

PROTOCOLOS AUTONÓMICOS DE CONSULTA PREVIA INDÍGENA EN AMÉRICA LATINA

Estudios de casos en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Honduras, México y Perú



Editor: Salvador Millaleo Hernández

Leonardo J. Alvarado
Federica Barclay
Elisa Cruz Rueda
Priscylla Joca
Valentina López Garrido
Diana A. Mendoza
Salvador Millaleo Hernández
Miguel Vargas Delgado

PROTOCOLOS AUTONÓMICOS DE CONSULTA PREVIA INDÍGENA EN AMÉRICA LATINA

ESTUDIOS DE CASOS EN BOLIVIA, BRASIL, CHILE,
COLOMBIA, HONDURAS, MÉXICO Y PERÚ

Editor Salvador Millaleo Hernández

Autores Leonardo J. Alvarado
Federica Barclay
Elisa Cruz Rueda
Priscylla Joca
Valentina López Garrido
Diana A. Mendoza
Salvador Millaleo Hernández
Miguel Vargas Delgado

IWGIA

Octubre 2020

PROTOCOLOS AUTONÓMICOS DE CONSULTA PREVIA INDÍGENA EN AMÉRICA LATINA

ESTUDIOS DE CASOS EN BOLIVIA, BRASIL, CHILE, COLOMBIA, HONDURAS, MÉXICO Y PERÚ

Copyright: los autores, IWGIA y la Fundación Ford

Producción editorial: Alejandro Parellada, IWGIA

Diagramación: Jorge Monrás

Foto portada: Pablo Lasansky, Nación Wampis, Perú

CATALOGACIÓN HURIDOCS

Producción editorial: IWGIA

Editor: Salvador Millaleo Hernández

Asistente de edición: Valentina López Garrido

Autores: Leonardo J. Alvarado, Federica Barclay, Elisa Cruz Rueda, Priscylla Joca,
Valentina López Garrido, Diana A. Mendoza, Salvador Millaleo Hernández,
Miguel Vargas Delgado

ISBN: 978-87-93961-18-0

Idioma: castellano

Número de páginas: 272

Index: 1. Pueblos Indígenas – 2. Protocolos – 3. América Latina

Área geográfica: América Latina



**GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO
SOBRE ASUNTOS INDIGENAS**

Prinsessegade 29B, DK-1422 – Copenhague, Dinamarca
Tel: (+45) 53 73 28 30 – E-mail: iwgia@iwgia.org – Web: www.iwgia.org



**FORD
FOUNDATION**

Autores

Salvador Millaleo Hernández

Abogado perteneciente al Pueblo mapuche, Dr. Phil en Sociología (U. de Bielefeld, Alemania), profesor asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, miembro del Comité del Programa de Doctorado en Derecho de la U. de Chile, investigador del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, miembro del Consejo de la Cátedra Indígena de la Universidad de Chile, investigador Asociado del Instituto de Ecología y Biodiversidad. Ha sido miembro del Consejo Ciudadano de Observadores del Proceso Constituyente en Chile (2015-2017). Actualmente es consejero del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

Valentina López Garrido

Abogada, Asistente en el Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile. Investigadora asistente en proyecto “Estudio de casos sobre Protocolos Autónomos de consulta indígena en América” coordinado por IWGIA, 2020.

Miguel Vargas Delgado

Especialista en Derechos de los Pueblos Indígenas con estudios en Derecho en la Universidad Mayor de San Andrés (La Paz) y Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Andina “Simón Bolívar” (Sede La Paz). Trabaja vinculado a organizaciones indígenas de Bolivia desde el año 2007. En la actualidad es director ejecutivo del Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social (CEJIS).

Priscylla Joca

Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Federal de Ceará. Estudiante de doctorado en derecho en la Universidad de Montreal (Canadá) donde investiga sobre el derecho al consentimiento libre, previo e informado y los protocolos autonómicos elaborados por comunidades indígenas, comunidades quilombolas y tradicionales. Investigadora colaboradora del Observatorio de Protocolos Comunitarios de Consulta y Consentimiento Libre, Previo e Informado: derechos territoriales, autodeterminación y jusdiversidad.

Diana Alexandra Mendoza

Antropóloga colombiana, Máster en “Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho”, y especialista en Gestión Cultural. Asociada a INDEPAZ como investigadora independiente. Tiene una amplia trayectoria en derechos individuales y colectivos, medio ambiente y cultura.

Leonardo J. Alvarado

M.A., J.D., L.L.M., abogado, consultor y experto en derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas. Ha trabajado en las Relatorías sobre pueblos indígenas de la ONU y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y anteriormente en la Oficina en Honduras del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Fue docente en Estudios Indígenas Aplicados en la Universidad del Norte de Arizona y en el Programa de Política y Derecho de los Pueblos Indígenas de la Universidad de Arizona.

Elisa Cruz Rueda

Profesora-investigadora de tiempo completo por oposición en la Escuela de Gestión y Autodesarrollo Indígena de la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH). Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Maestra y doctora en Ciencias Antropológicas por la Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa. Investigadora del Sistema Nacional de Investigadores ONACYT, con nivel SNI-2. Ha impartido cursos sobre el Peritaje en Antropología social y los Sistemas Normativos Indígenas. Su último libro es de 2018 con el título: Derecho indígena: dinámicas jurídicas, construcción del derecho y procesos de disputa. Libro electrónico. INAH, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes (CONACULTA). México.

Frederica Barclay

Antropóloga de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Investigadora del Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos – Perú Equidad; doctora (Ph.D.) en Historia, Universidad de Barcelona, España; maestría en Antropología Social de la London School of Economics and Political Science.

Contenido

CAPITULO I

Protocolos Autonómicos en América Latina: Introducción General a los Estudios de Casos

Salvador Millaleo Hernández	14
1. El estatus de los pueblos indígenas: autodeterminación y autonomía en la consulta indígena a través de los protocolos	14
2. Extractivismo y conflictos territoriales	14
3. Derecho de la convivialidad	19
4. Derecho consuetudinario y protocolos	20
5. Crisis del derecho a la consulta Indígena en la región.....	21
6. Contenidos normativos de los protocolos autonómicos	23
7. Reconocimiento estatal a los protocolos y conflictos normativos.....	23
Referencias	25

CAPITULO II

Panorama General

Valentina López Garrido	26
Introducción	26
1. Los protocolos autónomos en el marco de la autonomía indígena y el derecho a la autodeterminación	27
2. Los protocolos autónomos a la luz de los casos de estudios.....	29
a. Proceso de elaboración y antecedentes de surgimiento.....	29
b. Proceso de elaboración propiamente tal	29
c. Naturaleza y alcance	30
d. Contenido normativo y sujetos regulados	30
e. Funciones.....	30
3. Reflexiones finales	31
Referencias	32

CAPITULO III

Bolivia: el caso del territorio autónomo indígena Charagua Iyambae

<i>Miguel Vargas Delgado</i>	35
Introducción	35
1. Estado de situación: los protocolos de consulta previa como medio para superar el estado de cosas inconstitucional	35
2. Estudio de caso: protocolos de consulta previa en la autonomía guaraní Charagua Iyambae.....	39
2.1. Marco constitucional de los protocolos de consulta previa en el ámbito de la autonomía indígena originaria campesina.....	39
2.2. Jurisprudencia sobre los protocolos de consulta previa en el ámbito de la autonomía indígena originaria campesina.....	41
2.2.1. SCP 0874/2014	42
2.2.2. SCP 2003/2010 – R.....	43
2.2.3. SCP 0300/2012	45
2.2.4. SCP 2056/2012	46
2.3. La aplicación de protocolos de consulta previa en la autonomía guaraní de Charagua Iyambae.....	48
2.3.1. Contexto social e histórico del Pueblo Indígena Guaraní de Charagua Iyambae.....	49
2.3.2. El gobierno autónomo de Charagua Iyambae.....	54
2.3.3. La consulta previa en Charagua Iyambae.....	54
2.3.4. La consulta previa y los protocolos en la autonomía Guaraní de Charagua Iyambae	60
3. Buenas Prácticas y Desafíos.....	64
Referencias	66

CAPITULO IV

Protocolos Indígenas de Consulta e Consentimiento no Brasil

<i>Priscylla Joca</i>	68
Introdução	68
1. A emergência de protocolos indígenas de consulta e consentimento no Brasil.....	70
1.1. O protocolo Wajãpi	72
1.2. O surgimento de outros protocolos indígenas.....	75
2. E o que comunicam os conteúdos dos protocolos elaborados por povos indígenas?.....	76
2.1. Dever de consultar e responsáveis pela implementação da consulta.....	77
2.2. O que deve ser objeto de consulta e tomada de consentimento.....	78
2.3. Normas relativas aos processos de tomada de decisão	78

2.4	Normas que guiam o diálogo com o Estado.....	81
2.5	Regras concernentes à relação com atores não-estatais (empresas)	82
2.6	Necessidade de financiamento para a realização da consulta.....	82
2.7	Indicação de possíveis apoios técnicos, acadêmicos e governamentais	83
2.8	Riscos ou ameaças quanto ao processo de consulta identificados nos protocolos	83
2.9	Enunciados para guiar a avaliação do processo de consulta.....	84
2.10	Regras concernentes ao encerramento do processo de consulta	84
2.11	Referência dos protocolos aos direitos territoriais de povos indígenas.....	85
3.	O nível de reconhecimento e a aplicação dos protocolos no Brasil	86
3.1	A aplicação do protocolo Wajãpi.....	86
3.2	Aplicação de outros protocolos autônomos de consulta e consentimento	88
3.3	O reconhecimento dos protocolos autônomos de consulta e consentimento pelo Estado	92
4.	Contribuições dos protocolos para a implementação do DCCLPI no Brasil	95
4.1	Contribuições nos processos de elaboração dos protocolos	95
4.2	A aplicação dos protocolos como guia para a realização da consulta	95
	Conclusão	98
	Referências	99

CAPITULO V

Protocolo del Pueblo Yagán en Chile

<i>Salvador Millaleo Hernández</i>	106
Introducción	106
1. Consulta Previa y Autodeterminación	109
2. Pueblo y Maritorio Yagán	110
3. Conflictos socioambientales.....	119
4. Protocolo Yagán de 2017	129
4.1. Génesis del Protocolo Yagán	129
4.2. Obligaciones en el Protocolo Yagán.....	132
4.3. Utilización del Protocolo Yagán	135
Referencias	137

CAPITULO VI

Protocolos Autonómicos de Consulta Previa en Colombia: restablecimiento de los derechos a la autonomía y la autodeterminación en pueblos y comunidades étnicas de Colombia

<i>Diana Alexandra Mendoza</i>	140
--------------------------------------	-----

Introducción	140
1. El descrédito de la Consulta Previa	140
2. El Covid-19 en la escena de la Consulta Previa	144
3. Los derechos a la autonomía y la libre determinación	147
4. Los protocolos autonómicos de CP en Colombia.....	150
4.1. Una respuesta al vaciamiento de la consulta y el consentimiento	150
4.2. Protocolo Autónomo del Pueblo Arhuaco para el Relacionamento con el Mundo Externo incluyendo la Consulta y el Consentimiento Previo, Libre e Informado (Confederación Indígena Tayrona - CIT).....	154
4.2.1 Conflictos en territorio del pueblo arhuaco	155
4.2.2 Pilares del Protocolo Arhuaco	157
4.3. Protocolo Autónomo del Pueblo Nasa de Cerro Tijera (Base para la Consulta Previa Interna-Externa y el Consentimiento Previo, Libre e Informado) - Autoridades Ancestrales -Thë'walawesx- y autoridades de gobierno propio Kha'buwesx-, líderes y lideresas del Pueblo Nasa -Nasawe'sx- del resguardo de Cerro Tijeras.....	159
4.3.1 Conflictos territoriales y consulta previa en Cerro Tijeras	159
4.3.2 Pilares en el Protocolo Nasa de Cerro Tijeras.....	161
4.3.3 Protocolo Pueblo Negro Nortecaucano para la Consulta y Consentimiento Previo Libre e Informado - Consejos Comunitarios de los municipios de Suárez y Buenos Aires del Departamento del Cauca	166
4.3.3.1. Conflictos territoriales y consulta previa en comunidades negras	168
4.3.3.2. Pilares en el Protocolo de Consejos Comunitarios Negros.....	170
5. Reconocimiento y aplicación de los protocolos autonómicos en el Estado colombiano	173
6. Epílogo	176
Referencias	178

CAPITULO VII

Los Protocolos Indígenas en Honduras ante la Problemática de la Implementación de la Consulta Indígena: experiencias de los Pueblos Nahua y Miskitu

Leonardo J. Alvarado..... 180

Introducción

1. La relación del Estado con los pueblos indígenas y la situación de los Pueblos Nahua y Miskitu	180
1.1. El Pueblo Nahua.....	183
1.2. El Pueblo Miskitu	183
2. Análisis de los protocolos: elaboración, contenido y aplicación	184
2.1. El Protocolo Nahua.....	184

2.2. Protocolo Biocultural del Pueblo Indígena Miskitu.....	187
3. Buenas prácticas y desafíos en la implementación de los protocolos en Honduras	190
3.1. Aliados clave para el desarrollo de los protocolos y otras iniciativas	191
3.2. Fortalecimiento y empoderamiento de instituciones indígenas.....	192
4. Reconocimiento y aplicación de los protocolos indígenas	193
4.1. Las iniciativas de ley de consulta	195
4.2. Prácticas de las entidades estatales	196
4.3. Contexto nacional de violaciones a los derechos humanos.....	197
5. Otras consideraciones sobre el contenido de los protocolos	198
6. Conclusión	199
Referencias	200

CAPITULO VIII

El Caso Mexicano: Oaxaca, Chiapas y Campeche

<i>Elisa Cruz Rueda</i>	202
Introducción	202
1. Presentación del caso mexicano.....	203
1.1. Acuerdos de San Andrés 1996 (contexto común para Oaxaca, Chiapas y Campeche).....	204
1.2. Descripción de los reglamentos internos y estatutos comunales como marco normativo de autonomía.....	206
1.3. Problemas o brechas de implementación	208
2. Análisis de los modelos de gestión autodeterminada de la consulta: reglamentos ejidales y estatutos comunales como instrumentos de autonomía en el reforzamiento de la autonomía indígena.....	209
2.1. Explicación de los mecanismos y herramientas, y su operación concreta: Dos lógicas jurídicas en acción	211
2.2. El problema de la denominación de “Protocolos” frente a los reglamentos internos o estatutos comunales.....	214
3. Fichas de Casos.....	216
3.1. Oaxaca y Chiapas: las comunidades indígenas y sus reglamentos/ estatutos comunales.....	216
3.2.1. San Marcos Móctum, Totontepec, Oaxaca.....	216
3.2.2. Guevea de Humbolt, municipio del mismo nombre, Oaxaca.....	220
3.2.3. Ejido Tamiperla, municipio de Ocosingo, Chiapas.....	227
3.2. Precedentes y jurisprudencias sobre derechos de indígenas y sus pueblos en México	232
3.2.1. Libre Determinación y Autonomía de los Pueblos y Comunidades Indígenas.....	232

3.2.2. Ejidos y Comunidades Agrarias	232
3.2.3. Derecho Humano a la Consulta Previa a las Personas y Pueblos Indígenas.....	233
3.2.4. Personas y Pueblos Indígenas.....	234
3.2.5. Derecho Humano de las personas y comunidades indígenas a ser consultados: dimensión y relevancia	235
3.2.6. Casos en la CIDH, Fernández Ortega vs. México o Rosendo Cantú vs. México.....	236
4. El caso de Campeche y el amparo contra el llamado proyecto de desarrollo “Tren Maya”	236
4.1. Análisis sobre el llamado Proceso de Consulta Indígena y Jornada de Ejercicio Participativo Ciudadano sobre el “Proyecto de Desarrollo Tren Maya”	243
4.2. Las consultas a los pueblos indígenas y el llamado Proceso de Consulta Indígena y Jornada de Ejercicio Participativo Ciudadano sobre el “Proyecto de Desarrollo Tren Maya”.....	244
4.3. Tren Maya y la Reserva de la Biósfera de Calakmul: inseguridad jurídica de los indígenas a consultar como desventaja para “acordar” y violación del consentimiento libre.....	247
5. Conclusiones: vida digna y respeto a la autonomía indígena como condición de cualquier consulta indígena en apego al Convenio N° 169 de la OIT.	259
6. Propuesta de mecanismo para la elaboración de protocolos comunitarios de consulta previa.....	261
Referencias	263

CAPITULO IX

Estudio de caso sobre protocolo autónomo de consulta indígena en países de América Latina: Perú

Frederica Barclay	266
Introducción.....	266
1. Aspectos generales de la Nación Wampis y su Gobierno Territorial Autónomo.....	266
2. La consulta previa en el Perú.....	271
3. La consulta previa, consentimiento y la Nación Wampis	273
4. La opacidad del Estado peruano en materia de derechos y pueblos indígenas.....	275
5. El Protocolo Wampis y su política de relacionamiento con el Estado peruano.....	276
6. Experiencias y perspectivas de implementación de un protocolo de consulta Wampis	281
7. Conclusiones.....	282
Referencias	282

CONCLUSIONES GENERALES

Salvador Millaleo Hernández	284
--	-----

CAPÍTULO 1

PROTOCOLOS AUTONÓMICOS EN AMÉRICA LATINA: INTRODUCCIÓN GENERAL A LOS ESTUDIOS DE CASOS

Salvador Millaleo Hernández

El Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA) ha llevado adelante un conjunto de estudios de casos sobre protocolos autonómicos de consulta indígena, solicitando a diversos autores expertos, que desarrollen una investigación sobre la génesis de protocolos autonómicos, las motivaciones de su construcción, el contexto de los antecedentes que permiten entender su surgimiento y necesidad, sus implicancias y efectos jurídicos dentro de sus respectivos ámbitos estatales, así como una comprensión sobre su significado en el marco de los conflictos que busca regular.

