

ECUADOR Debate₁₀₆

Quito/Ecuador/Abril 2019

Consulta previa libre e informada

Los frutos de la dispersión. Elecciones locales y balance del poder político en el Ecuador post-progresista

A río revuelto, ganancia de varios pescadores

Conflictividad socio política: Noviembre-Diciembre 2018/Enero-Febrero 2019

Conflictos Sociales y Consulta Previa, Libre e Informada

La participación de los pueblos indígenas y tribales en medidas administrativas con impacto en el territorio: un modelo para armar

La consulta a debate ¿Garantía de derechos o mecanismo de despojo?

La articulación Estado-empresa en Ecuador: la “socialización de la política pública minera” como trampa al Convenio 169 de la OIT.

El derecho a la consulta previa y su aplicación en el Perú. 30 años después del Convenio 169 –OIT

Una consulta inconsulta. El caso del TIPNIS. Bolivia

Transformaciones rurales en la era neoliberal. Dominio global del agro-negocio

Elecciones, Descentralización y Autonomía local: tensiones en el progresismo ecuatoriano

Ley de Fomento Productivo y Flexibilidad Laboral. Articulaciones neoliberales



ECUADOR **Debate**

CONSEJO EDITORIAL

José Sánchez-Parga (+), Alberto Acosta, José Laso Ribadeneira, Simón Espinosa, Diego Cornejo Menacho, Manuel Chiriboga (+), Fredy Rivera Vélez, Marco Romero.

Director: Francisco Rhon Dávila. Director Ejecutivo del CAAP
Primer Director: José Sánchez Parga. 1982-1991
Editor: Hernán Ibarra Crespo
Asistente General: Margarita Guachamín

REVISTA ESPECIALIZADA EN CIENCIAS SOCIALES

Publicación periódica que aparece tres veces al año. Los artículos y estudios impresos son canalizados a través de la Dirección y de los miembros del Consejo Editorial. Las opiniones, comentarios y análisis expresados en nuestras páginas son de exclusiva responsabilidad de quien los suscribe y no, necesariamente, de ECUADOR DEBATE.

© **ECUADOR DEBATE. CENTRO ANDINO DE ACCION POPULAR**

Se autoriza la reproducción total y parcial de nuestra información, siempre y cuando se cite expresamente como fuente a ECUADOR DEBATE.

SUSCRIPCIONES

Valor anual, tres números:

EXTERIOR: US\$. 51

ECUADOR: US\$. 21

EJEMPLAR SUELTO EXTERIOR: US\$. 17

EJEMPLAR SUELTO ECUADOR: US\$. 7

ECUADOR DEBATE

Apartado Aéreo 17-15-173B, Quito-Ecuador

Tel: 2522763 . Fax: (5932) 2568452

E-mail: caaporg.ec@uio.satnet.net

Redacción: Diego Martín de Utreras 733 y Selva Alegre, Quito.

PORTADA

Gisela Calderón/Magenta

ARMADO E IMPRESIÓN

Edwin Navarrete, Taller de Diseño Gráfico

ISSN: 2528-7761

ISBN número 106: 978-9942-963-47-5

ECUADOR DEBATE 106

Quito-Ecuador • Abril 2019

ISSN 2528-7761 / ISBN 978-9942-963-47-5

PRESENTACIÓN 3/7

COYUNTURA

- Los frutos de la dispersión. Elecciones locales y balance del poder político en el Ecuador post progresista 9/16
Pablo Ospina
- A río revuelto, ganancia de varios pescadores 17/34
Katuska King y Pablo Samaniego
- Conflictividad socio política: Noviembre-Diciembre 2018 / Enero-Febrero 2019 35/40

TEMA CENTRAL

- Conflictos Sociales y Consulta Previa, Libre e Informada 41/55
Edwar Vargas Araujo
- La participación de los pueblos indígenas y tribales en medidas administrativas con impacto en el territorio: un modelo para armar 57/73
Diana Milena Murcia Riaño
- La consulta a debate ¿Garantía de derechos o mecanismo de despojo? 75/92
Raymundo Espinoza Hernández
- La articulación Estado-empresa en Ecuador: la “socialización de la política pública minera” como trampa al Convenio 169 de la OIT 93/110
María Luiza de Castro Muniz
- El derecho a la consulta previa y su aplicación en el Perú. 30 años después del Convenio 169 –OIT 111/127
Luis Hallazi
- Una consulta inconsulta. El caso del TIPNIS. Bolivia 129/140
Alberto Acosta, Shanon Biggs, Fátima Monasterio y Enrique Viale

DEBATE AGRARIO-RURAL

- Transformaciones rurales en la era neoliberal. Dominio global del agro-negocio 141/154
Cristóbal Kay

ANÁLISIS

- Elecciones, Descentralización y Autonomía local:
tensiones en el progresismo ecuatoriano 155/172
Víctor Hugo Torres D.
- Ley de Fomento Productivo y Flexibilidad Laboral.
Articulaciones neoliberales 173/185
Raúl Harari

RESEÑAS

- Ciudad y Arquitectura 187/189
- Says who? The struggle for authority in a market-based society 190/193
- 50 años de Radio Nacional Huanuni junto a las luchas
de los trabajadores mineros 194/197

La participación de los pueblos indígenas y tribales en medidas administrativas con impacto en el territorio: un modelo para armar

Diana Milena Murcia Riaño*

Han transcurrido 30 años de vigencia del Convenio 169 de la OIT, orientado a salvaguardar la vida y supervivencia de los pueblos indígenas originarios, dicho de otra manera la obligación de respetar y posibilitar la existencia de ese “otro” que con su existencia posibilita nuestra identidad. Según la CIDH, los estados signatarios del Convenio, y aquellos otros que se rigen por la Declaración sobre derechos indígenas, de la ONU, reconocen la consulta en términos normativos pero no lo aplican en la práctica. Hay evidencias, para Colombia, de cómo las consultas administrativas, que en la práctica suplanten la Consulta previa, libre e informada, han derivado en una fórmula de desposesión territorial. Frente al reclamo parecería que empresarios y gobiernos, optan por una serie de actos administrativos, con lo que sería “más rentable” pedir perdón, mas que pedir permiso, por lo que las consultas, en la región tienden a ser expost.

