito de la modernidad*.

Conferencias de Frankfurt 1992. Bogotá: Anthropos, 1992.

Escalante, Fernando. *La política del terror: apuntes para una teoría del terrorismo*, México: Fondo de Cultura Económica, 2009.

Escalón, Sebastián. "Plaza Pública, periodismo de profundidad". Página Web. 29 de junio, 2012.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Escobar, Arturo. *El final del salvaje*. Bogotá: CEREC-ICANH, 1999.

_____*Más allá del Tercer Mundo: Globalización y diferencia.* Bogotá: ICANH y Universidad del Cauca, 2005.

_____*Los límites del Estado: Territorio, autonomía y organización en el espacio de la Ley 70*. San Francisco: XXIII Congreso de LASA, 2012.

Esteva, Gustavo. "La insurrección en curso". Conferencia. México: Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM, 2010.

Evans-Pritchard, E. *Los Nuer*. México: Miguel Ángel Porrúa, 1940.

Feixa, C. y Fernández, F. (eds.). *Violencia y culturas.* Barcelona: FAAEE-ICA, 2002.

Ferguson, James y Gupta, Akhil. *Espacializar los Estados: hacia una etnografía de la gubernamentalidad neoliberal*. University of California, Irvine. Stanford University. pdf.

Foucault, Michael. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, Segunda edición corregida, 1991.

_____"Gubernamentalidad". En: *Seguridad, territorio, población*. Buenos Aires: FCE, 2006.

Freire, Paulo. *Pedagogy of the Oppressed*. New York: Herder and Herder, 1970.

Gaviria Díaz, Carlos. *Sentencias. Herejías constitucionales.* Colombia: Fondo de Cultura Económica, 2002.

Guattari. *Mil Mezetas. Capitalismo y esquizofrenia*. Madrid: Gedisa, 2000.

Grueso, Libia; Carlos Rosero y Arturo Escobar. ''The social movement of black communities in the southern pacific coast of Colombia''. En: Sonia Álvarez, Evelina Dagnino y Arturo Escobar (eds). *Culture of Politics and Politics of Culture: Revisioning Latin America Social Movements*. Boulder; Westview Press, 1998.

Gupta, Akhil. "Beyond Culture: Space, Identity and the Politics of Difference". Cultural Anthropology. 7(1), 1992.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Guha, Ranajoit (ed.). *Subaltern Studies III: Writings on South Asian History and Society.* New Delhi: Oxford University Press, 1984.

Harvey, David. *The New Imperialism*. Nueva York: Oxford University Press, 2003.

_____*La condición de la posmodernidad.* Capítulo III. La experiencia del espacio y tiempo. Buenos Aires: Amorrortu, 2008.

_____*The Crises of Capitalism Lecture given at the RSA*. Londres, 2010.

Hobbes, Thomas. *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México: Fondo de Cultura Económica, [1651] 2008.

Isunza Vera, Ernesto y Alberto Olvera. *Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil. Participación ciudadana y control social*. México: Miguel Ángel Porrúa, 2006.

Illich, Iván. *El género vernáculo*. Madrid: Porrúa, 1982.

Marx, Karl. *El Capital*. T.1, Vol. 3. México: Siglo XXI, 2002.

Mignolo, Walter D. *The Darker Side of the Renaissance. Literacy, Territoriality and Colonialism*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1995.

Mitchell, Timothy. "The Limits of the State: Beyond Statist Approaches and their Critics". American Political Science Review, vol. 85, num.1, 1991,

Mohanty, Chandra. "Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourses". En: Chandra Mohanty, Ann Russo y Lourdes Torres (eds,). *Third World Women and Politics of Feminism*. Indiana University Press, Broomington, 1991 y 1986.

Naciones Unidas. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas.* New York, 2007.

Nash, Claudio. *Protección de los derechos humanos indígenas: Tendencias internacionales y realidad de los pueblos indígenas del Norte de Chile*. Iquique: Universidad Arturo Prat, 2003.

Ong, Aihwa. *Neoliberalism as exception: mutations in citizenship and sovereignty*. Duke University Press, 2006.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Organización Internacional del Trabajo (OIT). *Convenio 169*. Ginebra, Suiza. 1989.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). *Observación individual sobre el Convenio Nº 169 de la OIT*. Argentina, 2005.

Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC). "Violaciones graves a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario perpetradas en contra de los pueblos indígenas en Colombia". Publicaciones. Boletín. Enero-octubre, 2011.

Padilla, Guillermo. *Consulta previa, autonomía y legislación internacional*. Oaxaca: CIESAS, 2010.

_____."El principio de legalidad y el debido proceso en contextos de interculturalidad". En: *Manual para jueces y funcionarios judiciales sobre pluralismo jurídico*. México: Fundación Konrad Adenauer, 2012.

Petite Eugéne. *Tratado elemental de Derecho Romano*. México, D. F.: Edinal Impresora, S. A., 1975.

Poole, Deborah. "Los usos de las costumbres. Hacia una antropología jurídica del Estado Neoliberal". Revista *Alteridades*, No. 31. *La justicia en tiempos de globalización*. México: 2006.

Poole y Das. *Anthropology in the Margins of the State*. New Delhi: Oxford University Press, 2004.

Press Releases: "Desafíos empresariales frente a la consulta previa". Octubre 2 de 2012. Bogotá, 2012.

Quijano, Aníbal. "Coloniality of Power, Ethnocentrism, and Latin America". Nepantla 1(3): 533-580, 2000.

Quijano, Aníbal e Immanuel Wallerstein. "Americanity as a Concept, or the Americas in the Modern World-System". International Social Science Journal. (134): 459-559, 1992.

Ratzel, Friedrich. "El territorio, la sociedad y el Estado". En: *El pensamiento geográfico*. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1982.

Recuperación de la Memoria Histórica. Guatemala. 1999.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Roberts, Tobías. *Hidroeléctricas en Guatemala y violación de DDHH*. Rebelion. org. 2011.

Rodríguez Garavito y Meghan Morris (dirs). *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2010.

Rojas, Farit. Correspondencia privada. 2012.

Rosaldo. *Cultura y verdad*. México: Grijalbo, 2000.

Sánchez, Esther. "La consulta previa en la práctica". Razón Pública, Semanario virtual, Colombia. Julio del 2012.

Santos, Boaventura de Sousa y Mauricio García Villegas. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Colombia: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2004.

Santos, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad ILLS,.2010.

_____*La dificil construcción de la plurinacionalidad*. Quito: SENPLADES, 2010.

Sierra, Teresa. "Interlegalidad, justicia y derechos en la Sierra Norte de Puebla". En: *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas.* México: CIESAS, Miguel Ángel Porrúa, 2004.

Sieder, Rachel (ed.). *Multiculturalism in Latin America. Indigenous Rights, Diversity and Democracy*. London: Institute Studies, 2002.

Slack, Keith. "Derechos Humanos e industrias extractivas en América Latina". En: *Empresas y Derechos Humanos*. Revista Aportes N. 15, Año 4, septiembre de 2011. DPFL

Spurlin, Paul M. *Montesquieu in America, 1760-1801.* Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1941; reprint: New York: Octagon Books, 1961.

Stavenhagen, Rodolfo. "*Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo".* México: UNAM, 2003.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Tilley, C. *A Phenomenology of Landscape: Places, Paths and Monuments*. Oxford: Berg, 1994.

War Lessons from El Salvador. Ethnography, vol 2, num. 1, 5-34.