1. El estatus de los pueblos indígenas: autodeterminación y autonomía en la consulta indígena a través de los protocolos

Los protocolos estudiados tienen como primera dimensión común el consistir en artefactos de autodeterminación y autonomía de los pueblos y comunidades que los elaboraron. El concepto de artefacto lo usamos en el sentido que refiere a entidades –en este caso documentos, textos– creados por los humano/as, que son funcionales (Heersmink, 2013), sea que sirvan a funciones propias o improvisadas (Heersmink, 2016: 80 ss). Como artefactos no sirven sólo a finalidades prácticas sino que también pueden ser expresivos del pensamiento propio de los pueblos indígenas, el cual no se confina a ser un pensamiento centrado en la comunidad o sus miembros, sino que se refiere también a la articulación entre comunidad y naturaleza. La artefactualidad es más amplia que la racionalidad instrumental que se aplica al dominio de las cuestiones prácticas, en la resolución de los problemas de los agentes que los usan para producir un efecto determinable. En este sentido, los artefactos cumplen funciones más amplias que las instrumentales. Precisamente, los protocolos comunitarios no sólo sirven de instrumentos para producir efectos prácticos en las relaciones con agentes externos a los territorios indígenas, sino que pueden tener otras funciones.

Como artefactos, los protocolos comunitarios pueden expresar, en primer lugar, la perspectiva de los pueblos desde sus propias instituciones respecto tanto de temas generales, como su estatus, su condición y objetivos frente al Estado, como frente a conflictos particulares. Como expresión de la perspectiva propia de los pueblos indígenas, tienen una función política, al señalar la visión y objetivos de un actor dentro de relaciones muy a menudo conflictivas.

En segundo término, como artefactos cognitivos manifiestan las creencias y categorías epistémicas de los pueblos indígenas, informan y reafirman con pretensión normativa elementos de sus sistemas normativos propios. En este sentido, los protocolos tienen una función cognitiva, comunicativa e identitaria. Esto significa que, por un lado, pueden afirmar conocimientos comunitarios y comunicar la importancia de los territorios y recursos para el sustento y el modo de vida de una comunidad, sus funciones como guardadores de los territorios y los recursos, y sus derechos consuetudinarios y cómo estos se reconocen en el derecho internacional y nacional (IIED, 2012: 27). Con ello, refuerzan las matrices consuetudinarias y los factores de cohesión de la identidad de los pueblos que elaboran los protocolos, constituyendo el proceso de elaboración y luego su reafirmación y lucha por la implementación de verdaderos mecanismos que contribuyen a la reconstrucción étnica como sujetos colectivos.

La renovación del derecho consuetudinario, tanto su invocación, determinación, aplicación e innovación son una parte crucial en dicho proceso comunicativo e identitario. El desarrollo de un protocolo es una oportunidad para definir claramente las normas consuetudinarias de la comunidad, las reglas de interacción con terceros y las reglas para el acceso a recursos y el uso del conocimiento tradicional. Los protocolos reflejan la creciente preocupación entre las comunidades sobre el respeto de sus derechos legales y de sus propias normas consuetudinarias.

Por otro lado, la elaboración y defensa de los protocolos comunitarios renuevan e impulsan los procesos de autoorganización de los pueblos indígenas, reafirmando o modificando sus formas de representación para la expresión de sus dimensiones simbólicas e identitarias. El rol de las autoridades tradicionales y dirigencias funcionales para construir un protocolo, para difundirlo y luego defender su aplicación frente a terceros y sobre todo el Estado, reconstruye el tronco de la articulación institucional de los pueblos indígenas comprometidos con el protocolo. Recordemos que los protocolos son documentos producidos después de una extensa discusión y consulta comunitaria organizada de acuerdo con los procedimientos tradicionales de toma de decisiones y con la ayuda de una organización comunitaria u ONG. El objetivo de las discusiones es hacer conciencia y favorecer la comprensión de la comunidad sobre sus derechos, reconocidos por el derecho internacional y nacional, y sobre las posibles consecuencias que puedan tener ciertos proyectos que pueden afectar sus tierras, recursos o conocimientos tradicionales, tanto en caso de proyectos dirigidos directamente a ellos y de proyectos dirigidos a recursos y territorios de alguna manera relacionados con la comunidad (Sajeva: 73-74).

En la lucha por hacer valer sus derechos, la experiencia de la construcción de protocolos permite a las comunidades conectarse y reconectarse con las redes sociales que le dan subs-

tancia. Al hacer este ejercicio, las comunidades deben definir los límites de sus grupos para poder articular sus puntos de vista internamente. Las redes sociales se reactivan, en la medida que se construye un entendimiento común de la situación actual y del establecimiento de metas comunes. Esto se logra evocando principios y creencias comunes, pero también a través del proceso de discusiones en profundidad que permiten recuperar la cohesión (Argumedo, 2012).

También los protocolos manifiestan y valorizan específicamente la totalidad o algunos elementos de los conocimientos tradicionales indígenas, presentando sus categorías epistémicas y ontológicas, filosofías naturales y sociales, elementos de sus creencias religiosas y espiritualidad, ya sea en general o respecto a ciertas preocupaciones concretas. En este sentido, los protocolos manifiestan y proponen ensamblajes entre comunidad y naturaleza, los cuales usualmente son distintos a los que tienen en mente los actores externos con los que interactúan los pueblos indígenas en sus territorios.

En tercer término, los protocolos buscan establecer relaciones nuevas –a partir de patrones orientadores de conducta– con agentes externos a las comunidades con los cuales interactúan en sus territorios, especialmente actores estatales y empresas privadas. Los protocolos procuran promover un diálogo constructivo y las asociaciones equitativas con otros actores externos, para que apoyen los planes y prioridades de las comunidades, involucrando en primer lugar a los estados y luego a otros actores privados como empresas u ONG.

El objetivo de construir protocolos comunitarios es empoderar a las comunidades con la expectativa de que se sientan preparadas para entablar un diálogo y negociaciones con cualquier agente externo en igualdad de condiciones, fortaleciendo la comprensión de la comunidad sobre sus propios derechos y estableciendo la importancia de la conservación y uso sostenible de la biodiversidad (Potiara y Ramos, 2016).

Dentro de esto, los protocolos inciden en el acceso a recursos naturales, cuya explotación está en disputa, permitiendo un marco para la negociación del acceso a los recursos consuetudinarios, buscando obtener el reconocimiento de los responsables políticos de la toma de decisiones. En este sentido, los protocolos buscan convertirse en formas de solución de conflictos propuestos por las mismas comunidades indígenas para conjurar la percepción de amenazas externas para la autodeterminación de los pueblos indígenas. Esta última es una clara función práctico-instrumental de los protocolos.

La reafirmación de la autodeterminación de los pueblos indígenas a través de los protocolos consiste en un ejemplo de cómo el derecho de autodeterminación es ocupado desde los mismos actores que están provistos de dicho derecho. Los titulares del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas –consagrado en los arts. 3º de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU (2007) y de la OEA (2016)– ocupan el derecho para manifestar sus visiones políticas, para reafirmar su organización, derecho propio e identidad, y para resolver conflictos de acceso a recursos comunitarios mediante el diálogo y la equidad. Estos usos, significan el derecho de la autodeterminación de una manera que puede o no corresponder con la forma en que ese derecho está recogido formalmente por los sistemas jurídicos estatales de los respectivos países que habitan los pueblos indígenas. En algunos

casos, los protocolos llenarán vacíos o complementarán los derechos legales. En otros casos, contradecirán el sistema legal estatal, ya sea porque no reconoce en absoluto la autodeterminación o porque el reconocimiento teórico inicial del Estado es abrogado por la práctica del resto de las decisiones jurídicas. En este último sentido, los protocolos autonómicos pueden defender un derecho de autodeterminación reconocido por el Estado, pero que él mismo deja en la indefensión o abandona en la falta de implementación.

En los casos donde existe un reconocimiento constitucional de los derechos de autodeterminación y de la autonomía de los pueblos indígenas, como es en el caso de Bolivia, los protocolos sirven como una forma de defensa de esos derechos frente a su desconstitucionalización, esto es, su derogación en la práctica. En el caso de los reglamentos internos ejidales y estatutos comunales en México, estos se desarrollan dentro del marco del derecho agrario mexicano, pero que indirectamente también realizan los principios constitucionales de autodeterminación y autonomía.

Por otro lado, en países donde existe un reconocimiento débil de los pueblos indígenas, esto es, solo mencionando su existencia y algunos derechos territoriales y culturales, como en el caso de Honduras, los protocolos son una apuesta y una propuesta de desarrollos normativos nuevos, que extienden los derechos legales más allá de sus límites preliminares.

Lo mismo se puede decir, en países que carecen de dicho reconocimiento, como es el caso de Chile, donde el protocolo yaqán viene a afirmar la autodeterminación del que dicho pueblo está provisto en virtud del derecho internacional, pero sin anclaje en el derecho constitucional o legal interno del país.

La autodeterminación expresada en la autonomía y el autogobierno de los pueblos indígenas implica, según Yaffe (2018: 22) más que un derecho liberal limitado a participar en la institucionalidad política estatal, está fuertemente vinculado a las posibilidades de controlar y regular las tierras y los recursos naturales en los territorios indígenas; así también tiene implicaciones importantes e inevitables cuando el proponente de un proyecto de inversión busca involucrar a los pueblos indígenas sobre aspectos relativos a la gobernanza de sus territorios, en búsqueda de su consentimiento.

El derecho a la autodeterminación se refiere principalmente a las instituciones internas de los pueblos indígenas, incluida la gobernanza interna y las estructuras de toma de decisiones. En la redacción de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, los derechos de los pueblos indígenas se conciben principalmente dirigidos a lograr formas de autonomía relacionadas con la gestión de la tierra y la participación en la política del país en materia de desarrollo social y económico, de conformidad con sus tradiciones y cultura (Di Bláse, 2020: 50). Por ello, en los procesos de consulta indígena es necesario que los pueblos indígenas disfruten del derecho a participar a través de las instituciones que elijan, en el diseño de las metodologías de consulta y en la construcción simétrica de las conversaciones entre las partes. Desde la perspectiva de la autodeterminación es necesario que los pueblos indígenas controlen las instituciones representativas de ellos ante el Estado, incluidas las que las representan durante las negociaciones en las consultas indígenas con los proponentes del proyecto y el Estado.

Para ejercer la autodeterminación, deben concertarse arreglos constructivos entre los Estados y los pueblos indígenas para conciliar las legítimas preocupaciones de los Estados con respecto a la integridad territorial y la unidad nacional, y las preocupaciones legítimas de los pueblos indígenas respecto a sus derechos, (Stavenhagen, 2007: 28), empezando por la autodeterminación. Sin embargo, en ausencia de dichos acuerdos, o ante la imperfección o falta de implementación de ellos, los pueblos indígenas pueden y deben tomar la iniciativa para regular las relaciones con actores relevantes que pretendan intervenir en sus territorios o acceder a los recursos con los cuales están vinculados.

2. Extractivismo y conflictos territoriales

Una de las motivaciones más importantes que han impulsado el desarrollo de los protocolos autonómicos de los pueblos indígenas consiste en los proyectos de empresas que desean extraer recursos naturales de los territorios indígenas. Ya sea que se trate de hidrocarburos – como en el caso de la autonomía de Charagua –, otros recursos minerales – como en el caso de muchos pueblos indígenas en Brasil– o recursos marítimos – como en el caso del Pueblo Yagán–, el acceso a los recursos naturales de los diferentes territorios va a adicionar conflictos de distribución del acceso y uso de esos recursos a los conflictos históricos de reconocimiento y a los despojos generados por la colonización en las formas de vida de los pueblos indígenas.

Los protocolos reafirman los derechos de los pueblos indígenas sobre los territorios ancestrales, estos demarcados como territorios indígenas o bien sean considerados bajo otras denominaciones como en el caso de los ejidos en México.

En Brasil los pueblos indígenas enfrentan la amenaza de la minería, las invasiones, la acaparamiento de tierras y los incendios. A través de los protocolos autonómicos, han reafirmado derechos territoriales que no son respetados en la práctica. En el caso del Pueblo Yagán al extremo sur de Chile, enfrentan la amenaza de la acuicultura, así como el turismo científico y de otros intereses especiales, afirmando los derechos ancestrales sobre el maritorio ancestral.

Restrepo y Peña (2017) distinguen dos tipos de extractivismo: el mineral, que se origina en los sectores minero y energético, y comprende la explotación de metales preciosos, petróleo, gas y minerales, que se destinan principalmente a la exportación; el agrícola, que comprende extensas plantaciones de monocultivo, que suelen ser manejadas por grandes empresas y donde se incluyen productos como la soya, el aceite de palma, los cereales, entre otros, dado que se producen a gran escala. En el caso del pueblo Arhuaco en Colombia, los complejos de intereses agro-industriales han sido una motivación para la construcción de su protocolo

A la clasificación de Restrepo y Peña, cuando consideramos los territorios indígenas, podemos incluir el extractivismo de recursos marítimos y el extractivismo cognitivo, referido este último al uso para fines comerciales de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas.

La emergencia de los documentos de los protocolos comunitarios autonómicos es considerada crecientemente como una herramienta muy útil para organizar la resistencia comunitaria frente a las diversas amenazas de extractivismo en las comunidades indígenas. En este

sentido, la construcción de los protocolos ha fortalecido la articulación de los pueblos y comunidades en el reclamo de sus derechos territoriales ante las amenazas extractivistas, y buscando posibilitar la persistencia de las economías comunitarias frente al extractivismo.

3. Derecho de la convivialidad

El doble carácter expresivo y normativo de los protocolos dan cuenta de su raíz ontológica. En definitiva, los protocolos funcionan porque están anclados en las ontologías de los pueblos indígenas, en sus creencias y visiones trascendentales. Esta perspectiva puede ser bastante explícita en algunos protocolos comunitarios.

Los pueblos indígenas tienen una competencia inherente e incorporada respecto a la naturaleza, lo que quiere decir que no piensan en la naturaleza como un objeto exterior a ellos, sino que piensan “a través de la naturaleza” o “como la naturaleza misma”. Las normas consuetudinarias, las normas culturales, el lenguaje y los rituales practicados por estas comunidades son manifestaciones sociales de una relación íntima con la naturaleza donde el sujeto y la naturaleza no están separados sino entrelazados (Bavikatte et al., 2015).

Las filosofías naturales indígenas sobre la co-pertenencia entre comunidad y naturaleza están estructuralmente incorporadas en el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y se reflejan en los protocolos, así como en las demandas que hacen pie en ellos.

Los protocolos Arhuaco plantean un orden natural en el cual se asienta el orden social en que incide el protocolo. En el caso del protocolo Nasa, los pilares del protocolo son dictados por la Ley de Origen, especialmente por el principio de respeto por lo natural y de una vida en armonía con la Madre Tierra, salvaguardando la espiritualidad ancestral del pueblo.

Una de las consecuencias procedimentales relevantes de las ideas éticas de co-pertenencia consiste en que las relaciones trazadas en la comunidad y de esta con la naturaleza son permanentes. De esa misma manera deben concebirse las relaciones con agentes externos cuando son reguladas mediante los protocolos.