Un punto de partida: el referente normativo e interpretativo

En 30 años de vigencia solo 23 países —el 60% de ellos latinoamericanos,¹— han ratificado el Convenio 169 de la OIT. Esto significa que el Convenio tiene el peso de un tratado vinculante solo para ellos; para el resto aplica, con algunas salvedades, la Declaración de las Naciones Unidas sobre



Países que han ratificado el Convenio 169 de la OIT.

* Profesora Asociada de la Universidad El Bosque Bogotá, Colombia.

1. Se trata de: Argentina, Estado Plurinacional de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay y Perú, además de, República Centroafricana, Dinamarca, Dominica, España, Fiji, Nepal, Noruega, Países Bajos y Luxemburgo, este último en donde el Convenio entrará el vigor en junio de 2019.

los Derechos de los Pueblos Indígenas² de 2007 y/o la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas³ de 2016.

El Convenio aborda múltiples cuestiones orientadas a promover la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas y los considerados tribales.⁴ En la parte general trata cuestiones como su identificación, el derecho a su participación en asuntos susceptibles de afectarles, el principio de no discriminación y el reconocimiento de sus valores, propia visión del desarrollo y prácticas y costumbres sociales, religiosas y espirituales. En las secciones subsiguientes aborda asuntos relativos a sus tierras, las condiciones de empleo y contratación, la formación profesional, artesanía e industrias rurales, la seguridad social y la salud, la educación y medios de comunicación y asuntos relacionados con contratos y cooperación a través de las fronteras.

No obstante la diversidad de temas abordados, el Convenio es reconocido fundamentalmente por haber incorporado los derechos a la consulta y al consentimiento. En cuanto al primero, el Convenio lo caracteriza en los siguientes términos:

Art. 6.1 “Al 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 [...]”.

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

El Convenio alude a la consulta previa específica respecto de la autorización de prospecciones o explotaciones de recursos naturales existentes en tus tierras (art. 15.2), ante su enajenación por fuera de su comunidad (art. 17.2); en relación a programas especiales de formación profesional (art. 22.3), en la regulación de instituciones y medios de educación (art. 27.3) y respecto a medidas que fomenten la educación de los niños en su propia lengua (art. 28.1).

La recepción del derecho a la consulta en la Declaración de Naciones Unidas se produce en los artículos 19 y 38 que determinan la obligación de los Estados de celebrar consultas y cooperar “de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento

-
2. Pues se abstuvieron de aprobarla Azerbaiyán, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, la Federación Rusa, Samoa y Ucrania y votaron en contra Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda.
 3. Frente a la que Estados Unidos, Canadá y Colombia realizaron anotaciones (excepciones).
 4. Como los pueblos y comunidades afrodescendientes, los Rrom en Colombia o los Montubios en Ecuador.

libre, previo e informado". De forma específica, en este instrumento se alude el derecho a la consulta en los casos de adopción de medidas para combatir los prejuicios y la discriminación (art. 15.2), medidas para proteger a los niños de la explotación económica (art. 17.2), el uso de sus tierras y territorios para actividades militares (art. 30.2), la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (art. 32.2) y la adopción de medidas eficaces para facilitar el derecho a mantener y desarrollar sus contactos a través de las fronteras (art. 36.2).

En la Declaración Americana el derecho a la consulta se reconoce en el artículo 23.2 cuando establece que los Estados "celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado". En este instrumento se alude a la obligación de consultar en los casos de adopción de servicios médicos interculturales (art. 8.4), para la adopción de medidas efectivas para facilitar el ejercicio de los derechos de asociación, reunión, libertad de expresión y pensamiento (art. 20.4), de las medidas necesarias para reconocer y proteger adecuadamente el patrimonio cultural y la propiedad intelectual de los pueblos indígenas (art. 28.3), así como la consulta previa a la aprobación de cualquier proyecto que afecte sus tierras y territorios y recursos (art. 29.4).

El cumplimiento de estos instrumentos es supervisado por organismos especializados de cada sistema. En la OIT está la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo –CEACR;⁵– en Naciones Unidas, están la Relatora Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁶ –REDPI–, que además de consolidar estándares generales, ha realizado recomendaciones específicas a varios países latinoamericanos con ocasión de sus visitas oficiales⁷ y, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que se ha especializado en la aclaración de los estándares del DIDH aplicable a estos pueblos.⁸ En el Sistema Regional está la supervisión

-
5. Cuyas recomendaciones para la región andina fueron compiladas por mí hace algunos años. Ver: Murcia, Diana. Consulta previa y conflictos territoriales en pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes. Observaciones y recomendaciones de Organismos de Naciones Unidas a los Estados de Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia. Programa Regional Fortalecimiento de Organizaciones Indígenas en América Latina (ProIndígena) de la GIZ. Bogotá, 2016. Disponible en la biblioteca virtual de la OIT: http://libguides.ilo.org/ld.php?content_id=31112851. La CEACR está compuesta por veinte miembros, dos de los cuales son latinoamericanos: las abogadas Graciela Dixon de Panamá y Mónica Pinto de Argentina.
 6. Desde 2014 la Filipina Victoria Tauli Corpuz. Antes estuvo el estadounidense James Anaya entre 2008 y 2014 y entre 2001 y 2008 el mexicano Rodolfo Stavenhagen.
 7. Guatemala (2002, 2010 y 2018), México (2003 y 2018), Chile (2003 y 2009), Colombia (2004, 2009 y 2010), Ecuador (2006, 2010 y 2018), Bolivia (2007), Brasil (2009 y 2016), Argentina (2012), El Salvador (2013), Perú (2014), Panamá (2014), Paraguay (2015) y Honduras (2016).
 8. Integrado por siete expertos, uno de los cuales es latinoamericano. El primer integrante latinoamericano fue el ingeniero José Carlos Morales, del pueblo Brunca de Costa Rica y actualmente es la abogada brasileña Erika Yamada.

de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH-, que cuenta con una Relatoría especializada en derechos de pueblos Indígenas⁹ y otra, sobre los Derechos de las Personas Afrodescendientes;¹⁰ se cuenta además con el referente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –CoIDH-.