De allí que los procesos de consulta, como búsqueda del consentimiento, no pueden concebirse como simples actos de justicia contractual donde las partes llegan a un acuerdo, mediante la firma de un documento, sino como procesos de acompañamiento. Estos procesos de acompañamiento requieren el establecimiento de lazos de confianza y de aprendizaje.

Los protocolos inducen al establecimiento de relaciones no esporádicas, sino sostenidas de confianza y aprendizaje, donde, en el contexto del conjunto de las redes sociales y naturales que sostienen la vida de la comunidad, se produzca un relacionamiento con los agentes externos que desean estar presentes en los territorios ancestrales. En este sentido, los protocolos son herramientas de convivialidad o convivencia para los territorios, donde se busca la construcción de relaciones permanentes que sean sostenibles en el tiempo, más allá de la firma de un documento.

Bavikatte (2015) recupera el concepto de Ivan Illich, de herramientas de convivencialidad (Illich, 1978) para referirse a los procesos sociales de elaboración y aplicación de los protocolos comunitarios. Como tales, son herramientas que son desarrolladas y controladas

por las comunidades y brindan a las comunidades la mayor oportunidad para enriquecer un diálogo con su visión, asegurando que puedan articular sus convicciones sobre sus relaciones sociales y naturales de co-pertenencia, con su propia voz, en tanto que acompañan a los interlocutores en sus trayectos de comprensión de la comunidad, sus valores y necesidades.

Un protocolo comunitario es una herramienta jurídica desarrollada colectivamente por una comunidad que está dirigida a quienes quieren involucrarse con la comunidad y busca articularse con las formas de vida, la historia, las costumbres y los procesos de toma de decisiones comunitarias. Es una herramienta o artefacto de diálogo y no simplemente un instrumento. Con ello se busca transformar los roles de las partes en un contrato en los roles de los integrantes de una relación de comprensión mutua.

Los protocolos del Pueblo Kayapó-Menkragnoti y del Pueblo Munduruku insisten, por ejemplo, en la idea de respeto recíproco entre el gobierno y las comunidades. Este respeto no se trata solo de un acto específico de consulta, sino que envuelve una relacionalidad que se construye entre la comunidad, la naturaleza y los agentes externos.

4. Derecho consuetudinario y protocolos

Todos los protocolos autonómicos son expresión del pluralismo jurídico o jusdiversidad, esto es de una variedad de sistemas jurídicos que conviven en un territorio determinado. Esto va más allá de su reconocimiento por el Estado y donde, en muchos casos, los protocolos buscan suplir las omisiones, deficiencias o corregir las vulneraciones en que incurre el derecho del Estado sobre los derechos de los pueblos indígenas, y en particular, la falta de reconocimiento del derecho propio de aquellos pueblos.

Las tradiciones jurídicas en el derecho propio del derecho y las interpretaciones interculturales de los derechos humanos sustentan la capacidad jurídica de los protocolos para regular a la comunidad y sus relaciones con agentes externos.

El despojo de territorios y bienes ambientales comunes han ido de la mano de la pérdida del derecho consuetudinario local de las comunidades indígenas (Potiara y Ramos, 2016). Debido a ello, la reorganización interna y fortalecimiento identitario para discutir y elaborar los protocolos comunitarios consisten en un proceso de resurgimiento de los procesos del derecho propio de los pueblos indígenas.

Los protocolos comunitarios constituyen sistematizaciones del derecho consuetudinario indígena y su operativo en una determinada comunidad para enfrentar amenazas de agentes externos en sus territorios. Por ello, también representan una forma expansiva que busca extender la aplicación del derecho consuetudinario más allá de los límites de la comunidad, regulando actos de relevancia jurídica entre indígenas y no indígena, miembros de la comunidad y terceros.

En este sentido, los artefactos de los protocolos autonómicos pueden ser vistos como una oportunidad para construir puentes entre los sistemas legales indígenas y el sistema jurídico nacional, en escenarios interculturales e incluso transfronterizos (Noejovich, 2013: 25).

5. Crisis del derecho a la consulta indígena en la región

Los informes coinciden en que existe un vaciamiento del derecho humano y fundamental a la consulta indígena, debido a su regulación interna dentro de los estados, como a sus formas concretas de implementación.

La pérdida de significado del derecho alude a uno de los elementos fundamentales de los derechos humanos (de los cuales la consulta indígena forma parte): que su sentido no puede nunca reducirse al contenido formal de las normas que lo positivizan en un sistema jurídico, nacional o internacional, sino que el uso concreto –o material si se prefiere– del derecho es que le da el sentido a través del cual funciona como derecho que limita y orienta al poder del Estado. Cuando un derecho humano se convierte en una mera formalidad del sistema jurídico, ya no sirve como un derecho humano, sino simplemente como una regla simbólica en su peor sentido, como una mera declaración de intenciones eventual o *ab-initio*, que carece de efectos prácticos para constituir una barrera para defender la dignidad igual de las personas. El uso práctico en los contextos sociales reales de los derechos humanos para empoderar a los grupos vulnerables tiene una función crítica para determinar el contenido normativo real de esos derechos.

Este realismo jurídico de los derechos humanos se está manifestando creciente y crudamente en la consulta indígena, en América Latina, en cuanto, pese a su reconocimiento y anclaje legal, e incluso constitucional (Bolivia), se pone en práctica de una manera que le priva de significación para los titulares, quienes deberían ser los beneficiarios de los efectos de este derecho.

Como señala Vargas (2018: 58), en referencia a la consulta de los proyectos de inversión:

“al ser despojado del contenido material (propósito: decisión), únicamente se mantiene en su existencia formal (procedimiento: previa, libre, informada), la cual es juridificada y consentida por el Estado, lo que encubre y legitima la reproducción del capital. Esta existencia formal genera la apariencia de que los actores con intereses contrapuestos, léase pueblos indígenas, Estados y transnacionales, mediante procedimientos parecidos a un diálogo ideal pueden llegar a acuerdos o consensos; sin embargo, estos ocultan las relaciones antagónicas de poder que configuran las posibilidades reales de deliberación, en el marco de un proceso de acumulación capitalista.”

El alcance que los enfoques neoliberales de políticas públicas implementadas en la región, incluso bajo gobiernos que han proclamado una retórica antineoliberal, han alcanzado a la consulta indígena, haciéndola aproximarse muchas veces a un decurso procedimental restric-

tivo y de corto alcance en términos de autodeterminación, especialmente cuando los objetos de consulta son proyectos de inversión privados en territorios indígenas.

En esos procedimientos neoliberales de consulta indígena, no se cuestiona a fondo del proyecto consultado, buscando el consentimiento de los pueblos, sino que “se da seguimiento a una serie de pasos (*check list*) en un debate transaccional donde se negocia la compensación por los efectos del proyecto” (Trujillo, 2018: 56).

En la perspectiva neoliberal, la consulta indígena es aceptable solo si se desfigura como una etapa procedimental para permitir un proyecto de desarrollo en el territorio, y siempre que la oposición al proyecto sea débil y solo de intereses monetarios, no anclados en visiones trascendentales al dinero. Con ello, se promueve una despolitización y, con ello, la desactivación de la consulta como una de las manifestaciones del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas.

La debilidad de la regulación de la consulta indígena en Brasil, Honduras, Chile y México, su desconstitucionalización práctica en Bolivia, su descrédito en Colombia, la opacidad de sus alcances en Perú, como lo indican los informes que integran este libro, dan cuenta de un proceso de pérdida de significado de un derecho, que si no es usado como una alternativa frente a la comprensión de las élites dominantes del Estado, no tiene un sentido propio más que un mero trámite o etapa previa a la aprobación de una licencia social para proyectos privados.

Los protocolos nacen, más que como una respuesta a amenazas concretas sobre los territorios, como una prevención ante el conjunto de amenazas que se ciernen sobre ellos, para empoderar a los pueblos y comunidades indígenas para hacer frente a dichas amenazas cuando se concreten. Sin embargo, frente al proceso de vaciamiento de la consulta indígena, los protocolos autonómicos constituyen una respuesta específica y proactiva que procura reinyectar sentido al derecho a la consulta indígena y restituir su significado desde la perspectiva de sus propios titulares, recapturándolo desde la desfiguración que las regulaciones y prácticas estatales han aplicado sobre ese derecho.

Como tales, los protocolos autonómicos constituyen un uso alternativo del derecho a la consulta indígena, que, paradójicamente, le permiten recuperar su sentido propio, como derecho derivado del derecho humano matriz de autodeterminación de los pueblos indígenas. A través de los protocolos, los pueblos indígenas titulares retoman el uso del derecho de consulta, lo reintroducen en la lógica de la autodeterminación, lo enraizan en las tradiciones del derecho consuetudinario indígenas, el cual también renuevan, y generan mecanismos de diálogo intercultural desde sus propias perspectivas y para sus propios fines. La idea basal es poner a la consulta al servicio de la autonomía indígena.

Con ello, muestran que la alternativa al vaciamiento de la consulta no consiste en dejarla de lado, o abandonar el derecho por ineficaz, sino en recuperar sus raíces y fundamentos. Con ello, además, construyen un pluralismo jurídico desde abajo, relanzando el derecho y dándole una delimitación de contenidos, y siembran formas de conversación intercultural simétricas y horizontales que son gestionadas desde los mismos pueblos –desde la convivialidad ontológica que constituye las bases de sus identidades y formas de vida–, en lugar de los procedimien-

tos oficiales que tienden a simular un diálogo para disfrazar procedimientos burocráticos y debates asimétricos.

6. Contenidos normativos de los protocolos autonómicos

Los contenidos de los protocolos autonómicos introducen, como principios fundantes, los elementos que justifican sus reglas en el derecho consuetudinario y las filosofías naturales de los pueblos indígenas. Con ello, declaran los pueblos indígenas la pertenencia de sus protocolos al orden socio-natural del cual forman parte, como extensiones y herramientas de convivialidad para restaurar y reequilibrar el orden natural perturbado por amenazas externas. Junto a eso, los pueblos indígenas determinan sus territorios y reafirman los poderes autonómicos que reclaman sobre ellos.

En segundo lugar, los protocolos contienen reglas de procedimiento, destinadas a la realización de los principios de la consulta en un proceso concreto de consulta previa. Estas reglas de consentimiento resguardan la buena fe de la consulta y la representatividad de las autoridades propias de las comunidades.

Una de las amenazas importantes de los procesos de consulta consiste en la desviación de la consulta mediante su aplicación en familias o personas individuales, saltándose a las autoridades propias de las comunidades, y con ello eludiendo los métodos propios de deliberación y toma de decisiones de las comunidades. Por ello, el guarnecimiento de esos procedimientos propios mediante las reglas del protocolo, refuerza la autoridad comunitaria y sus capacidades para conducir diálogos interculturales.

Las reglas de procedimiento también buscan enfrentar la asimetría de conocimiento propia del desequilibrio de poder entre los agentes externos y las comunidades, regulando la movilización de apoyos cognitivos y asesorías para las comunidades.

En tercer lugar, algunos protocolos pueden contener sanciones desde el derecho consuetudinario a la infracción de los principios y reglas del procedimiento que establecen dichos protocolos. Con ello refuerzan el derecho propio y reafirman la perspectiva de autodeterminación de los protocolos, así como la fuerza normativa de estos frente a agentes externos.

En cuarto lugar, los protocolos se refieren tanto al acceso a recursos naturales dentro de los territorios indígenas como al acceso a conocimientos tradicionales y otros elementos intangibles del patrimonio cultural indígena, confrontando así todas las formas posibles del extractivismo, y ratificando la indivisibilidad de los aspectos materiales e inmateriales de las culturas indígenas.

7. Reconocimiento estatal a los protocolos y conflictos normativos

Uno de los desafíos de la capacidad reguladora de los protocolos autonómicos constituye la forma en que son vistos o reconocidos por el Estado y su derecho. Como muchas veces los protocolos surgen de las deficiencias de la regulación estatal o los intentos de construir regu-

laciones legales restrictivas –como en los casos Honduras, Colombia y Brasil–, estas relaciones involucran normalmente encuentros conflictivos entre los protocolos y las normas estatales.

Esos conflictos normativos constituyen un desafío para las posibilidades de los protocolos de lograr la adhesión normativa de los agentes externos que pretende regular, y constituye todo un test de esa fuerza normativa, las capacidades que tengan las autoridades comunitarias para lograr que los protocolos adquieran eficacia.

El gran sostén de los protocolos son las reglas y principios del derecho internacional que justifican su existencia e importancia. Desde la Convención sobre Diversidad Biológica y el Protocolo de Nagoya, los protocolos comunitarios pueden legitimarse en cuanto pautas normativas del régimen de acceso a los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos. Con el reconocimiento de la autodeterminación de los pueblos indígenas en el derecho internacional, los protocolos también ganaron otro pie en el ámbito de los derechos humanos para regular el acceso por terceros a los recursos naturales en los territorios indígenas y los consiguientes procesos de consulta y consentimiento previos.

También en contextos constitucionales donde se reconoce la autodeterminación y la autonomía, los protocolos adquieren fundamentos constitucionales para buscar su reconocimiento ante el derecho estatal. Este es el caso de los criterios que propone la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia sobre la consulta indígena y que permitirían teóricamente validar los protocolos autonómicos.

En Colombia, pese al reconocimiento del derecho a la autonomía territorial, no ha habido un reconocimiento mayor de los protocolos, pues la consulta indígena está reglada dentro de un aparato administrativo estatal que deja poco margen para las reglas de las propias comunidades.

En el caso de Brasil, en la práctica, las comunidades han conseguido la aplicación de sus protocolos en procesos de consulta indígena. Así también, la judicialización del derecho a la consulta ha permitido decisiones judiciales que reconocen dichos protocolos, como en los casos de los protocolos Juruna y Mura.

La realización de proyectos de cooperación internacional ha brindado espacio en Honduras para la aplicación de protocolos comunitarios. En cambio en Chile, el protocolo del Pueblo Yagán aún no alcanza un reconocimiento formal o una aplicación sistemática, más allá de la institucionalidad cultural o algunas organizaciones de investigación científica, todo ello gracias a la persistencia del liderazgo yagán para que se conozca y se use el protocolo.

En el caso del protocolo Wampis en Perú, las autoridades de dicho pueblo han sostenido una fuerte labor de persuasión y concertación consensuada con diversos organismos del Gobierno peruano, incluido el ejército, para ir logrando la aceptación voluntaria del protocolo dentro del aparato estatal.

Los protocolos autonómicos tienen ciertamente tres vías para lograr eficacia, a saber: un reconocimiento formal por autoridades estatales, el más deseable pero que es también el más elusivo, incluso en los países que tienen un marco jurídico formal que es más favorable; una aceptación fáctica debido a la fuerza de las organizaciones indígenas, el cual es posible, pero

es difícil de sostener debido a las múltiples asimetrías de poder e información que pueden sobrevenir en los procesos de consulta; y el lento proceso pedagógico de persuasión y acercamiento dialógico de los pueblos indígenas con los órganos estatales y los agentes privados regulados por los protocolos. ○

Referencias

- Argumedo, A. (2012):** Decolonising action-research: The Potato Park biocultural protocol for benefit-sharing. *Participatory learning and Action: Biodiversity and Culture*, N° 65, 91-100
- Arjjumend, H. (2018):** Recognition of Customary Law and Institutions and Community Protocols of Indigenous People in Domestic ABS Legislation or Policies in accordance with the Provisions of Nagoya Protocol. *Journal of Vasyľ Stefanyk Precarpathian National University*, Vol. 5, N° 2, 67-82.
- Bavikatte, S.; Robinson, D.; Oliva, María (2015):** Biocultural Community Protocols: Dialogues on the Space Within. *IK: Other Ways of Knowing*, Vol. 1, N° 2, 1-31.
- Di Blasé, A. (2020):** The Self-Determination of Indigenous Peoples. In: Di Blasé, Antonietta; Vadi, Valentina (eds.), *The Inherent Rights of Indigenous Peoples in International Law*. Roma: Roma Tre-Press.
- Heersmink, R.**
 2013 A Taxonomy of Cognitive Artifacts: Function, Information, and Categories. *Review of Philosophy and Psychology*, Vol. 4, N° 3, 465-481.
 2016 The metaphysics of cognitive artefacts. *Philosophical Explorations*, Vol. 19, N° 1, 78-93.
- Illich, Iván (1978):** *La Convivialidad*. Ocopetec: Editorial Posada.
- Noejovich, F. (2013):** *Reflexiones sobre el Rol del Derecho Consuetudinario Indígena en la Protección de los Conocimientos Tradicionales a Propósito del Protocolo de Nagoya*. Ginebra: PNUMA & FMAM.
- Restrepo, Idalecio; Peña, Camilo (2017):** Territorios en disputa: Tensiones entre «extractivismo», derechos étnicos, gobiernos locales y medio ambiente en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. *International Development Policy*, N° 9, 269-290.
- Potiará, C. ; Ramos, R. (2016):** *The Brazilian Experience with Community Protocols and the Building of Prior Informed Consent to Protect Traditional Knowledge*. Policy Brief OELA N° 1.
- Sajeva, G. (2012):** Culture, biodiversity and endogenous development: introducing the BioCultural Community Protocols. In: Barbera, Guiseppa (ed.), *Proceedings 2th Conference "Konso Cultural Landscape Terracing & Moringa"*, Italian cultural institute, Addis Ababa, December the 13th and 14th, 2011. Firenze: Polistampa.
- Stavenhagen, R. (2007):** I. Primer informe: La situación de los pueblos indígenas (2002). En: Stavenhagen, Rodolfo, *Los Pueblos Indígenas y sus Derechos*. México: UNESCO.
- The International Institute for Environment and Development (IIED) (2012):** *Participatory Learning and Action 65*, Biodiversity and culture: exploring community protocols, rights and consent. London: IIED.
- Trujillo, J. (2018):** *Hacia una politización de la consulta previa en tiempos neoliberales. Trabajo de grado para optar por el título de abogado*. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Departamento de Filosofía e Historia del Derecho. Bogotá D.C.
- Vargas, E. (2018):** *Una mirada crítica al derecho a la consulta libre, previa e informada*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Yaffe, N. (2018):** Indigenous Consent: A Self-Determination Perspective. *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 19, N° 2, 703-749.