Estos organismos, a través de sus informes, recomendaciones y jurisprudencia, han construido estándares internacionales sobre esos derechos, y en particular sobre la satisfacción del derecho a la consulta. La OIT ha publicado varias guías y manuales sobre el Convenio¹¹ que contienen la interpretación de sus cláusulas, así como ejemplos de implementación.¹² El Procedimiento Especial de Naciones Unidas ha publicado varios informes dedicados a la cuestión de los derechos de los pueblos indígenas, particularmente en contextos de industrias extractivas¹³ y, el Mecanismo ha dedicado algunos estudios temáticos a la cuestión de la participación.¹⁴ Finalmente el Sistema Regional la CIDH, ha compilado varios estudios temáticos sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con su territorio,¹⁵ las industrias extractivas¹⁶ y enfoques diferenciales,¹⁷ y la CoIDH ha fallado apro-

9. Actualmente presidida por la abogada chilena Antonia Urrejola Noguera.

10. Actualmente presidida por la abogada Margarette May Macaulay de Jamaica.

11. Por ejemplo: “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT” de 2009, o el Manual para los mandantes tripartitos de la OIT “Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) de 2013.

12. Como el texto “La aplicación del Convenio Núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina: una compilación de casos” de 2009.

13. Como los informes temáticos sobre “Las consecuencias de los proyectos de desarrollo en gran escala o grandes proyectos de desarrollo en los derechos humanos y las libertades fundamentales de las comunidades indígenas” E/CN.4/2003/90 del 21 de enero de 2003 o sobre “Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos” A/HRC/18/35 del 11 de julio de 2011. Así mismo se destacan los informes de país que abordan las tensiones involucradas en escenarios de extractivismo como: “La situación de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú, en relación con las industrias extractivas” A/HRC/27/52/Add.3 del 3 de julio de 2014; “Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales” A/HRC/18/35/Add.3 del 7 de junio de 2011; “La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica” A/HRC/18/35/Add.8 del 11 de julio de 2011; “Observaciones sobre la situación de los pueblos indígenas de la Amazonía y los sucesos del 5 de junio y días posteriores en las Provincias de Bagua y Utcubamba, Perú”, A/HRC/12/34/Add.8 del 18 de agosto de 2009; y “Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan 75 (Panamá)” A/HRC/12/34/Add.5 del 7 de septiembre de 2009.

14. En los que destacan el “Informe definitivo del Estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones” A/HRC/18/42 del 17 de agosto de 2011 y el relativo al “Consentimiento libre, previo e informado: un enfoque basado en los derechos humanos” A/HRC/39/62 del 10 de agosto de 2018.

15. Ver el informe “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” de 2009.

16. Ver el informe “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo” de 2015.

17. Como los derechos de las mujeres indígenas, informe “Las mujeres indígenas y sus derechos huma-

ximadamente treinta sentencias sobre la responsabilidad de los Estados por violaciones de los derechos de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes.¹⁸

La adhesión o no a estos instrumentos (y a las interpretaciones de los órganos supervisores sobre su alcance), es relevante al examinar las condiciones de realización de las consultas administrativas y legislativas y el grado de justiciabilidad de los derechos de los pueblos indígenas en determinado país, lo que además va a depender de la apertura que allí exista hacia el bloque de constitucionalidad y la práctica del control de convencionalidad por parte de los jueces.

Así, cada Estado latinoamericano expone un modelo diferente de adhesión formal y material a este marco normativo, con mayores o menores niveles –incluso nulos–, de utilización al adoptar políticas públicas, encarar conflictos socio ambientales o resolver casos judiciales que involucran a los pueblos indígenas y sus territorios, no obstante la conflictividad asociada a su implementación u omisión de implementación es común a todos. La CIDH dibujó la cuestión regional muy claramente:

La situación de la región puede resumirse en que se encuentran Estados que reconocen el derecho a la consulta en el plano normativo, pero no lo aplican efectivamente en la práctica ni bajo los estándares interamericanos; los Estados que si bien la reconocen y la aplican con regularidad, no garantizan los derechos afectados a través de los procesos de consulta; y aquellos que no reconocen el derecho a la consulta y por ende, no lo aplican ni garantizan los derechos de los pueblos indígenas y tribales frente a actividades extractivas, de explotación o desarrollo.¹⁹

nos en las Américas” de 2017, de los pueblos en aislamiento, informe “Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos” de 2013.

18. Se trata de los casos que establecen la responsabilidad internacional, por violación de los derechos humanos de los pueblos indígenas, de los Estados: Brasil (casos Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros de 2018); Nicaragua (casos Acosta y otros de 2017, Yatama de 2005 y Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni de 2001); Guatemala (casos Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal de 2016, Masacres de Río Negro de 2012, Chitay Nech de 2010, Tiu Tojín de 2008, Masacre Plan de Sánchez de 2004 y Bámaca Velásquez de 2000); Surinam (casos Pueblos Kañiña y Lokono de 2015, Saramaka de 2007, Comunidad Moiwana de 2005 y Aloe-boetoe y otros de 1991); Honduras (casos Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros de 2015, Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros del mismo año y López Álvarez de 2006); Ecuador (caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku de 2012); México (casos Rosendo Cantú y otras de 2010 y Fernández Ortega y otros del mismo año); Paraguay (casos Comunidad Indígena Xákmok Kásek de 2010, Comunidad Indígena Sawhoyamaxa de 2006 y Comunidad Indígena Yakye Axa de 2005); Colombia (caso Escué Zapata de 2007); Perú (caso Cayara de 1993); y finalmente República Dominicana (casos Nadege Dorzema y otros de 2012, niñas Yean y Bosico de 2005).
19. CIDH, 2015. Párr. 177.

Las consultas de obras y proyectos: una fórmula efectiva para la desposesión de derechos

Hay varios elementos que evidencian cómo las consultas administrativas de planes, proyectos u obras que involucran el uso de los territorios o la explotación de sus recursos naturales –sobre todo en la proporción en la que se realizan en Colombia–, han derivado en una efectiva fórmula de desposesión territorial, antes que en escenarios de genuina participación de las comunidades en los asuntos territoriales que les conciernen.

Colombia es parte del Convenio, lo aprobó mediante la Ley 21 de 1991 y lo incorporó en el bloque de constitucionalidad, en el artículo 53 de la Constitución. Pero la historia es diferente con los otros dos instrumentos: se abstuvo de adherirse a la Declaración de Naciones Unidas y generó observaciones sustanciales a la Declaración Americana, en ambos casos por el desacuerdo del Ejecutivo con los supuestos que facultan la realización de las consultas o que hacen exigible el consentimiento.

Como el Congreso se ha abstenido de reglamentar el Convenio –como un todo– y han fracasado sus intentos de reglamentar específicamente la consulta, el gobierno ha regulado las consultas de medidas administrativas vía Decreto, pero la Corte Constitucional ha concluido su inconstitucionalidad en múltiples fallos.

Las más de ocho mil consultas de medidas administrativas realizadas con pueblos indígenas, comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales que han tenido lugar en el país –buena parte de ellas relativas a intervenciones de distinto tipo en sus territorios–, se han llevado a cabo con el referente de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que paradójicamente utiliza la Declaración de Naciones Unidas como criterio auxiliar de justicia para emitir sus sentencias, a pesar del rechazo que el Ejecutivo hizo de ese instrumento.

Las consultas de medidas administrativas se basan en un programa metodológico o protocolo que se construye con cada pueblo para cada tema consultado, por lo que cada consulta tiene sus particularidades, nunca hay dos iguales, y las instituciones del Estado se organizan para llevarlas a cabo bajo la dirección del Ministerio del Interior y con las orientaciones de la Directiva Presidencial, 10 de 2013 y del Decreto 2613 de 2013, que establecieron un modelo por etapas²⁰ que culmina con un acta llamada “de protocolización”.

20. Consistentes en la certificación de la presencia étnica en los territorios, la coordinación y preparación interna de las entidades públicas, la preconsulta en la que se construye la ruta metodológica conjuntamente, la consulta, la protocolización y el seguimiento de los acuerdos. En este instrumento se establece que en los casos en los que se requiera consentimiento y este no se obtenga, no se protocolizará la consulta. Esos casos son: los casos en que es necesario obtener el consentimiento previo, libre e informado, según la jurisprudencia constitucional, son: "a) Cuando la intervención implique el traslado o desplazamiento de las comunidades, b) Cuando la intervención esté relacionada con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas, y c) Cuando la inter-

Entre tanto, las consultas de medidas legislativas tienen un procedimiento completamente diferente. En primer lugar, porque existen escenarios nacionales para su desarrollo: en el caso indígena existe la Mesa Permanente de Concertación (MPC), creada mediante Decreto 1397 de 1996, por el que se ha concertado (no consultado), el contenido de algunas normas, entre las que se cuentan un capítulo particular indígena dentro del Plan Nacional de Desarrollo, el Decreto Ley de Víctimas Indígenas de 2011 más recientemente, el marco normativo que da lugar a la Jurisdicción Especial para la Paz en lo relacionado con sus derechos. En cuanto al pueblo Rrom, el espacio de concertación es la Comisión Nacional de Diálogo, creada mediante Decreto 2957 de 2010, y en cuanto a los pueblos y comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales, en 2018 se creó, mediante Decreto 1372, el Espacio Nacional de Consulta con el que ya se logró la primera protocolización de capítulo afro en el Plan Nacional de Desarrollo en febrero de 2019.

Las consultas de medidas legislativas responden a un proceso de negociación de gobierno a gobierno, esto es, de gobierno nacional a gobierno indígena, afrodescendiente o Rrom, y esto marca una diferencia muy importante respecto de los procesos en los que Estado y empresas, consultan con los pueblos o comunidades individualmente consideradas un proyecto de extracción de recursos o construcción de infraestructura. Así pues, la postura que expongo a continuación se refiere exclusivamente a las consultas de medidas administrativas relativas al uso de los territorios étnicos y a la explotación de sus recursos naturales.

Consultas hechas para la extracción de recursos y la intervención en los territorios

En Colombia existe un fenómeno de omisión legislativa en la regulación general de los asuntos que trata el Convenio 169 y de los derechos reconocidos constitucionalmente a los pueblos indígenas y afrodescendientes.²¹ En lo que atañe a la consulta no existe una ley (estatutaria), porque ningún borrador de ley, decreto o acto administrativo se ha consultado con los pueblos -todas han sido iniciativas unilaterales-, y además, todos ellos versan exclusivamente sobre la explotación de recursos.

Así, el Decreto 1320 de 1998 se titulaba: “por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio” y, la Directiva Presidencial 01 de 2010

ención represente un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve poner en riesgo la existencia de la misma”.

21. Solo durante el segundo periodo presidencial de Juan Manuel Santos, y en razón a la atmósfera creada alrededor del Acuerdo de Paz, el gobierno se puso al día con la regulación de algunas temáticas, como el funcionamiento político administrativo de los Territorios Indígenas respecto de la administración de sus sistemas propios (educación, salud intercultural y jurisdicción especial indígena) a través del Decreto 1953 de 2014.

advertía en su articulado que, “si bien es cierto que la realización del proceso de consulta previa en los casos previstos en los acuerdos internacionales es obligatoria, los grupos étnicos nacionales, en ejercicio de este derecho fundamental no pueden vetar el desarrollo de proyectos”. Los borradores que se han filtrado y las propuestas que han llegado al Congreso han reproducido el mismo contenido o hecho más evidente aun la intención de limitar el alcance de las consultas.