CAPÍTULO 2

PANORAMA GENERAL

Valentina López Garrido

Introducción

Durante las dos últimas décadas han emergido en Latinoamérica una serie de iniciativas de Protocolos autónomos (protocolos) elaborados por pueblos indígenas que establecen principios y reglas para el ejercicio de derechos colectivos en su ámbito interno y en su relación con el Estado y otros actores, principalmente para ser aplicados en el proceso de consulta previa, libre e informada de proyectos que puedan afectar sus territorios, recursos naturales y formas de vida. La denominación, contenido y alcance varía según el pueblo. Del mismo modo, su impacto en la garantía de derechos y su relación con el entorno normativo estatal e internacional varía según el contexto social, político, cultural y económico.

Hay casos en Argentina, Honduras, Brasil, Canadá, Costa Rica, Belice, Surinam, Colombia, Guatemala, Paraguay, Bolivia y Chile. En otros países, como Perú, los protocolos se encuentran en proceso de elaboración. En otros, como México y Bolivia no existen protocolos propiamente tales, sino que se han adoptado mecanismos autodeterminados en el marco de autonomías indígenas reconocidas por el Estado y que les confiere facultades autónomas. La experiencia del continente se enmarca en la tendencia mundial que ha llevado a pueblos indígenas, afrodescendientes y comunidades locales a priorizar las estrategias autonómicas en la lucha por sus derechos. Así también, estos instrumentos han despertado el interés de organismos internacionales, los Estados y los propios pueblos, diversificándose los enfoques y proliferando las experiencias a analizar.

Este breve artículo pretende entregar una información panorámica acerca de los siete casos de estudio en este libro, con el objeto de contribuir al debate en torno a los protocolos autónomos como instrumentos de gobernanza indígena y salvaguarda de derechos. La información se basa en los resultados del proyecto “Estudio de casos sobre protocolos autónomos de consulta indígena en países de América”, coordinado por IWGIA, cuyo objetivo es analizar

la formulación, contenido y aplicación de los protocolos autónomos de pueblos indígenas a la luz de los estudios de casos en Bolivia, Honduras, México, Perú, Colombia, Chile y Brasil.

1. Los protocolos autónomos en el marco de la autonomía indígena y el derecho a la autodeterminación

El derecho internacional reconoce el derecho a la autonomía y autodeterminación de los pueblos como derecho fundamental en los principales instrumentos de derechos humanos (Anaya, 2005: 136). En ejercicio de este derecho las autonomías indígenas han adoptado diversas formas, entre otras: tratados (históricos y modernos), acuerdos y otros arreglos (como consecuencia de procesos de paz, por ejemplo), reconocimiento constitucional de la autonomía, autonomías a través de las estructuras de administración local, autonomías funcionales, instancias permanentes de colaboración (UN: A/74/149: párr. 36 y ss). En el caso de América Latina, este derecho ha tenido un importante desarrollo. Las Constituciones Políticas de Bolivia (2009), Colombia (1991), Ecuador (2008), México (2001), Nicaragua (1987) y Perú (1993) reconocen el derecho a algún grado de autonomía de los pueblos indígenas en sus territorios (CEPAL, 2020: 40-42). En el ámbito legislativo, algunos ejemplos del desarrollo de este derecho se encuentran en Panamá (Ley N° 2 de 1987, que regula la competencia de las leyes comarcales, mecanismos de aprobación y jerarquía), México (Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades indígenas del Estado de Oaxaca, 1998), Nicaragua (Ley N° 28 de 1987 y su Reglamento de 2003 que establece el Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica), Bolivia (Ley Marco de Autonomías N° 031 de 2010), Colombia (Leyes que regulan participación de los resguardos), entre otros (CEPAL, 2017: 49 y ss.).

A través de estas autonomías reconocidas institucionalmente por los Estados, los pueblos indígenas ejercen sus formas tradicionales de autogobierno incluyendo sus sistemas de normas, que implica; (i) en su dimensión interna, establecer y ejercer sus proyectos de desarrollo propio, manejar los conflictos internos y regular las relaciones del pueblo y sus miembros entre sí, con la naturaleza y lo espiritual; y (ii) en su dimensión externa, participar en la adopción de las decisiones que les afectan a través de mecanismos de diálogo y representación política en las democracias, en relación con las sociedades mayores y gobiernos centrales, y con otros pueblos u actores sociales, y en general, en la defensa de su autodeterminación (Jimeno, 2006).

Los protocolos autónomos se insertan en estos procesos de autonomía y son expresión de sus sistemas normativos indígenas. Ello da lugar a una situación de pluralismo jurídico, caracterizado por la coexistencia de los sistemas normativos indígenas con el sistema normativo estatal. El pluralismo jurídico estudia distintos tipos de multiplicidad y relaciones entre órdenes jurídicos en coexistencia. Es un concepto que encuentra sus raíces en los estudios de la antropología legal en sociedades no occidentales, que dieron cuenta de la existencia de órdenes normativos diferenciados del derecho estatal. Se trata de una discusión de larga data y que ha dado lugar a una proliferación de enfoques y propuestas en torno a la definición del derecho y la definición de cuando este existe de una manera plural.

Una gran mayoría de los enfoques se basa (y sigue basando) en la distinción entre pluralismo jurídico débil y fuerte realizada por Griffiths, según la cual el pluralismo jurídico es genuino (fuerte) cuando se puede verificar la existencia de un orden normativo separado e independiente de una regla de reconocimiento estatal (Griffiths, 1986: 1-3). Una descripción diversa es la realizada por Hoekema (2002) quien distingue entre un pluralismo jurídico formal unitario para referirse a las situaciones en que el derecho estatal determina la legitimidad y el ámbito de aplicación de otros sistemas jurídicos, y un pluralismo jurídico formal igualitario, en el cual el derecho estatal reconoce y acepta la validez de las normas de otros sistemas jurídicos en una condición de igualdad entre los mismos (Ibíd.: 70-71).

Brian Tamanaha plantea que los enfoques basados en la distinción entre pluralismo jurídico fuerte y débil invisibilizan las múltiples relaciones y niveles de interacción entre órdenes estatales y no estatales coexistentes cuando media reconocimiento estatal. Por ello, es que propone distinguir entre pluralismo jurídico manifiesto, pluralismo jurídico sociológico y pluralismo jurídico supranacional. Cada uno se ocuparía de una situación de multiplicidad jurídica de diverso tipo (Tamanaha, 2019: 177). Los tres pluralismos tratan las diversas multiplicidades coexistentes posibles dentro de un ámbito social determinado: “múltiples manifestaciones de diversos tipos de derecho, múltiples versiones del mismo tipo de derecho, múltiples formas de regulación (pública y/o privada), múltiples sistemas de normas institucionalizados, múltiples pautas concretas de ordenamiento normativo, múltiples grupos culturales o morales o religiosos o lingüísticos, y cualquier otra multiplicidad relevante, incluidas las mezclas y combinaciones de las mismas”. Según Tamanaha, sólo las dos primeras se refieren específicamente al pluralismo jurídico (Ibíd.:179).

En la mayoría de los casos de estudio que han servido de base a este trabajo, los órdenes normativos indígenas y los estatales evidencian una situación de pluralismo jurídico manifiesto. Para Tamanaha esto ocurre cuando existe un reconocimiento estatal de los órdenes no estatales a través de diversas formas y grados, existiendo un contraste evidente entre las instituciones y normas de ambos órdenes, en algunos casos pudiendo ser fundamentalmente opuestos. Según el autor, “lo que hace que se manifieste el pluralismo jurídico es que todos lo ven como formas jurídicas diametralmente opuestas, con fuertes contrastes claramente visibles entre el contenido y el funcionamiento del derecho estatal oficial y el derecho consuetudinario o religioso” (Tamanaha, 2019: 164-165, 177).

En este contexto, los protocolos surgen como resultado de un conflicto interlegal, y correlativamente, generar o pueden generar otros conflictos de interlegalidad. Los conflictos interlegales, son aquellos que se originan entre ordenamientos normativos que se encuentran en un proceso de interlegalidad (Hoekema, 2013: 178; Sousa Santos, 1987). Las cuestiones relacionadas con los derechos territoriales se convierten en un importante campo de disputa por el control social entre el Estado y los órdenes normativos indígenas, en particular cuando ambos órdenes pretenden obrar sobre un mismo conflicto y reclaman autoridad para resolverlo. Son en estas áreas problemáticas en que el protocolo como expresión normativa toma forma y adquiere vigencia.

2. Los protocolos autónomos a la luz de los casos de estudios

Los protocolos obran sobre la dimensión interna y externa de la autonomía indígena. Aunque con mayor énfasis en esta última, pues pretenden establecer reglas y mecanismos de diálogo para participar en la adopción de las decisiones que les afectan, reforzar sus estructuras de gobierno y normas, establecer sus prioridades de desarrollo y en general participar en condiciones de igualdad en los procesos de toma de decisiones.

En síntesis, es posible destacar los siguientes elementos de los casos de estudio:

a. Proceso de elaboración y antecedentes de surgimiento

- Surgen autónomamente a partir de los propios y diversos contextos. Todos ellos son consecuencia de procesos previos y de larga data de reivindicación de derechos territoriales y políticos.
- Se anteceden de procesos de debate y articulación interna, de sus estructuras de gobernanza y organización política y social, así como la búsqueda de estrategias para obtener el control territorial y la gestión socio-ambiental de sus territorios (Brasil, Perú, Honduras, México, Bolivia). Algunos de ellos se expresan en procesos de demarcación territorial (Brasil, Honduras).
- Todos ellos dan cuenta de una situación de conflicto asociada a la relación entre el pueblo, el Estado, y actores privados que amenaza sus territorios y formas de vida. Por ejemplo, en el caso del pueblo Munduruku (Brasil) se asocia a las situaciones por la demora en la demarcación de tierras indígenas; el pueblo Juruna (Brasil) se asocia a una propuesta de proyecto minero en sus tierras. En el caso del Pueblo Yagán (Chile) se asocia al creciente impacto del turismo científico en su territorio.
- Se asocian al debilitamiento de la consulta indígena como mecanismo de participación efectiva de los pueblos indígenas en las decisiones que les afecten ya sea por marcos normativos nacionales insuficientes o por brechas fácticas de implementación del derecho (Todos).
- Surgen como respuesta a iniciativas de proyectos de ley generales de consulta en algunos países, que podrían ser regresivos en la garantía de este derecho (Honduras, Brasil, México, Colombia).
- Los protocolos conviven con otras estrategias y acciones de reivindicación de derechos, tales como procesos de autodemarcación territorial, litigación estratégica, relaciones políticas interétnicas.

b. Proceso de elaboración propiamente tal

- Cada protocolo es elaborado según los mecanismos propios de los pueblos. Sus etapas, modos y tiempo para su discusión, deliberación, adopción y difusión dependerán del modo de organización social, política y jurídica del pueblo y contexto. En este aspecto, no hay conclusiones que puedan ser generalizables.

- Son elaborados por los propios pueblos con asistencia o no de organismos no gubernamentales, con lo cual no dejan de ser autónomos (Brasil, Honduras, Perú).
- Tras su elaboración son presentados a organismos nacionales de gobierno como un acto de comunicación oficial para el pueblo (Brasil, Honduras, Chile). También son variados los procesos de difusión en instancias internacionales y regionales públicas y bilaterales (Todos).

c. Naturaleza y alcance

- Son de carácter colectivo y se sujetan a la forma de organización jurídico-política del propio pueblo para dictar normas (Todos).
- Son instrumentos de gobernanza indígena en su dimensión interna y externa, especialmente vinculado a los procesos de toma de decisiones dentro de la comunidad y fuera de ella, consolidando los criterios para afirmar que una determinada decisión del pueblo es válida y eficaz para el propio pueblo (Todos).
- Tiene como fuente los sistemas normativos indígenas (usos, costumbres, prácticas jurídicas), vinculadas a las normas jurídicas estatales y al derecho internacional. Supone una comprensión de las leyes e instituciones del ordenamiento jurídico estatal y del derecho internacional. (Todos).

d. Contenido normativo y sujetos regulados

- El contenido está determinado por los antecedentes históricos, políticos, sociales y culturales del pueblo que le sirven de justificación y fundamento al protocolo. El énfasis estará puesto en aquello que aparece como principal amenaza (en el caso de los pueblos indígenas en Honduras, Brasil, Perú, Bolivia y México se advierte como principal amenaza la industria extractiva y de infraestructura por megaproyectos. En el protocolo Yagán de Chile aparece como principal amenaza el turismo científico).
- En relación con sus derechos colectivos, se refieren a la identidad, principios y normas fundamentales del pueblo, y delimitan el contexto de aplicación y conflictos sobre los que pretende obrar el protocolo. Todos ellos establecen las prioridades de desarrollo propio y sus principales preocupaciones y amenazas.
- En relación con la consulta indígena, abordan las siguientes materias: a) el deber de consulta y los sujetos de la consulta; b) objeto de consulta y consentimiento; c) normas relativas a los procesos de toma de decisiones internas; d) normas que orientan el diálogo con el Estado; e) las normas relativas a la relación con los agentes no estatales (empresas); f) financiamiento; g) apoyo técnico, académico y gubernamental; h) riesgos o amenazas en relación con el proceso de consulta; i) mecanismos de evaluación del proceso de consulta; j) cierre del proceso de consulta; k) referencia de los protocolos a los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

e. Funciones

- Funciones no normativas:
 - Fortalecimiento de la autodeterminación indígena y gobernanza territorial, en su dimensión interna y externa. En lo interno, fortalecen los aspectos centrales de la autonomía, en especial sus sistemas normativos propios incluidas sus instituciones y los procedimientos de toma de decisión.
 - Función cognitiva. Dan a conocer los diversos modos de organización político y social de los pueblos, y entregan conocimientos más amplios sobre las estructuras normativas indígenas. Los protocolos explican cómo las comunidades toman decisiones, sus objetivos y creencias, fomentando una mejor comprensión.
 - Función de mediación. Suponen un diálogo intercultural pues se enfocan en la relación con actores externos. Mejoran la posición del pueblo frente al Estado, y frente a las empresas o actores paraestatales.
- Función normativa. Son invocados como reglas jurídicas basadas en sus sistemas normativos, actualizadas o traducidas en relación con el derecho nacional e internacional, y buscan intervenir conflictos o situaciones previstas en el propio protocolo y resolverlos con legitimidad.

3. Reflexiones finales

Los estudios de casos entregan diversas luces acerca de cómo surgen y se desarrollan los protocolos autónomos, y otros instrumentos de gestión autodeterminados para el ejercicio de derechos colectivos. Los protocolos son expresión del derecho propio de los pueblos indígenas, y su contenido se ve notoriamente influenciado por el derecho internacional de los derechos humanos y los marcos legales estatales. No obstante, los protocolos existen independiente de su reconocimiento por el sistema jurídico estatal o internacional y son consecuencia de un proceso previo de articulación interna en torno a sus usos, costumbres y normas e instituciones propias que son revivificadas en estos instrumentos.