Por ejemplo, en octubre de 2018 presentamos ante el Congreso, a petición de la bancada indígena, un concepto técnico sobre la inviabilidad del Proyecto de Ley 134 de 2018, “Por el cual se regula el derecho fundamental a la Consulta Previa y se dictan otras disposiciones”, fundamentalmente por no haber sido concertada con los pueblos y en cambio, haber sido construida con y desde el sector privado, como se reconocía en la exposición de motivos:

Esta iniciativa [...] ha sido producto de un trabajo mancomunado que se ha venido realizando hace ya varios años con diferentes gremios de los sectores relacionados con la generación de energía eléctrica; sector minero; empresas que desarrollan actividades relacionadas con la exploración, explotación, transporte y distribución de petróleo; con empresas productoras, transportadoras, distribuidoras y comercializadoras de gas natural y compañías encargadas del desarrollo de la infraestructura en nuestro territorio.

Evidentemente, el origen de la propuesta impregnaba el contenido de la ley de un sentido limitante de la participación de los pueblos en las decisiones que afectan sus territorios y formas de vida: se reiteraba la no procedencia del veto, se imponía un carácter express de las consultas, se distorsionaba la noción de territorio y pervertía el sentido del principio de interés general, e imponía la intervención de la Fuerza Pública en los territorios. La norma era, curiosamente, muy explícita: se mencionaba que su expedición era necesaria debido a la prevalencia de una “interpretación excesivamente garantista de la Constitución y/o un posible abuso de quienes intervienen en [las consultas]”.

Si bien, en el pasado, la Corte Constitucional inaplicó la mayoría de estos instrumentos y en cambio, construyó estándares para su procedibilidad, en agosto de 2013 el Departamento Nacional de Planeación emitió el documento Conpes 3762²² con los “Lineamientos de política para el desarrollo de proyectos de Interés Nacional y Estratégicos –PINES–”, dentro de los que se cuentan los proyectos e infraestructura, hidrocarburos, minería y energía. En este texto, la consulta se caracterizó como uno de los “cuellos de botella que afectan la agilidad y viabilidad del desarrollo de los proyectos en estos sectores”, respaldado en las cifras:

22. Un tipo específico de estudio administrativo que opera como instrumento de planeación del desarrollo económico y social en el país.

Tabla 1
Proyectos de interés nacional y estratégicos con dificultades en trámites

PROYECTOS ESTRATÉGICOS INFRAESTRUCTURA				
	Total proyectos identificados	Problemas ambientales	Problemas de consulta previa/Participación comunitaria	Problemas de adquisición predial
ENERGÍA	9	67%	33%	11%
MINERÍA	15	93%	7%	0%
VÍAS	29	79%	41%	59%
TOTALES	53	80%	27%	23%

Proyectos identificados por Presidencia.

En el documento se recomendó hacer procesos de consulta más eficientes, lo que derivó en la expedición del Decreto 2613 de 2013, que adoptó un Protocolo de coordinación interinstitucional para las consultas específicamente en los proyectos prioritarios, presentados y monitoreados por el gerente de PINES, y aquellos que presenten dificultades de gestión durante el desarrollo de la consulta, si así lo solicita el Gerente de los PINES, es decir, una vez más, se regula el derecho para lograr la explotación de recursos.

¿El resultado? Un aumento de protocolizaciones inusitado, el Ministerio del Interior mostró en 2016, que el total de consultas protocolizadas pasó de 608 en el periodo 2003 a 2010, a 4818 en el periodo 2011 a 2016,²³ y se ha llegado a mencionar la realización de más de dos mil consultas al año.²⁴

Consultas para blindar proyectos: una cuestión de seguridad jurídica

Las consultas hechas para viabilizar proyectos se convierten en un fin en sí mismas: hay que hacer las consultas porque son el requisito procedimental para legitimarlos, o si se quiere, blindarlos. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam de 2007, en el que solicitaba la protección de los derechos vulnerados por concesiones madereras, envió un mensaje muy claro a los gobiernos: la omisión de las consultas puede implicar la responsabilidad internacional del Estado y de rebote, causar inestabilidad a los proyectos.²⁵

23. Ministerio del Interior, Comunicado a la Opinión Pública Dirección de Consulta Previa Ministerio del Interior. Junio 15 de 2016. Recuperado de: <<https://bit.ly/2VHmyqQ>>.

24. Ministerio del Interior, Sala de Prensa. "En Colombia se hacen más de 2.000 consultas al año", 20 de Febrero de 2014. Recuperado de: <<https://bit.ly/2X2yyU4>>.

25. Esta máxima se haría más profunda e insalvable en casos subsiguientes, por ejemplo, en la sentencia del caso del pueblo Sarayaku vs. Ecuador de 2012, se lee como "la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional" (Párr. 164), y en el caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz vs. Honduras, la ColDH reiteró la

Aunque tiendan a exponerse diferentes razones, en realidad, las preocupaciones del sector empresarial se asientan en el principio de seguridad jurídica. No se oponen a las consultas como derecho de participación, se oponen a que sus reglas no sean precisas, a que su alcance no esté delimitado y a que los tiempos de ejecución no estén perfectamente definidos.

En realidad, existe conciencia de que las consultas son útiles a la explotación, pues cuando debían hacerse y no lo fueron, o se surtieron con la violación de alguno de los aspectos sustanciales que debe caracterizarlas, tales infracciones no se resuelven con la suspensión o terminación del proyecto, ni siquiera con sanciones administrativas, sino con la realización de una “nueva” consulta que tiene por objeto discutir la indemnización de daños causados, mitigar otros y repartir beneficios del proyecto. Ahí se hace evidente que resulta más rentable *pedir perdón, que pedir permiso*, lo que puede explicar la tendencia regional a que las consultas no sean previas sino *ex post*.

No obstante, cuando una consulta no se lleva a cabo o se hace inadecuadamente y el proyecto si se realiza, el derecho a la participación se extingue y esto no tiene forma de ser reparado.²⁶ Si los pueblos no tuvieron oportunidad de informarse, de reaccionar social, política o económicamente a las iniciativas e influenciar sustancialmente la decisión finalmente adoptada, la nueva consulta no es una consulta en los términos del Convenio, pues carece de sus elementos esenciales, sino que emerge como mecanismo indemnizatorio. Pero; esa indemnización constituye una acción o intervención *con daño*, pues, en no pocos casos, impone la aceptación del proyecto, en contravía de la propia visión de desarrollo, de la ley de origen y de las creencias espirituales que vinculan las formas de vida de los pueblos con el cuidado de la naturaleza.

Si desde el comienzo la postura de los pueblos es la no realización de una explotación o uso territorial pues consideran que puede afectar negativamente sus formas de vida, creencias o a la madre tierra, pacha mama, espíritu viviente u otra representación de sus creencias espirituales, la consulta *ex post* es un mecanismo que violenta y transgrede a los pueblos y tergiversa el sentido más general

obligación estatal de “organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a las comunidades indígenas y tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia (Párr. 159)”.

26. Debe tenerse en cuenta que los derechos contienen elementos esenciales, poseen un núcleo o características que sin ellas, dejan de ser tales. En el caso del derecho a la consulta, se trata de los elementos: ser previas, libres, informadas, de buena fe, con carácter culturalmente apropiado y bajo un diálogo intercultural que lleve a decisiones razonadas. Con esas características, se construyen indicadores para medir la satisfacción de ese derecho. Para más información sobre sus elementos, puede verificarse el texto “Modelo de indicadores para la realización de consultas en el marco del Buen Vivir: una revisión de salvaguardias para los pueblos indígenas en consultas de medidas administrativas”, Murcia, Diana (2016), en *Consulta previa y modelos de desarrollo: juego de espejos. Reflexiones a propósito de los 25 años del Convenio 169 de la OIT*. Puyana, Aura María, Compiladora. GIZ y RedObserva.

del Convenio. Esa consulta sustitutiva culmina el proceso de conversión de un derecho de participación en uno de carácter patrimonial.

Los avatares del consentimiento

En cuanto al consentimiento, el Convenio lo toma como uno de los fines de la consulta: llegar a un acuerdo o “lograr el consentimiento” de los pueblos (arts. 6.2 y 19), por ejemplo, ante la consideración de proyectos que afecten sus territorios o tengan como objeto explotar sus recursos (art. 32.2), pero también lo establece como el requisito *sine qua non* cuando se considera el traslado o reubicación de los pueblos (art. 16.2) y el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus tierras o territorios (art. 29.2).

La fórmula se repite en la Declaración de Naciones Unidas. El consentimiento es el fin del procedimiento de las consultas (art. 19) –particularmente las de proyectos que afecten sus territorios (art. 32.1)-, lo que faculta a la exigencia de reparación por la ocupación, utilización o daño de los territorios y recursos que poseen (art. 28), y opera como requisito *sine qua non* igual que en el Convenio, frente al traslado de sus tierras y territorios (art. 10), y el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en ellos (art. 29.2).

En la Declaración Americana el consentimiento también es un fin del procedimiento de las consultas (art. 23.2), en particular en lo relativo a la protección del patrimonio cultural y la propiedad intelectual de los pueblos indígenas (art. 28.3), facultando la procedibilidad de reparación por la privación de sus bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales (art. 13.2), así como ante la aprobación de proyectos de utilización o explotación de sus recursos (art. 29.4), y en cuestiones novedosas como ser objeto de programas de investigación, experimentación biológica o médica y esterilización (art. 18.3).

La CIDH, tomando como base lo establecido por el REDPI amplió, en el ya mencionado caso Saramaka, las causales para hacer exigible el consentimiento, cuando se está frente a planes de desarrollo o inversión a gran escala, en los siguientes términos:

[...] la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre “consulta” y “consentimiento” en este contexto requiere de mayor análisis.

Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que: [s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida

de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia. En consecuencia, el Relator Especial de la ONU determinó que “[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo.”²⁷

En un proyecto extractivo a gran escala²⁸ generalmente concurren las tres condiciones que deberían dar lugar a exigir el consentimiento, o que el *no* de las comunidades sea vinculante: en primer lugar, el vertimiento de elementos tóxicos, en segundo lugar, un alto impacto del proyecto sobre la vida de las comunidades y finalmente, el desplazamiento del territorio. No obstante, en la práctica el consentimiento no opera, ¿por qué?

Los Estados han interpretado que los vertimientos están permitidos en tanto operen licencias ambientales que prevean la forma de contener esos residuos y prevenir impactos, aunque los instrumentos solo hablen del vertimiento de sustancias tóxicas, sin más. Allí se pone en operación un derecho regulatorio permeado por la flexibilización de las salvaguardias ambientales, cuyas características están marcadas no por las necesidades de la protección de la integridad ambiental de los territorios, sino por las tecnologías existentes y proporcionadas por las empresas en el manejo y supervisión de los residuos.

En cuanto al impacto de los proyectos sobre la vida de las comunidades, los Estados y las empresas también son muy hábiles en mostrar el carácter dinámico de la evolución cultural de los pueblos, para demostrar que los cambios sociales son positivos. Así mismo, muestran las formas propias de vida, como escenarios de pobreza y subdesarrollo que deben ser superados. En la práctica opera la asimilación forzada al modelo de desarrollo, justamente lo que se quería evitar con el Convenio.