Los procesos autonómicos indígenas, el sistema jurídico estatal, su relación con el derecho internacional de los derechos humanos, los aspectos sociales, políticos y económicos, las tradiciones y culturas jurídicas de un determinado espacio social, así como los procesos históricos de los pueblos en su relación con el Estado o sociedades mayores son algunos de los factores que redundan en el contexto de aplicación de los protocolos, definiendo también el ejercicio de derechos y, en definitiva, de las autonomías indígenas y la eficacia de estos instrumentos. Por estos factores, cada protocolo debe ser estudiado en relación con su contexto. También es relevante el estudio empírico de los mismos para conocer cómo operan en concreto y cómo es que son invocados como derecho propio. La implementación de los mismos plantea desafíos en torno a las formas de reconocimiento y acomodación estatal de derechos colectivos, y la institucionalización de mecanismos de compartición de poder (Doyle et al., 2019) (UN: A/HRC/9/9; A/HRC/24/41; A/HRC/18/35; A/66/288) (Sieder, 2006; Sierra, 2010).

Un gran número de experiencias han sido documentadas hasta ahora y resta aún por analizar otras tantas.

La mayoría de los estudios publicados sobre protocolos autónomos concluyen que estos cumplen una función fundamentalmente cognitiva y de mediación, es decir, buscan dar a conocer los valores, principios y reglas del pueblo y en base a ello mejorar las relaciones de diálogo y negociación con el Estado y otros actores. No obstante, creemos que esta puede ser todavía una conclusión apresurada. Quedan todavía por estudiar las relaciones de coexistencia complementaria o contradictoria entre órdenes normativos a que pueden dar lugar los protocolos en la regulación de los procesos de consulta indígena y el ejercicio de otros derechos colectivos.

Desde el enfoque del pluralismo jurídico manifiesto, los protocolos autónomos hacen parte del orden normativo indígena, el que se encontraría en relación de coexistencia a veces antagónica con el orden jurídico estatal. Como tal, puede ser invocado como derecho propio del pueblo indígena para regular una determinada situación y resolver un determinado conflicto con legitimidad y de forma colaborativa. Este enfoque, aún exploratorio, permitiría atribuir otras funciones a los protocolos autónomos que contribuyen a la articulación y armonización de la relación entre pueblos indígenas y el Estado. Estas consideraciones entregan luces acerca de las posibilidades de construir un derecho más complejo y plural que permita la convivencia pacífica entre Estado, pueblos, sociedad y medio ambiente, construcción a la cual los protocolos autónomos están coadyuvando. ○

Referencias

- Anaya, J. (2005):** *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*. Madrid: Trotta.
- Chenaut, Victoria y Teresa Sierra (2006):** Los debates recientes y actuales en la Antropología Jurídica: Las corrientes anglosajonas. In: VV.AA., *Antología Grandes Temas de la Antropología Jurídica*. México: RELAJU.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (FILAC) (2020):** *Los pueblos indígenas de América Latina - Abya Yala y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: tensiones y desafíos desde una perspectiva territorial*. Documentos de Proyectos (LC/TS.2020/47), Santiago.
- Del Popolo, F. (2017) (ed.):** *Los pueblos indígenas en América (Abya Yala): desafíos para la igualdad en la diversidad*. Libros de la CEPAL, N°151, Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- De Sousa Santos, B. (1987):** Law: a map of misreading: Toward a post-modern concept of Law. *Journal of Law and Society*, Vol. 14, N° 3, 279-302.
- Doyle, C., Whitmore, A. y Tugendhat, H. (2019) (eds.):** *Los protocolos de consentimiento libre, previo e informado como instrumentos de autonomía: sentando las bases para interacciones basadas en los derechos*. INFOE, Alemania.
- Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (2006):** *Informe de la Reunión internacional de un grupo de expertos sobre los objetivos de desarrollo del Milenio, la participación de los pueblos indígenas y la buena gobernanza*. Consejo Económico y Social, Naciones Unidas, E/C.19/2006/7.
- Hoekema, A. J. (2013):** Interlegalidad y reconocimiento estatal del derecho y la justicia comunal. *Foro Jurídico*, N° 12, 174-179. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13812>

Informes del Relator Especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas dirigidos al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General de las Naciones Unidas, documentos de la ONU: A/HRC/12/34; A/HRC/15/37; A/HRC/18/35; A/66/288; A/HRC/21/47; A/HRC/24/41; UN Doc. A/HRC/9/9; A/HRC/24/41

Jimeno Santoyo, G. (2006): *Gobernabilidad Indígena y Territorio*. Policy Paper. Ottawa: Focal, Foundation canadienne pour les Amériques.

Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2018): Consentimiento libre, previo e informado: un enfoque basado en los derechos humanos – Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 10 de agosto de 2018, documento de la ONU A/ HRC/39/62.

Sieder, R. (2006): El nuevo multiculturalismo en América Latina: ¿Regulación o emancipación? In: VV.AA., *Antología Grandes Temas de la Antropología Jurídica*. México: RELAJU.

Tamanaha, B Z. (2019): The Promise and Conundrums of Pluralist Jurisprudence. En Nicole Roughan and Andrew Halpin, (eds), *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press.

CAPÍTULO 3

BOLIVIA: EL CASO DEL TERRITORIO AUTÓNOMO INDÍGENA CHARAGUA IYAMBAE

Miguel Vargas Delgado

Introducción

El presente documento elaborado a solicitud del Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA) desarrolla un análisis sobre el reconocimiento y puesta en práctica de los Protocolos de Consulta Previa en el marco del ejercicio del derecho a la autonomía indígena.

En el marco de los objetivos previstos para el estudio, el documento, sistematiza la experiencia del primer gobierno autónomo indígena reconocido formalmente por el Estado boliviano: la autonomía indígena guaraní Charagua Iyamabae; en el proceso de implementación de la facultad/competencia exclusiva de participar desarrollar y ejecutar los mecanismos de Consulta Previa, Libre e Informada relativos a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas y administrativas en aplicación de las normas y procedimientos propios.

El análisis sobre el reconocimiento y las posibilidades reales de aplicación de los protocolos de Consulta Previa, parte de un diagnóstico sobre la situación de su aplicación en el país, concluyendo que, en el actual contexto, en Bolivia este derecho, se encuentra en un estado de cosas inconstitucional, por lo cual, recomienda la aplicación de los protocolos como una de las alternativas para superar esta crítica situación.

Por otro lado, el estudio, desde un análisis a la luz de los principios y las normas constitucionales, ratifica el reconocimiento de los protocolos de Consulta Previa en el texto constitucional promulgado en 2009 luego de un referendo constituyente, en una doble condición: derecho fundamental de las naciones y pueblos indígenas y competencia exclusiva del nuevo gobierno indígena. Asimismo, considera la jurisprudencia emanada por el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) que, en el marco del Bloque de Constitucionalidad, reconoce el derecho a la Consulta Previa con la participación activa de los pueblos indígenas en la toma de decisiones y en aplicación de sus normas y procedimientos propios, sentando las bases para el reconocimiento jurisprudencial de los protocolos emergentes desde los pueblos indígenas.

El texto, presenta un análisis social e histórico sobre la actual autonomía indígena guaraní Charagua Iyambae; así como un análisis de la nueva entidad territorial autónoma y sus retos en el horizonte de la consolidación del Estado Plurinacional, la democracia intercultural y el modelo autonómico con énfasis en la competencia de exclusiva de participar desarrollar y ejecutar los mecanismos de Consulta Previa, Libre e Informada. Así también, realiza un balance sobre el estado de situación de la aplicación de este derecho con énfasis en la industria hidrocarburífera, recogiendo la experiencia de la capitania guaraní de Charagua Norte entre 2009 y 2010 en el marco del proceso de consulta por el proyecto Tajibo y Tacobo correspondiente al Bloque San Isidro en el que se constituyó un laboratorio de buenas prácticas en cuanto aplicación de este derecho, en el que se identifican elementos sustanciales “irrenunciables”: la libre determinación, el respeto a la territorialidad, el reconocimiento a las estructuras orgánicas y las normas y procedimientos propios; así como la definición de los criterios necesarios para el desarrollo de estos procesos como: el organizativo, territorial, la información técnica y de evaluación técnica política.

El documento concluye con una aproximación en la identificación de buenas prácticas y desafíos en la aplicación del protocolo autónomo de Consulta Previa para el caso de la autonomía indígena guaraní Charagua Iyambae.

1. Estado de situación: los protocolos de consulta previa como medio para superar el estado de cosas inconstitucional

En Bolivia, la aplicación del derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada se encuentra en una situación compleja. Si bien el texto constitucional aprobado en 2009 reconoce este derecho como un derecho de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, las instituciones y los órganos de poder público muy poco han hecho por disminuir la brecha entre el reconocimiento formal y una real implementación a partir del establecimiento de condiciones estructurales de tipo institucional, normativo y financiero.

Luego de once de años de promulgada la Constitución Política del Estado (CPE)¹ en Bolivia, se regularon los procedimientos de Consulta Previa para las actividades mineras e hidrocarburíferas; en este período, se vivieron momentos de tensión por la no aplicación de este derecho en territorios indígenas en casos paradigmáticos como el de la construcción de la carretera entre Villa Tunari y San Ignacio de Mojos que atravesaría el corazón del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS), y, se debatió sin mucho éxito a partir del Órgano Ejecutivo y algunas organizaciones indígenas originarias y campesinas un proyecto de Ley Marco de Consulta.

Bajo ese contexto, en la actualidad en el país, se desarrollan procesos de Consulta Previa en actividades mineras e hidrocarburíferas. En relación a las actividades de explotación de

¹ Concluido el proceso constituyente (2006 – 2008) y el Referendo constitucional de enero de 2009, el 7 de febrero de ese mismo año, se promulgó la actual Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

minerales, según el Tribunal Supremo Electoral (TSE) (2018)² entre el periodo 2015 – 2018 luego de la promulgación de la Ley de Minería y Metalurgia³ se han desarrollado 747 procesos de consulta a nivel nacional.

En el caso de las actividades hidrocarburíferas, no se cuenta con una estadística seria sobre el desarrollo de procesos de consulta. La información existente, da cuenta de que entre 2007 y 2014, período en el que se promulgó el Decreto Supremo N° 29033,⁴ se desarrollaron 49 procesos (Schilling-Vacaflor, 2014). El primer reglamento de Consulta Previa fue modificado a través del Decreto Supremo N° 2298 del 18 de marzo de 2018 que introdujo varios cambios al procedimiento, de acuerdo a un informe elaborado por la Confederación Nacional de Mujeres Indígenas de Bolivia (CNAMIB) y el Consejo de Mama T’allas del Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyo (CONAMAQ) en 2016 representaron una regresión en los estándares del proceso de obtención del consentimiento libre, previo e informado.⁵ Bajo este nuevo marco normativo, de acuerdo al Ministerio de Hidrocarburos y Energía, entre el 2017 y 2018 se desarrollaron 13 procesos.⁶

Son pocos los estudios que permitan contar con un balance general sobre la aplicación de los procedimientos para el desarrollo de Consulta Previa vinculados a actividades mineras e hidrocarburíferas en el periodo de vigencia de la actual CPE 2009 – 2019.

En 2016 la Defensoría del Pueblo del país presentó el informe: “Sin los pueblos indígenas no hay Estado Plurinacional”. El documento, da cuenta de un estado de situación sobre la aplicación de la Consulta Previa en las materias: hidrocarburíferas, minera y de infraestructura caminera; así como, un análisis de la jurisprudencia constitucional sobre este derecho; la situación de los sujetos de consulta, los estándares mínimos establecidos a nivel internacional (Defensoría del Pueblo, 2016).

Un informe elaborado a nivel regional por la Fundación para el Debido Proceso (DPLF) en 2015, señala para el caso de Bolivia, la existencia de una estructura jurídica provista de mecanismos de consulta débiles para promover la inversión y permitir el desarrollo de actividades extractivas, sin tomar en cuenta las salvaguardas ambientales y obligaciones internacionales vinculadas a los pueblos indígenas (DPLF, 2015). Este posible retroceso se debe en gran parte porque el soporte del régimen de la consulta fue pensado antes de la nueva CPE, como instrumento para negociar con grandes empresas. Con la nacionalización de las empresas, los

2 De acuerdo con la Ley del Régimen Electoral N° 026 y la Ley de Minería y Metalurgia N° 535, el Órgano Electoral Plurinacional a través del Tribunal Supremo Electoral y los Tribunales Electorales Departamentales, son las instancias responsables de observar, acompañar y supervisar los procesos de consulta previa en el país.

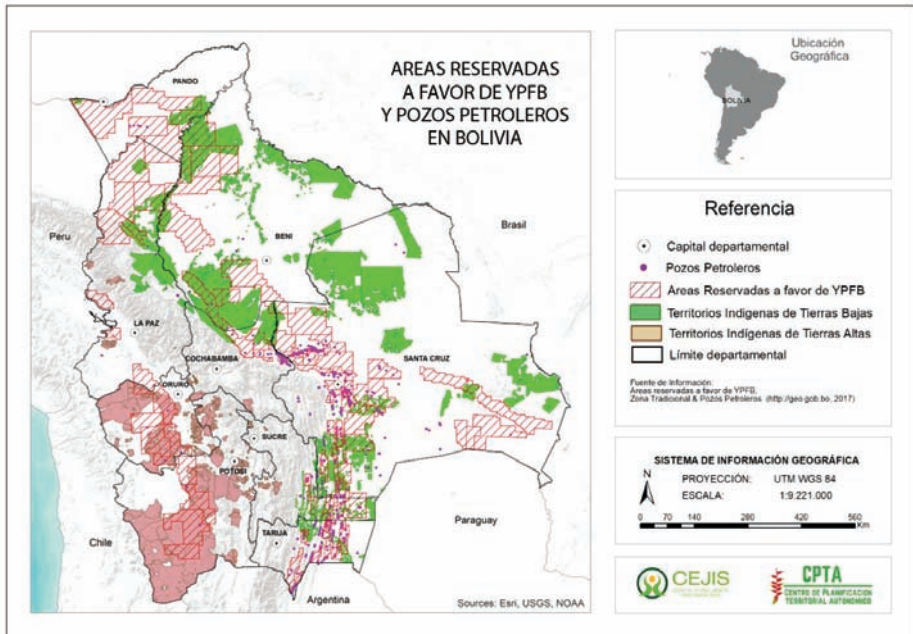
3 Ley N° 535 de 19 de mayo de 2014.

4 La norma promulgada el 16 de febrero de 2007, dispuso el procedimiento y las condiciones para el proceso de consulta y participación a los Pueblos Indígenas Originarios y Comunidades Campesinas.

5 En agosto de 2015, la Defensoría del Pueblo, plantea ante el Tribunal Constitucional una acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Supremo N° 2298 que se refiere a los mecanismos para la realización de la consulta previa en territorios indígenas.

6 La información sobre los procesos de consulta y participación desarrollados entre 2017 y 2018 se encuentra en: <https://www3.hidrocarburos.gob.bo/index.php/component/content/article/9-uncategorised/4100-consulta-y-participacion/C3%B3n.html?Itemid=437>

Mapa 1 – Áreas de operación hidrocarburífera y territorios indígena originario campesinos



Fuente: CEJIS – CPTA

titulares principales pasaron a ser entidades estatales, por lo que la consulta ya no ocupó un lugar central en la agenda del gobierno, en tanto puede resultar contraria a la política de expansión extractiva.

Desde los pueblos indígenas la valoración sobre la aplicación de la Consulta Previa refleja la desconstitucionalización de este derecho.⁷ Así, por ejemplo, en el informe presentado por organizaciones indígenas de las tierras altas y tierras bajas al Examen Periódico Universal (EPU) del Estado Plurinacional de Bolivia en 2019, se manifestó que:

“Las consultas que realiza el Estado en ningún caso son previas, se niega sistemáticamente la información o engaña sobre los impactos reales de las obras, transgrediéndose el carácter de informado, por lo tanto, no se obtiene el consentimiento sobre las mismas” (Organizaciones pueblos indígenas de las tierras altas y las tierras bajas, 2019)

7 Néstor Pedro Sagués (2007), define la desconstitucionalización como el abandono de los principios políticos liberales del constitucionalismo, como pérdida de rango constitucional de las normas constitucionales y como “derogación sociológica” de disposiciones constitucionales. Por su parte, Boaventura de Sousa Santos (2010) identifica dos vías para la desconstitucionalización de la constitución: a. su no desarrollo o reglamentación y, b. su desarrollo o reglamentación en contradicción con los contenidos del propio texto constitucional.

Ante este contexto, la posibilidad de que los pueblos indígenas desarrollen experiencias propias a través de normas que regulen y sistematicen sus mecanismos de participación y toma de decisión se hace más pertinente.