27. CoIDH, Caso Saramaka vs. Suriname. 2007. Párr. 134 y ss.

28. Caracterizado por el Relator como “un proceso de inversión de capital público y/o privado, nacional o internacional para la creación o la mejora de la infraestructura física de una región determinada, la transformación a largo plazo de las actividades productivas con los correspondientes cambios en el uso de la tierra y los derechos de propiedad sobre la misma, la explotación en gran escala de los recursos naturales incluidos los recursos del subsuelo, la construcción de centros urbanos, fábricas, instalaciones mineras, centrales energéticas, refinerías, complejos turísticos, instalaciones portuarias, bases militares y empresas similares. El objetivo de dichos proyectos puede variar, desde el fomento del desarrollo económico hasta el control de las inundaciones, la generación de energía eléctrica y otros recursos energéticos, la mejora de las redes de transporte, la promoción de las exportaciones con el fin de obtener divisas, la creación de nuevos asentamientos, la garantía de la seguridad nacional, y la creación de oportunidades de empleo e ingresos para la población local”. Informe E/CN.4/2003/90 del 21 de enero de 2003. Párr. 6.

Finalmente, el desplazamiento del territorio termina produciéndose como una especie de aluvión²⁹ humano. Los proyectos limitan la movilidad de las personas en su territorio, ponen en riesgo los medios de vida tradicionales ligados a la caza, pesca y agricultura, impactan en las formas de reproducción cultural con la limitación del uso de la lengua propia o el socavamiento de la autoridad tradicional. Así, de forma imperceptible y por fenómenos que son considerados ajenos al proyecto mismo, la gente se desplaza del territorio.

El Convenio más allá de las consultas o a pesar de ellas

El Convenio impone el deber de los Estados de “proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad” (art. 2.1), en particular la medio ambiental (art. 4.1) y la de sus valores (art. 5b); promover “la plena efectividad de los [DESC], respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones” (art. 2.2b) y su derecho consuetudinario (art. 8.1), debiendo orientar todo proyecto de desarrollo al “mejoramiento de sus condiciones de vida” (art.7.2) y que gocen “plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación” (art. 3.1). También advierte que “no deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio” (art. 3.2).

<p>Principio y derecho a la participación –general– de los pueblos</p> <p>En el Convenio 169 y las Declaraciones de Naciones Unidas y Americana</p>	- En la adopción de decisiones en cuestiones que afecten sus derechos, como la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones.
	- En programas de fortalecimiento de sus actividades económicas de subsistencia.
	- En la formulación y ejecución de programas de educación
	- En la vida política, económica, social y cultural del Estado, en las instituciones, cuerpos deliberantes y foros nacionales
	- En programas de formación profesional de aplicación general
	- En la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan
	- En el reconocimiento de las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra propios.
	- En las medidas de asistencia técnica y cooperación financiera en los asuntos que les concierne.
	- En la promoción de medidas que promuevan la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas
	- En la adopción de medidas relativas a la preservación, uso y transmisión de su historia, conocimientos, lengua y tradiciones.

29. Aluvión en los términos del código civil colombiano que lo establece como una forma de accesión: “el aumento que recibe la ribera de un río o lago por el lento e imperceptible retiro de las aguas” (art.719).

Sin la consideración de estas cláusulas, toda política de Estado hacia ellos será nefasta. El Convenio contiene, además, un par de derechos de los que muy poco se habla. En primer lugar, el derecho de los pueblos a *decidir* “sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera” (art. 7.1), y el derecho a *participar* en las acciones para su protección (art. 2.1), en la configuración de instituciones y programas (art. 6.1b), que les conciernan, en particular los de desarrollo (art. 7.1), así como en la “utilización, administración y conservación de [los] recursos [naturales existentes en sus territorios]” (art. 15.1).

Esto significa que existe una cláusula general de participación que es la base de los mecanismos específicos de coordinación entre los pueblos y el Estado. Muy seguramente, si la participación de los pueblos étnicos en la vida nacional fuera mayor, el uso a la consulta sería menor. En cambio, lo que se observa es que mientras los sistemas políticos están más cerrados a las iniciativas de estos pueblos, mientras mayor discriminación y racismo caracteriza a una sociedad, más se usa el mecanismo de la consulta para validar decisiones, por cierto, ya tomadas por las autoridades.

La distinción entre participación y consulta no es una cuestión despreciable, pues va a indicarnos que la consulta no agota el derecho a la participación y que la participación no se expresa exclusivamente a través del derecho a la consulta.

En el Manual de 2003 sobre el Convenio 169, la OIT trata en dos apartados diferentes el derecho a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas y tribales. Sobre éste afirma que: “para poder controlar el ritmo y la amplitud de su desarrollo, los pueblos indígenas y tribales deben participar plenamente en todos los procesos que puedan afectarlos” (arts. 6.1 y 7.1); sobre el primero, la OIT resalta que se trata de un mecanismo que posiciona mejor a los pueblos en escenarios de negociación al “disponer el espacio necesario para que los pueblos indígenas y tribales puedan negociar para proteger sus derechos” (arts. 6.1 y 6.2). Y luego, incorpora un ejemplo:

Si bien cinco comunidades Cree de Manitoba (Canadá), que habían sufrido daños ecológicos y despojo de tierras como consecuencia de un gran proyecto hidroeléctrico, se opusieron al mismo, no pudieron impedir su realización. En 1977 negociaron con el Gobierno Federal un conjunto de compensaciones, conocido como el Acuerdo de las Aguas del Norte, en virtud del cual, además de tierras que compensaban las inundadas, los damnificados obtuvieron que la gestión de la fauna y la flora salvaje estuviese bajo la responsabilidad de los Cree, así como el control y la garantía de “suministrar disponibilidades continuas de agua potable.”³⁰

30. OIT, Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: Un Manual. Página 16.

La OIT refuerza la idea de que la consulta es un escenario de negociación y, ciertamente la consulta convoca a la mesa de negociación a comunidades que de otra manera no serían invitadas. Es evidente, además, que la negociación es parte integral de su naturaleza, es en lo que consiste el diálogo intercultural y que el Convenio invoca dos elementos clave en la negociación: las utilidades de un proyecto, esto es, la repartición de los beneficios de la explotación y la indemnización equitativa por daños causados (art. 15.2).

La negociación es para lograr acuerdos que de no producirse, facultan al Estado a tomar una decisión, en principio, desprovista de arbitrariedad. El problema es que el Estado llega a las consultas después de haber comprometido recursos naturales presentes en los territorios indígenas con agentes privados u otros gobiernos, después de firmar tratados internacionales de comercio, después de haber declarado que esos recursos son bienes estratégicos, de seguridad nacional, de orden público, en suma, que son *raison d'état*.

La negación de gobiernos, como el colombiano, a suscribir instrumentos como la Declaración de Naciones Unidas, tiene de fondo un sentido ligado a la interpretación del derecho. Mientras la construcción del derecho a la consulta en la OIT es conservadora y ha sido tajante en la negación del veto,³¹ para la CIDH existe en la consulta una dimensión de participación con influencia en la decisión que no puede desconocerse:

Para asegurar que los procesos de consulta sean un medio que permita garantizar los derechos que puedan resultar afectados, debe implicar la evidencia de modificación de los planes o proyectos basados en las opiniones, preocupaciones y aportaciones de los pueblos indígenas y tribales. La CIDH se ha referido ya al *deber de acomodo*, teniendo en cuenta que el deber de consulta requiere, de todas las partes involucradas, flexibilidad para acomodar los distintos derechos e intereses en juego, dado que los planes o proyectos de extracción, explotación o concesiones extractivas afecten de manera sustancial al derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos. Así, ha señalado que es deber de los Estados “ajustar o incluso cancelar el plan o proyecto con base en los resultados de la consulta con los pueblos indígenas, o, en defecto de tal acomodo, el de proporcionar motivos objetivos y razonables para no haberlo hecho.”³²

Si la consulta no culmina con un fortalecimiento organizativo y territorial de los pueblos, el procedimiento es espurio. Por eso, la reivindicación fundamental

31. “Las consultas pro forma o la simple información no cumplirán con los requisitos del Convenio. Al mismo tiempo, dichas consultas no implican un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento. CEACR, Observación general sobre el Convenio núm. 169, formulada en el 2010 y publicada en 2011” En: OIT “Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT” 2013. Página 13.

32. CIDH. Informe “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo”, 2015. Párr. 181.

no debe ser la consulta, sino la participación con garantía de influencia en la decisión y ante proyectos a gran escala, el consentimiento.

Algunos elementos ya han sido abordados para sustentar esta postura. Por ejemplo cabe resaltar el valor democrático que tiene el *no*, como lo menciona el Mecanismo “la circunstancia de no dar el consentimiento puede constituir un mecanismo positivo para la democracia y la gobernanza inclusiva y revestir importancia crítica para que, en última instancia, una propuesta o un proyecto culmine con éxito”.³³ También cabe recabar en el estatus jurídico de los acuerdos alcanzados en los procesos de consulta, concertación, participación o consentimiento. Dilucidar la naturaleza del acto administrativo y la jerarquía normativa que tiene es fundamental para alcanzar el principio de la buena fe y el propósito de hacer justiciables los derechos eventualmente vulnerados. En Colombia, por ejemplo, el Consejo de Estado³⁴ avanzó en considerar las actas de acuerdos o protocolización de las consultas como una especie de “actos administrativos consensuales”. Su denominación será importante en cada contexto para poder dar valor a la palabra del Estado, que tantas veces ha empeñado y luego defraudado.

En suma, la (nueva y mejorada) participación de la que hablamos, es un modelo para armar.

Bibliografía

Asamblea General de las Naciones Unidas.
2016 *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*.

2007 *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Código: A/RES/61/295; Documento oficial.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2015 *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L).

Congreso de la República de Colombia.
2018 “Proyecto de Ley 134”.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil.

2016 “Consejero ponente: Álvaro Namén Vargas. Radicado 11001-03-06-000-2016-00057-00(2290). 30 de agosto. Bogotá.

Consejo Nacional de Política Económica y Social.

2013 “Lineamientos de Política para el Desarrollo de Proyectos de Interés Nacional y Estratégico- PINES”. Departamento Nacional de Planeación. Documento 3762/20 de agosto. Bogotá.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.
2015 *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz vs. Honduras*.

2012 *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador*.

33. Informe A/HRC/39/62 de 10 de agosto de 2018. Párr. 27.

34. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Álvaro Namén Vargas. Bogotá, 30 de agosto de 2016. Radicado 11001-03-06-000-2016-00057-00(2290).

- _____.
 2007 *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C Nº 172. Murcia, Diana.
- 2016 *Consulta previa y conflictos territoriales en pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes. Observaciones y recomendaciones de Organismos de Naciones Unidas a los Estados de Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*. Programa Regional Fortalecimiento de Organizaciones Indígenas en América Latina (ProIndígena) de la GIZ. Bogotá.
- _____.
 2016 "Consulta previa y modelos de desarrollo: juego de espejos. Reflexiones a propósito de los 25 años del Convenio 169 de la OIT. Aura María Puyana (Comp.) En *Consulta Previa y Modelos de Desarrollo: Juego de espejos. Reflexiones a propósito de los 25 años del Convenio 169 de la OIT*. GIZ y RedObserva. Bogotá.
- Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
 2018 "Informe A/HRC/39/62". 10 de agosto. Ministerio del Interior.
 2016 *Comunicado a la Opinión Pública Dirección de Consulta Previa*. Junio 15.
 2014 "En Colombia se hacen más de 2.000 consultas al año". Sala de Prensa, 20 de Febrero.
 2013 *Decreto 2613*.
 2010 *Decreto 2957*.
 1996 *Decreto 1397*.
 Organización Internacional del Trabajo.
 1986 *Convenio 169*.
- _____.
 2003 "Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: Un Manual." Presidencia de la República de Colombia.
 2018 *Decreto 1372*
- _____.
 2013 *Directiva Presidencial 01 de 2013*. Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
 2003 "Informe E/CN.4/2003/90". 21 de enero.