Con estos antecedentes, se puede señalar que en el país la aplicación de la Consulta Previa, atraviesa una situación compleja a partir de dos condicionantes: el incumplimiento de la obligación que tiene el Estado y sus instituciones en cuanto a su aplicación (Flemmer & Schilling-Vacaflor, 2013) y, la ausencia de normas de desarrollo que regulen la implementación de este derecho. Esta realidad, hace que la Norma Fundamental no se cumpla, no sea afectiva y, por tanto, se llegue a una vulneración constante de los derechos de las colectividades indígenas. Situación que la Corte Constitucional de Colombia ha caracterizado como: “estado de cosas inconstitucional”.⁸

Catalogar a la situación de la aplicación de la Consulta Previa Libre e Informada como un “estado de cosas inconstitucional” no es descabellado. Sustentemos esta afirmación: De acuerdo a Ramírez (2015) las condiciones para un estado de cosas inconstitucionales son: fallos estructurales (violación masiva y reiterada de derechos); una prolongada omisión de las autoridades competentes; adopción de medidas inconstitucionales; ausencia de medidas legislativas, administrativas y presupuestarias; y, la necesidad de intervención de varias entidades en acciones conjuntas y coordinadas para el cumplimiento de los derechos.

En ese orden de ideas, en Bolivia, han sido reiterados los casos en los que se ha vulnerado el derecho a la consulta a partir de la decisión estatal de emprender actividades extractivas o proyectos de desarrollo dentro de territorios indígenas instrumentalizando este mecanismo hasta convertirlo en un acto de mera entrega de información parcial. De la misma forma, de modo frecuente las organizaciones indígenas originarias y campesinas han presentado denuncias (ante instancias nacionales e internacionales) sobre el inicio de actividades sin la ejecución de la Consulta Previa. Al mismo tiempo, en los últimos años, se han promulgado una serie de normas de carácter general y procedimental que han desnaturalizado este derecho. En los últimos 10 años, las medidas para garantizar su aplicación, son inexistentes o contrarias al principio de no regresión, todas ellas se han caracterizado por la reducción o supresión de lo reconocido por el texto constitucional. Finalmente, la experiencia nacional muestra la inexistente relación entre las entidades administrativas del Órgano Ejecutivo responsables de ejecutar los procesos de consulta (hidrocarburos y minería) y el Órgano Electoral Plurinacional (OEP), instancia responsable de observar, acompañar y supervisar los procesos de Consulta Previa en el país.

Ante este estado de cosas inconstitucional en el que se encuentra el derecho a la Consulta Previa, varios pueblos, como manifestación del ejercicio del derecho a la libre determinación, han avanzado en la elaboración de protocolos propios (IWGIA, 2019). En estos documentos, se expresan y establecen guías/procedimientos acerca de la forma en la que las comunidades deben ser consultadas. Al mismo tiempo, los protocolos tienen una importancia política y simbólica sustancial en el proceso de redelimitar y definir la relación entre las comu-

8 Ver las Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: T-153/98, T-025 de 2004, T-388/13 y T-762/15.

nidades y organizaciones indígenas con el Estado y los terceros (empresas o particulares). En ambos elementos recae sustancialmente la importancia de estos instrumentos.

2. Estudio de caso: protocolos de consulta previa en la autonomía guaraní Charagua Iyambae

2.1. Marco constitucional de los protocolos de consulta previa en el ámbito de la autonomía indígena originaria campesina

Como ya se mencionó, en Bolivia la Norma Fundamental ha desarrollado un significativo catálogo de derechos a favor de los pueblos indígenas. Entre ellos, se destaca el de la Consulta Previa Libre e Informada. El Artículo 30º, párrafo II, numeral 15, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar sus territorios. En ese marco, el Estado boliviano, garantiza el derecho a la Consulta Previa obligatoria, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.

Algunos elementos útiles para sustentar el reconocimiento constitucional de los protocolos de Consulta Previa, se encuentran en dos aspectos sustanciales: 1. Deben ser realizadas, a través de procedimientos apropiados; 2. Ejecutados de manera particular por las instituciones propias de los pueblos indígenas (sistema de autoridades y normas).⁹ Ambos elementos se encuentran dentro de la Constitución en el Artículo 352º, que determina que en los territorios de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando las normas y procedimientos propios de cada pueblo.

A partir de lo señalado, es necesario plantear una interrogante: ¿Cómo vincular los protocolos de Consulta Previa a la autonomía indígena dentro del marco constitucional?

La respuesta se encuentra en el mismo texto constitucional. Este reconoce a la autonomía indígena originaria campesina como el autogobierno que se materializa en el ejercicio de la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte - entre otros elementos- organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias (art. 289º CPE). De esta manera, se puede concluir que, para el caso de Bolivia, es el propio texto constitucional el que sienta las bases para el desarrollo de protocolos de Consulta Previa desde las mismas comunidades indígenas originarias y campesinas, al establecer -además de otras categorías- características fundamentales de este derecho: el

9 En relación al respeto de las instituciones y organizaciones propias de los pueblos indígenas en materia de consulta previa, la Defensoría del Pueblo (2016) señaló que: "La consulta previa libre e informada a los pueblos indígenas a la hora de su realización y en consideración a la naturaleza colectiva del derecho, debe ejecutarse tomando en cuenta a las instituciones representativas propias de los pueblos indígenas a ser consultados, quienes además deberán designar a sus representantes de conformidad a sus propios sistemas y procedimientos".

carácter obligatorio de su cumplimiento y su desarrollo/aplicación respetando las normas y procedimientos propios de cada pueblo.

De esta manera, cuando de autonomía indígena se trata, observamos una doble condición en el sujeto indígena: la primera la del sujeto de consulta con derecho a participar en un proceso por su condición de miembro de una organización/comunidad indígena con institución jurídica y política propia, frente a la decisión estatal de aprovechar/explotar un recurso natural no renovable o ante la aprobación de una medida administrativa. La segunda se encuentra en la condición de sujeto indígena como parte de la estructura y organización territorial del Estado, a través de una entidad gubernativa indígena con facultad/competencia exclusiva de participar, desarrollar y ejecutar mecanismos de Consulta Previa Libre e Informada relativos a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas administrativas que afecten a un territorio indígena.¹⁰

Asimismo, en el ámbito del Estado autonómico, es importante señalar la doble condición que el texto constitucional le otorga a la Consulta Previa, Libre e Informada. Por un lado -y como ya se mencionó- se encuentra su condición de derecho fundamental de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Por otro, su condición de mecanismo de la democracia directa y participativa.¹¹

Sin embargo, siendo uno de los mecanismos de la democracia directa y participativa¹² que hace a la Democracia Intercultural reconocida por el Régimen Electoral: la Ley N° 026,¹³ no es menos cierto, que la Consulta Previa, Libre e Informada en su aplicación desde las naciones y pueblos indígenas, constituye un mecanismo propio de la democracia comunitaria -que no solo se limita a elección, nominación o designación de los representantes de los pueblos indí-

10 El artículo 304º de la Constitución Política del Estado, en su parágrafo I, numeral 21 reconoce la competencia exclusiva de la autonomía indígena de participar desarrollar y ejecutar los mecanismos de consulta previa, libre e informada relativos a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas y administrativas que los afecten. Dicha norma siguiendo los conceptos de Sagüés, sufrió de una desconstitucionalización por la Ley Marco de Autonomías y Descentralización N° 031 “Andrés Ibáñez” que en su artículo 87 parágrafo V, establece la competencia exclusiva de participar y desarrollar los mecanismos necesarios de consulta previa sobre la explotación de recursos naturales, entre otros.

11 La Constitución Política del Estado, en su Artículo 11º, parágrafo II, en el marco del sistema de gobierno, reconoce tres formas de democracia: 1. Directa y Participativa, que se ejerce por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. 2. Representativa, que se ejerce por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley. 3. Comunitaria, ejercida por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

12 De acuerdo al Artículo 8º de la Ley N° 026 la Democracia Directa y Participativa se ejerce mediante la participación ciudadana en la formulación y decisión de políticas públicas, la iniciativa popular, el control social sobre la gestión pública y la deliberación democrática, según mecanismos de consulta popular.

13 El Artículo 7º de la Ley N° 026 señala que la democracia intercultural del Estado Plurinacional de Bolivia se sustenta en el ejercicio complementario y en igualdad de condiciones, de tres formas de democracia: directa y participativa, representativa y comunitaria, en el marco de lo dispuesto por la CPE y las leyes en materia electoral. Para mayores elementos sobre la democracia intercultural ver: Santos, B. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*; García, F. (2018) *Democracia intercultural, noción esquivada. Estado del arte sobre su conceptualización*.

genas-, sino que forma parte de los sistemas democráticos de toma de decisiones en el que se encuentran las asambleas, los cabildos o tantachawis (Vargas, 2014).

En ese contexto, el desarrollo de protocolos de Consulta Previa en el ámbito del Estado Plurinacional, no sólo permitiría mejorar las condiciones materiales en las que se aplica este derecho. También constituiría un medio importante para profundizar la aplicación del régimen competencial autonómico,¹⁴ a través del ejercicio de la competencia exclusiva de las autonomías indígenas originario campesinas, de desarrollar y ejercer las instituciones democráticas conforme a sus normas y procedimientos propios.¹⁵ Así como un medio para la materialización de la Democracia Intercultural, por ser un espacio en el que la democracia directa y participativa, así como la democracia comunitaria lograrían complementarse en igualdad de condiciones.

2.2. Jurisprudencia sobre los protocolos de consulta previa en el ámbito de la autonomía indígena originaria campesina

De manera previa al análisis de la jurisprudencia sobre los protocolos de Consulta Previa en el ámbito de la autonomía indígena originaria campesina, es importante prestar atención a la doctrina del bloque de constitucionalidad, que ha sido desarrollada por el TCP en la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0110/2010 – R de 10 de mayo de 2010, que determina entre otros aspectos que, el bloque de constitucionalidad se encuentra “conformado como unidad sistémica por tres compartimentos conexos entre sí: la Constitución vigente, los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos y finalmente principios y valores de rango constitucional”.

El artículo 410º de la CPE, determinó los alcances del bloque de constitucionalidad, incorporando al rango constitucional a: todos los Tratados Internacionales ratificados por Bolivia sobre Derechos Humanos, entre ellos, el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Es decir, que un análisis sobre los protocolos de Consulta Previa en el ámbito de la autonomía indígena originaria campesina, debe realizarse a la luz de la doctrina del bloque de constitucionalidad.

14 El parágrafo I, del Artículo 297º de la Constitución Política del Estado define a las competencias en: a) Privativas, aquellas cuya legislación, reglamentación y ejecución no se transfiere ni delega, y están reservadas para el nivel central del Estado. b) Exclusivas, aquellas en las que un nivel de gobierno tiene sobre una determinada materia las facultades legislativa, reglamentaria y ejecutiva, pudiendo transferir y delegar estas dos últimas. c) Concurrentes, aquellas en las que la legislación corresponde al nivel central del Estado y los otros niveles ejercen simultáneamente las facultades reglamentaria y ejecutiva. d) Compartidas, aquellas sujetas a una legislación básica de la Asamblea Legislativa Plurinacional cuya legislación de desarrollo corresponde a las entidades territoriales autónomas, de acuerdo con sus características y naturaleza. La reglamentación y ejecución corresponderá a las entidades territoriales autónomas.

15 Constitución Política del Estado, Artículo 304º, parágrafo I, numeral 23.

A reserva de lo señalado, es importante resaltar que, en Bolivia, a pesar de contar con un marco constitucional que reconoce la facultad que tienen los pueblos indígenas de desarrollar procesos de Consulta Previa en el ámbito autonómico a través de protocolos específicos, aún no se han desarrollado líneas jurisprudenciales en esta materia. Esto en razón de que, de forma específica la aplicación de los protocolos no ha sido judicializada en el ámbito de la justicia constitucional, la justicia ordinaria, agroambiental, o en la jurisdicción indígena originaria campesina reconocida por el propio texto constitucional (artículo 190º CPE).

En líneas generales, en los 30 años de existencia del TCP, pocas han sido las sentencias y fallos constitucionales que han abordado aspectos inherentes a la aplicación del derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada, esto a pesar de tener a este instituto dentro del ordenamiento jurídico nacional a partir de 1991, año en el que el país ratificó el Convenio N° 169 de la OIT.¹⁶ No fue sino a partir de 2009, con la ratificación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 y la constitucionalización del derecho a la Consulta Previa, así como de otros derechos de carácter territorial, que el TCP desarrolla algunas sentencias que abordan la problemática.

2.2.1. SCP 0874/2014

La SCP 0874/2014 emitida por el TCP en fecha 12 de mayo de 2014, en el marco del conflicto de competencias jurisdiccionales suscitado entre autoridades de la Jurisdicción Campesina de Zongo ante el Juez Primero de Instrucción en lo Penal de la ciudad de El Alto, ya que la autoridad jurisdiccional ordinaria, rechazó la excepción de incompetencia presentada por las autoridades originarias y dispuso la detención preventiva de los procesados por la justicia indígena. Conflictuada la competencia y remitidos los antecedentes al TCP, esta instancia, declaró competente a las autoridades indígena originario campesinas de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina de Zongo, para conocer y resolver el asunto planteado a través de sus instancias y procedimientos propios y dispuso que el Juez Primero de Instrucción en lo Penal de El Alto, se inhiba del conocimiento del proceso y remita antecedentes a las autoridades de la Central Agraria Campesina del sector Zongo y la Federación Departamental Única de Trabajadores Indígena Originario Campesinos de la Provincia Murillo.

Si bien la SCP 0874/2014, no desarrolla una línea jurisprudencial sobre la aplicación de los protocolos de Consulta Previa en el ámbito de las autonomías indígenas, sienta una base fundamental para entender el pluralismo jurídico igualitario, en el que entre otros aspectos, se reconoce la participación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos en la interpretación del texto constitucional, hecho fundamental para pensar en la aplicación directa de los protocolos propios de consulta por parte de las autoridades de los pueblos indígenas en el marco de su derecho a la libre determinación.

16 El Tribunal Constitucional se crea en 1994 en el marco de la reforma constitucional, inicia sus funciones de carácter operativo en 1999 luego de que los lineamientos constitucionales de su funcionamiento fueran establecidos por la Ley del Tribunal Constitucional N° 1836 de 1 de abril de 1998.

En ese contexto, en cuanto a la libre determinación, los fundamentos jurídicos del fallo establecen:

“La autodeterminación (...) concebida como libre determinación en nuestra Constitución Política del Estado, [es] la base para el ejercicio de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre ellos, el derecho a ejercer sus sistemas jurídicos, sobre la base de sus propias normas, procedimientos, instituciones y autoridades”.

A la luz del pluralismo jurídico igualitario, la SCP 0874/2014 en relación a la participación de las naciones y pueblos indígenas en la interpretación de la Norma Fundamental, señala:

“El pluralismo jurídico diseñado en nuestra Constitución Política del Estado, va más allá de la inicial definición de éste como coexistencia de sistemas jurídicos de un Estado; pues a partir del principio de sistemas jurídicos, se propugna (...) la participación de las naciones y pueblos indígena originario en la interpretación de la Constitución, de los derechos y garantías constitucionales, cuya presencia es fundamental para la resignificación y reinterpretación del derecho.”

En ese orden de ideas, cuando de reconocimiento de los protocolos propios de Consulta Previa como derecho fundamental de las comunidades, el TCP abre de manera importante la posibilidad de que las autoridades indígenas en ejercicio de su jurisdicción puedan interpretar la Constitución y por tanto, validen la aplicación del derecho a la Consulta Previa en el marco de la libre determinación.

2.2.2. SCP 2003/2010 – R

La SCP 2003/2010-R –emitida por el Tribunal Constitucional de transición el 25 de octubre de 2010 en revisión a la Resolución pronunciada por la jueza de garantías de la provincia O’Connor del departamento de Tarija, dentro del recurso de amparo constitucional (hoy acción de amparo) presentada por el Servicio Departamental de Caminos (SEDECA) de Tarija contra representantes de la Asamblea del Pueblos Guaraní de “Itika Guazu” por haber interferido en la ejecución de un convenio entre el SEDECA y la empresa PETROSUR SRL para el uso de infraestructura ubicada en el territorio indígena– analizó el derecho a la Consulta Previa en las normas del bloque de constitucionalidad, resolviendo de acuerdo a los fundamentos III.5. y III.6, que:

“(...) las normas contenidas en el **Convenio 169 de la OIT** y la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**, que forman parte del bloque de constitucionalidad.”

“La consulta previa es un deber del Estado, tanto en el nivel central, como en las entidades territoriales autónomas, que debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas.”

“La consulta debe ser realizada de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias en los siguientes casos: a. Antes de adoptar o aplicar leyes o medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas (arts. 6.1. del Convenio 169, 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, **30.15** CPE); b. Antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos (art. 32.2. de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas); c. Antes de autorizar o emprender cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales que se encuentren en las tierras donde habitan pueblos indígenas (arts. 15.2 del Convenio 169, 32.2. de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, **30.15** y 403 de la CPE); y, d. Antes de utilizar las tierras o territorios indígenas para actividades militares (art. 30 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).”

“La consulta referida debe ser desarrollada con la finalidad de lograr un acuerdo con los pueblos o su consentimiento libre, previo e informado. Ahora bien, cabe aclarar que este consentimiento se constituye en una finalidad de la consulta, pero no un derecho en sí mismo, salvo en las dos situaciones previstas tanto en el Convenio 169 como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: 1. Traslados de las tierras que ocupan y su reubicación (arts. 16.2 del Convenio 169 y 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas); y, 2. Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (art. 29 de la Declaración). A los dos supuestos anotados, debe añadirse un tercero, que fue establecido jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el **Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam**, en el que reconoció el derecho al consentimiento cuando “(...) cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre “consulta” y “consentimiento” en este contexto requiere de mayor análisis”. (...) Conforme a lo anotado, para implementar los proyectos de los tres supuestos antes señalados, se debe obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, lo que significa que en dichos casos los pueblos tienen la potestad de vetar el proyecto; en los demás casos cuando la consulta se desarrolla de buena fe, con métodos e información apropiada, los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la elaboración del proyecto, debiendo el Estado actuar bajo márgenes de razonabilidad, sujeto a normas,

principios y valores contenidos en la Constitución Política del Estado, entre ellos el principio de legalidad y la prohibición de arbitrariedad; respetando los derechos de las comunidades originarias, evitando impactos nocivos a su hábitat y modus vivendi.”

De esta manera, la Sentencia 2003/2010-R desarrolló una línea jurisprudencial importante al ratificar el reconocimiento del Convenio N° 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como parte del Bloque de Constitucionalidad y, por tanto, su aplicación directa de acuerdo a lo previsto por los artículos 13º, 256º y 410º del texto constitucional. Al mismo tiempo, el deber que tiene el Estado boliviano de desarrollar los procesos de Consulta Previa en todos sus niveles de gobierno y entidades territoriales autónomas, resaltando que esta se debe realizar a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas. Finalmente, estableciendo al consentimiento como la finalidad de la consulta en los casos previstos por el Convenio y la Declaración, así como la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

2.2.3. SCP 0300/2012

Por otro lado, encontramos a la SCP 0300/2012 de 18 de junio de 2012, emitida por el TCP en el marco de la acción de inconstitucionalidad presentada por Diputados de la Asamblea Legislativa Plurinacional que demandaron la inconstitucionalidad de los arts. 1º, 3º, 4º inc. a), 5º, 6º, 7º, 8º y 9º de la Ley N° 222, de Consulta a los Pueblos Indígenas del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore – TIPNIS de 10 de febrero de 2012, por ser presuntamente contrarios a los arts. 2º, 13.I, 14.V, 30.II.15 y III, 108º, 403º, 410º parágrafo II de la CPE; 26º y 27º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969; 6º del Convenio N° 169 de la OIT, y 19º y 32º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

La SCP 0300/2012 instó a los pueblos indígena originario campesinos habitantes del TIPNIS, a: “que en ejercicio de sus derechos y con el objeto de materializar los mismos, coadyuven con su participación a entablar un diálogo con el Estado, a objeto de asumir los acuerdos necesarios para efectivizar la consulta; propiciando para ello al interior de sus comunidades, un proceso de concertación en el que se establezcan sus prioridades respecto al proceso en sí de consulta, las cuales se verán reflejadas al momento de desarrollarse el diálogo entre partes; al mismo tiempo exhortó a la Asamblea Legislativa Plurinacional a ser coadyuvante en la facilitación de la concertación y en la configuración posterior de los acuerdos asumidos; además de determinar que el Órgano Ejecutivo, propicie y facilite el diálogo necesario con dichos pueblos; y, dispuso que ante el incumplimiento de los términos desarrollados en la Sentencia, referidos al proceso de consulta, se tendrán expeditas las acciones tutelares para activar la justicia constitucional, en defensa de los derechos fundamentales colectivos inherentes a los pueblos indígenas”.

Por otro lado, en el marco del fundamento III.5.2., el TCP estableció que:

“(…) el proceso de consulta debe garantizar que los pueblos indígenas se involucren en el proceso de toma de decisiones, y que su participación sea efectiva e influyente dentro de un proceso de diálogo intercultural que garantice por encima el respeto a los principios y normas de la Constitución y los tratados internacionales.”

Siendo el “contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta importa [es]: a) El acceso a la consulta; b) El respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y c) La garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta.”

La SCP 0300/2012 definió como línea jurisprudencial, un mandato a los pueblos indígenas, para que, en el horizonte de materializar su derecho a ser consultados, coadyuven con su participación en los procesos de consulta a fin de entablar un diálogo con el Estado. Dicho mandato, se extendió a las instancias del Estado, al establecer que los procesos de consulta deben garantizar que los pueblos indígenas se involucren en la toma de decisiones, haciendo que su participación sea efectiva e influyente en el marco del diálogo intercultural.

2.2.4. SCP 2056/2012

La SCP 2056/2012, del 16 de octubre de 2012, fue emitida por el TCP en el marco de una acción de inconstitucionalidad abstracta interpuesta por el diputado indígena Pedro Nuny, cuestionando la constitucionalidad de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 211 de 23 de diciembre de 2011, aduciendo que vulnera los arts. 14º, 15º, 30. II., 343º, 403º, 410º y 411º de la CPE. La norma en cuestión, introdujo al ordenamiento jurídico una modificación al derecho a la Consulta Previa en relación a la afectación de los territorios indígenas y de la población en general, cuando el medio ambiente se vea afectado por un emprendimiento. Estableció una consulta atípica y contraria a los derechos de los pueblos indígenas, al disponer que, en el proceso técnico administrativo de obtención de la Licencia Ambiental, el Estado, de manera unilateral, procedería a la elaboración y aprobación del Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental, con lo que las empresas cuyas tareas impacten el medio ambiente, podrían implementar sus actividades o el cierre de estas, estableciendo un diferimiento en el cumplimiento de los resultados y acuerdos resultados de los procesos de Consulta Previa, pudiendo en ese marco, las empresas estatales del sector hidrocarburífero, ejecutar sus proyectos sin ningún tipo de reparo técnico, social o ambiental. El accionante también denunció que la norma en cuestión fue promulgada sin una Consulta Previa a los pueblos indígenas.

En el fundamento jurídico III. 3., la SCP ratificó a la Consulta previa como:

[Un] “derecho colectivo de los pueblos y naciones indígena originario campesinos, un instrumento a través del cual los pueblos indígenas participan de la toma de decisiones

sobre cuestiones que les pudiesen afectar con motivo de la formulación y ejecución de planes y programas de desarrollo, o sobre inversiones, exploración y explotación de recursos naturales en sus territorios, se constituye a su vez para el Estado, en un deber; surgiendo así, nuevos términos de relacionamiento entre el Estado y los pueblos indígenas y, al mismo tiempo, en un mecanismo de ejercicio de la democracia directa y participativa y principio de gobierno.”

En la misma línea de la SCP 2003/2010 – R, la SCP 2056/2012 considera la jurisprudencia de la CIDH en relación a la aplicación del derecho a la Consulta Previa de conformidad con las propias tradiciones de los pueblos indígenas:

“(…) Se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones. Asimismo, 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 sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.”

En este mismo orden, la SCP estableció:

“Este Tribunal ha observado que se debe consultar, de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado.”

Finalmente, la SCP 2056/2012 con el espíritu de garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la consulta y garantizando el respeto de las instituciones indígenas que deben participar en los procesos, señaló:

“Se debe garantizar que estos pueblos se involucren en el proceso de toma de decisiones, y que su participación sea efectiva e influyente dentro de un proceso de diálogo

cultural que garantice el respeto a los principios y normas de la Constitución Política del Estado y los tratados internacionales, partiendo de la premisa central de la concertación como un proceso previo de acuerdos que permitan viabilizar la consulta en un plano de respeto mutuo y de respeto del Estado a las instituciones indígenas que deben participar en el proceso previo de consulta, como en su implementación.”

La SCP 2056/2012 estableció como línea jurisprudencial elementos muy importantes para la aplicación de la Consulta Previa. Partiendo de su reconocimiento a la luz de lo previsto por el Artículo 11 del texto constitucional como mecanismo de ejercicio de la democracia directa y participativa y un principio de gobierno. Además del desarrollo de los procesos de conformidad con las propias tradiciones de los pueblos indígenas, lo que implica tomar en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones. Así como, garantizar - desde las instancias del Estado - que los pueblos indígenas se involucren en el proceso de toma de decisiones de forma participativa e influyente dentro de un proceso de diálogo cultural.

En líneas generales se puede concluir que, la aún limitada jurisprudencia emitida por el TCP en materia de Consulta Previa, a la luz del principio de aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías constitucionales, sienta las bases para el desarrollo de protocolos propios en el ámbito de la autonomía indígena originaria campesina.

En ese contexto, se podrían resaltar cuatro aspectos muy importantes: en primer lugar, el reconocimiento de los protocolos de Consulta Previa en el marco de la resignificación y reinterpretación de un derecho fundamental. Un segundo aspecto se encuentran en el hecho de que las sentencias, determinan la obligación del Estado boliviano de desarrollar los procesos de consulta en todos los niveles de gobierno y entidades territoriales, entre ellas, las indígena originario campesinas, como el caso de la autonomía guaraní Charagua Iyambae. En tercer lugar, la participación de los pueblos indígenas en los procesos de consulta en el horizonte de entablar diálogos con el Estado y sus instituciones, que deben garantizar que los pueblos se involucren de manera efectiva e influyente. Finalmente, la aplicación de la Consulta Previa de conformidad con las propias tradiciones de los pueblos indígenas, tomando en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones, lo que implica el reconocimiento explícito de los sistemas políticos de los pueblos indígenas sobre los cuales se basa entre otros muchos aspectos los protocolos propios en el ámbito de la autonomía indígena originaria campesina

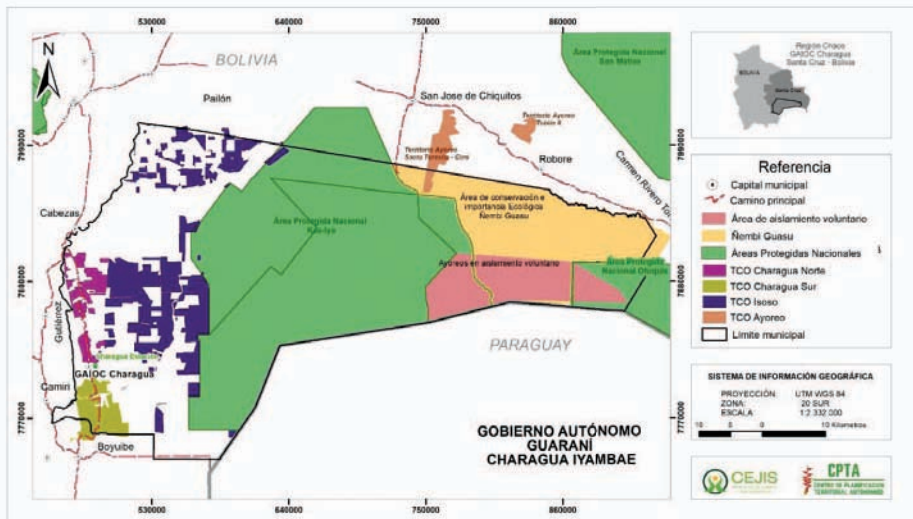
2.3. La aplicación de protocolos de consulta previa en la autonomía guaraní de Charagua Iyambae

En el marco del presente estudio se analizará el contexto de la Consulta Previa en la autonomía indígena de Charagua Iyambae, así como la necesidad de que las capitánías (organizaciones) que integran el primer gobierno autónomo de Bolivia cuenten con protocolos de consulta previa específicos para el desarrollo de actividades extractivas, fundamentalmente hidrocarbúferas, una de las actividades con mayor incidencia dentro de este territorio.

2.3.1. Contexto social e histórico del Pueblo indígena Guaraní de Charagua Iyambae

En Bolivia, la nación Guaraní habita en la región del chaco en los departamentos de Santa Cruz, Chuquisaca y Tarija. Según datos del último Censo de Población y Vivienda de 2012, cuenta con una población de 96.842. Los guaraníes se integran por tres subgrupos: los *ava* (hombres en guaraní), ubicados en el pie de monte andino y de lejos los más numerosos representantes de la etnia; los *simba*, pequeño grupo a orillas del río Pilcomayo; y los *izoceños* o *tappi* repartidos en unas 25 comunidades a lo largo del bajo Parapetí (Combes, 2005: 135).

Mapa 2 – Estructura Territorial Charagua Iyambae



Fuente: CEJIS – CPTA

La autonomía indígena guaraní Charagua Iyambae, se constituye por el Pueblo Guaraní occidental que se compone por otras identidades pertenecientes a la familia chiriguano-guaraní: los *ava* habitantes de las zonas Charagua Norte y Parapitiguasu, y los *izoceños* que habitan las zonas de Alto y Bajo Isozo (Meliá, 1988). Su organización se concentra en cuatro capitánías con sus propias estructuras de autoridad y gestión. Dentro del territorio indígena habitan hacendados o *karaí* (hombres blancos foráneos), migrantes llegados desde occidente del país, además de menonitas. Estas poblaciones habitan la zona urbana de Charagua Iyambae, la zona comercial denominada: Estación Charagua, y las colonias menonitas.¹⁷ Además de las áreas nacionales protegidas: *Kaa Iya* y *Otuquis*, así como el Área de Conservación e importan-

17 Las colonias menonitas asentadas en la jurisdicción de Charagua Iyambae son: Pinondy, Kansas, Casa Grande, Durango.

cia ecológica *Ñembi Guasu*,¹⁸ y el Territorio Indígena del Pueblo Ayoreo “Santa Teresita”. Esta compleja conformación multicultural se compone demográficamente de la siguiente manera:

Tabla 1
Composición demográfica de la autonomía indígena Guaraní

Zona	Nº de habitantes
Charagua Norte	6.059
Parapitiguasu (Charagua Sur)	4.001
Alto Isoso	4.343
Bajo Isoso	4.828
Charagua Pueblo	3.496
Estación Charagua	1.751
Colonias menonitas	7.287

Fuente: Plan de Gestión Territorial Comunitario Autonomía Guaraní Charagua Iyambae

Según el Censo Nacional de Población y Vivienda de 2012 Charagua Iyambae cuenta con una población de 32.186 habitantes. El Plan de Gestión Territorial Comunitario (PGTC) del gobierno autónomo guaraní, señala que la población auto-identificada como indígena originario campesino es de 18.621 habitantes. De esta población, el 91,96% es guaraní, seguida por población quechua y aymara. Tiene una extensión de 74.424 km², superficie que representa alrededor del 86% de la superficie de la provincia Cordillera (86.245 km²) del departamento de Santa Cruz.

En relación a la estructura socio-territorial, Charagua Iyambae se organiza en seis zonas, dos parques nacionales y un área de conservación e importancia ecológica: Charagua Norte, que tiene como titular a la capitanía Charagua Norte y sus comunidades; Parapitiguasu, con la capitanía Parapitiguasu y sus comunidades como titular; Alto Isoso, con la capitanía del Alto Isoso como su propietaria; Zona Bajo Isoso, asume el ámbito territorial de la Capitanía Bajo

¹⁸ El Área de Conservación e importancia ecológica *Ñembi Guasu*, adquirió esa categoría por decisión del gobierno de la autonomía indígena guaraní Charagua Iyambae en 2019.

Isoso y sus comunidades; Zona Estación Charagua, que tiene como ámbito territorial el área urbana y su área de influencia; Zona Charagua Pueblo, con ámbito territorial en el área urbana de la ciudad de Charagua y su área de influencia; Parque Nacional Kaa Iya del Gran Chaco; Parque Nacional Otuquis; y el Área de Conservación e Importancia Ecológica de la Nación Guaraní Ñembi Guasu.

De acuerdo a Combés (2014) los chiriguano (hoy llamados y auto identificados como guaraníes) constituyen el grupo indígena más numeroso del chaco boliviano (aunque gran parte de su territorio corresponde en realidad con los últimos estribos andinos orientales). Las fuentes coloniales tempranas evocan el mestizaje biológico y cultural entre los migrantes guaraníes llegados de Brasil y Paraguay en los siglos XV y XVI, y grupos autóctonos chanés, de filiación arawak, que dio nacimiento a la etnia. Según Pifarré (1989: 17) al analizar la denominación del Pueblo Guaraní, señala que este se refiere a la gran familia extendida a través de las fronteras de: Bolivia, Paraguay, Brasil, Argentina y Uruguay. El nombre específico Chiriguano es propio a la identidad particular de los Guaraní occidentales, al pie de la cordillera.

Para Meliá (1988) los Guaraníes se han caracterizado tradicionalmente por sus fuertes tendencias migratorias. El tipo de cultivo practicado, que requería suelos bastante específicos, así como las estructuras sociales y culturales que correspondían a estas bases económicas serían la razón suficiente de movilidad expansiva. Esta expansión tiene el carácter de una verdadera colonización de nuevas tierras, mediante la cual podrían aligerar la densidad demográfica de una región y responder a la saturación del espacio que disponían para sus cultivos.

Los Guaraníes de la cordillera llegaron del Brasil y del Paraguay de forma paulatina y en distintos periodos (Pifarré, 1989: 20). En relación a su llegada a la región de la cordillera subandina (espacio en el que en la actualidad se encuentra Charagua Iyambae), Meliá (1998) señala, que esta presenta algunas características peculiares que parecen romper el esquema y la dinámica de la expansión propia de los Guaraníes, que era de ocupación de tierras de selva tropical y sub-tropical húmedas, y “según la documentación de los expedicionarios españoles del siglo XVI, los Guaraníes habrían venido hacia la sierra en demanda de placas de metal con que se adornaban y de las que servían para trueque con otras tribus”.

Siguiendo a Meliá (1988) que a su vez cita a Nimuendajú (1914) y Métraux (1927 – 1930), se observa a la idea de la migración guaraní motivada por la búsqueda religiosa de la tierra sin mal:

“El guaraní estaría huyendo de un mundo amenazado de destrucción y estaría procurando una tierra donde no hay ni muerte ni enfermedad, donde la tierra se cultiva sola y donde se puede danzar y cantar en una nueva fiesta sin fin”.

Para Meliá, la búsqueda de la tierra sin mal es el motivo fundamental y la razón suficiente de la migración guaraní. En la búsqueda de la tierra sin mal y en la consiguiente migración confluyeron varios factores: una crisis de carácter económico provocada por la reducción y el

agotamiento de los campos de cultivo, un aumento considerable en la demografía, tensiones sociales y políticas en el seno de una comunidad.

Sobre la situación de la hoy Charagua Iyambae en la colonia, Pifarré (2015: 105) señala que en esta región entre 1778-80 y 1799-1800 se promovieron movimientos de independencia. El primero de estos brotes se dio en Masavi y el segundo en Taputá.

Al mismo tiempo, siguiendo a Pifarré (2015), en este periodo Charagua pasó por unos tiempos de grave decadencia. De haber sido una de las comunidades más numerosas y agueridas del siglo XVI, acabó por ser una comunidad debilitada y disminuida al finalizar el siglo XVIII. En 1790 sólo contaba con unos 300 habitantes. En las últimas décadas del siglo las comunidades del sector Charagua – Saipurú fueron perdiendo terreno ante las presiones hispanas, tanto misioneras como de hacendados.

En el periodo de las misiones, entre 1786 y 1795 se formaron diez misiones en la región Charagua – Parapetí (Ibíd.: 196). Entre 1799 – 1800 en el sector de Charagua – Saipurú las misiones que fueron promovidas principalmente por comunidades reducidas al régimen misional, se podrían explicar con resistencia a depender de la misión como algo permanente (Ibíd.: 209).

Desde 1778 a 1781, la cordillera experimentó varias etapas anti – españolas. En febrero de 1779 impactados por la presencia de los *tumpa*, los ataques se concentraron en las comunidades con una presencia directa en el sector Charagua – Saipurú: Masavi comunidad en la que se conocía al llamado “tumpa de Masavi”. En agosto de ese mismo año, todas las comunidades chiriguanas que había a este líder sufrieron la destrucción total de sus pueblos (Ibíd.: 249 - 250). En 1796, en Charagua – Saipurú se dieron varios ataques a las misiones. Entre 1796 y 1799 existió un período de asambleas y convites, que fueron preparando el clima para la guerra hasta llegar a los momentos culminantes de finales de 1799. Eran tiempos en los que los chiriguanos se sentían más capaces para declarar la guerra a los conquistadores de la estancia y la misión. En esta etapa, los chamanes o *ipaje* ejercieron una importante influencia como inspiradores del fervor asambleario y de convocatoria que iba creciendo por la cordillera. El 20 de octubre de 1799 se celebró en la comunidad de Tapytá (sector Charagua – Saipurú) un solemne convite como culminación del proceso asambleario de varios años. Los temas de los discursos pronunciados por los jefes (*mburu-vichas*), consejeros (*arakuaa – uja*), chamanes (*ipaje*) y combatientes (*kereimba*) se centraron en la necesidad de expulsar del territorio chiriguano a todos los dueños de haciendas y eliminar la presencia de fortines y misiones (Ibíd.: 255 - 256).

En el periodo de 1799 a 1780 gran parte de las misiones del sector Charagua fueron destruidas por motivo de la guerra. Entre 1810 y 1825, en el sector Charagua – Parapetí la mayoría de las misiones fueron clausuradas y entregadas en calidad de “doctrinas” a los sacerdotes diocesanos en cuyo régimen se estimuló la incautación de tierras a favor de ganaderos (Ibíd.: 280 – 281, 318).

Ya en la república, los grupos chiriguanos de las reducciones del sector de Charagua – Saipurú fueron perdiendo su poder de convocatoria e identidad combativa. Además de la guerra, la presión que la hacienda ejercía para el debilitamiento de las comunidades chiri-

guanas fue determinante. Debido a esto, las misiones de Charagua – Saipurú, descendieron de 15.812 habitantes en 1810 a 3.299 en 1883. En este periodo las comunidades de Charagua y Saipurú pasan a convertirse en pueblos *karai* hasta su transformación total en 1873 (Ibíd.: 286).

Durante la sublevación de 1892, la última de las guerras chiriguanas encabezada por el *tumpa* de Ivo (Combés, 2014: 48, 135), denominado *Apiaguaqui Tumpa*, contó con las comunidades chiriguanas de la cordillera central: Parapetí – Charagua: Oway-Charagua, Takuarandi y una facción del Gran Parapetí (Pifarré, 1989: 377). La derrota en Kuruyuki, más de mil guerreros chiriguanos murieron luchando a manos del ejército boliviano (Combés, 2005: 136) significó la consolidación del sistema de misiones y de hacienda en la región del chaco y, la opresión del pueblo chiriguano durante la república.

Luego de la Guerra del Chaco se inicia un proceso muy importante por la consolidación territorial.¹⁹ En 1947, Bonifacio Barrientos “Sombra Grande” logra los primeros títulos agrarios del Izozog.²⁰ Para 1953, año en el que se promulgó la Reforma Agraria en el país, el Izozog era la única zona indígena de las tierras bajas en poseer al menos una parte de su territorio titulado (Ibíd.: 140).

En el plano organizativo guaraní, la historia registra importantes hitos ocurridos en la hoy Charagua Iyambae. En 1980 se reúne en Charagua el Primer Congreso de Unidad Campesina, en el que se reunieron 73 delegados titulares de 44 comunidades de la región. Sin lograr el éxito esperado con la organización sindical, en el mismo año, surge en la zona del Izozo una de las primeras sedes de una nueva organización que desde octubre de 1982 se transformó en la Central de Pueblos y Comunidades Indígenas del Oriente y de la Amazonía de Bolivia (CIDOB). La base organizativa de la CIDOB se articuló casi por definición con el sistema tradicional de autoridades, con el *Mburuvicha guasu* (Albó, 1990). En febrero de 1987 se realiza en Charagua la reunión constitutiva de la Asamblea del Pueblo Guaraní (APG)²¹ (Michel, 2006).

El recorrido presentado, permite reflejar el importante rol de las comunidades chiriguanas (hoy Guaraníes) y los líderes de la actual jurisdicción de Charagua Iyambae en la construcción de la historia del Pueblo Guaraní. La cual se encuentra marcada por un proceso de lucha por la emancipación territorial, política y organizativa, que se logra consolidar con la constitución del primer gobierno indígena autónomo de Bolivia que a su vez sienta las bases para el ejercicio de los derechos territoriales de carácter colectivo como el de la Consulta Previa.

19 Conflicto bélico entre Paraguay y Bolivia librado entre el 9 de septiembre de 1932 y el 12 de junio de 1935 por el control del Chaco Boreal. Fue la guerra más importante en Sudamérica durante el siglo XX. En los tres años de duración, Bolivia movilizó a lo largo del conflicto a 250.000 soldados y Paraguay a 120.000, que se enfrentaron en combates en los que hubo gran cantidad de bajas (aproximadamente 60.000 bolivianos y 30.000 paraguayos).

20 Bonifacio Barrientos Iyambae, perteneciente por línea materna a una de las familias dirigentes del Izozo la de los Iyambae, fue electo entre 1937 y 1939 por las comunidades como el nuevo capitán grande de la zona. Apodado “Sombra Grande” por el cobijo que logró dar a su gente, se quedó casi cinco décadas en el poder. En 1982 fue uno de los fundadores de la CIDOB, falleció en 1985 (Ibíd.).

21 En la actualidad la Asamblea del Pueblo Guaraní (APG) articula a 28 capitanías y más de 300 comunidades rurales (y conurbanas) de los departamentos de Santa Cruz, Chuquisaca y Tarija.

2.3.2 El gobierno autónomo de Charagua Iyambae

El 14 de abril de 2009 se promulgó la Ley del Régimen Electoral Transitorio N° 4021 que, en el marco del desarrollo constitucional, estableció las bases legales para la conversión de un municipio con condición Indígena Originario Campesina (Romero y Albo, 2009) a una Autonomía Indígena Originaria Campesina (AIOC). El 2 de agosto del mismo año, se aprobó el reglamento de la normativa transitoria, estableciendo las condiciones y requisitos para la convocatoria y el desarrollo del primer referendo AIOC en la historia del país. Iniciaba de manera formal “la larga marcha” (Exeni, 2015) por la autonomía indígena para la nación Guaraní de la hoy Charagua Iyambae.

Han transcurrido 11 años de iniciado este proceso democrático. Su historia se asienta en varios hitos: el referendo autonómico (2009); la instalación de la Asamblea Autonómica Guaraní responsable de la elaboración participativa del proyecto de Estatuto (2010); y de su aprobación por 2/3 (2012); el referendo estatuyente autonómico (2015); la aprobación del reglamento para la elección de las autoridades y representantes de la naciente entidad territorial autónoma (2016); la elección de las y los miembros de los órganos de poder público indígena: *Ñemboati Reta* (Órgano de Decisión Colectiva), *Mborokua Simbika Iyapoa* (Órgano Legislativo) y el *Tëtarembiokuai Reta* (Órgano Ejecutivo) (2016); hasta alcanzar el anhelado nacimiento de la Autonomía Guaraní Charagua Iyambae (2018).

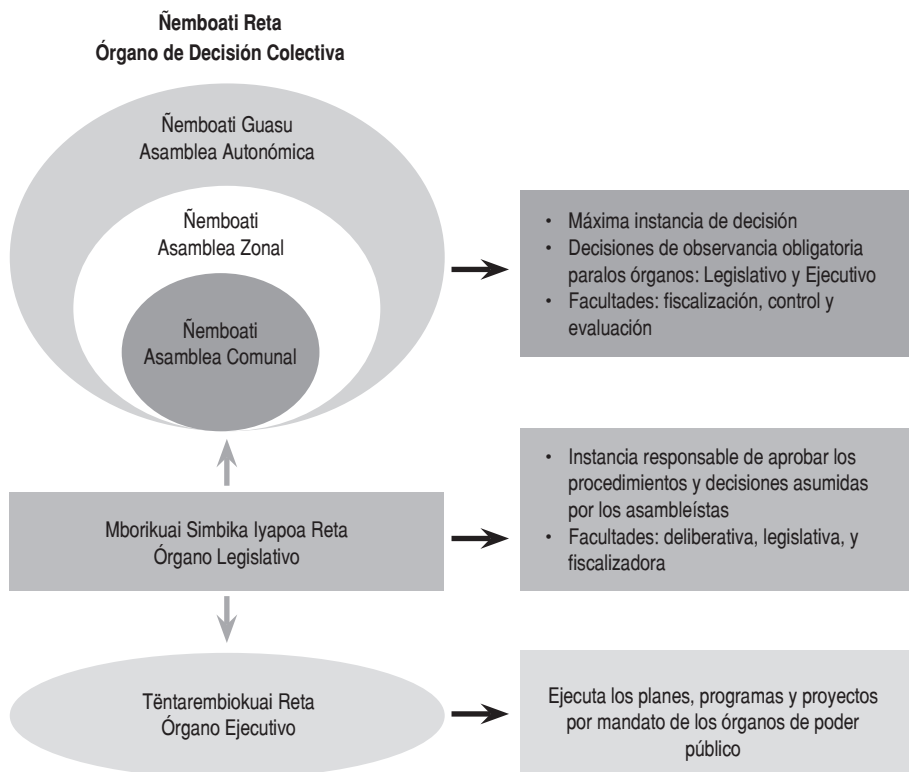
Para llegar a lo que hoy se conoce como el primer gobierno autónomo indígena, las mujeres y hombres guaraníes, tuvieron que superar las dilaciones y dificultades establecidas por los órganos del Estado (Peña, 2017), además de la dimensión de disputa por el poder político (Morell i Torra, 2017). Ambos aspectos lograron ser superados a partir de dos hechos de carácter sustancial: la cohesión del Pueblo Guaraní en torno a las cuatro capitanías titulares del proceso autonómico; y, la construcción de pactos políticos. Dando lugar a la hegemonía guaraní comunitaria, emergente a la luz del nuevo sistema autonómico, con un elemento sustancial: la incorporación del “no-guaraní” a la nueva institucionalidad estatal (Ibíd.: 91).

Charagua Iyambae, en el espíritu de profundizar el Estado Plurinacional con autonomías indígenas, asume el reto de la heterogeneidad institucional con la interculturalidad como horizonte (Exeni, 2019) apostando por un modelo institucional expresado en la *Ñomboja Jupique* (estructura y organización del Gobierno), base para el ejercicio de las facultades y competencias autonómicas y la democracia intercultural que se materializa entre otros aspectos en la posibilidad del ejercicio de la Consulta Previa, como mecanismo de la democracia directa y participativa así como la comunitaria.

2.3.3. La consulta previa en Charagua Iyambae

Los últimos trece años, el territorio de Charagua Iyambae ha desarrollado al menos seis procesos de Consulta Previa por la implementación de actividades de prospección/exploración de hidrocarburos.

Imagen 1: Estructura funcional del Gobierno Autónomo Guarani Charagua Iyambae



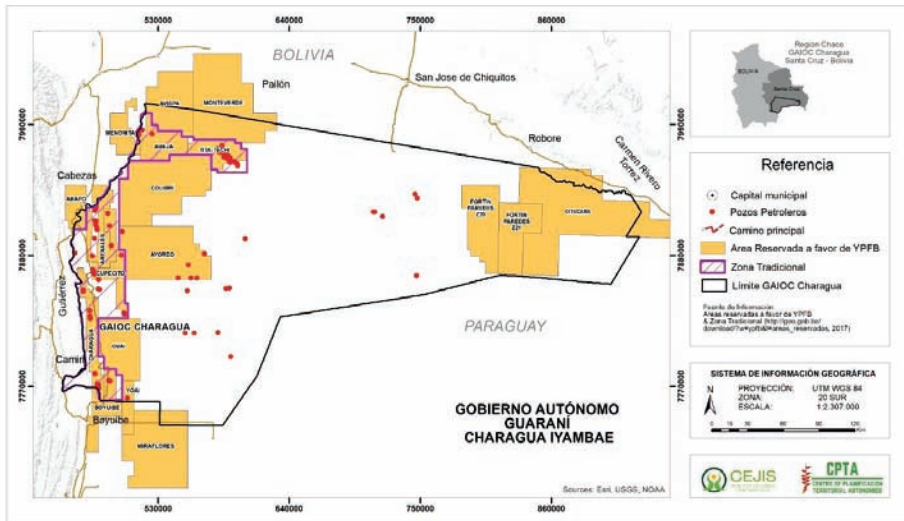
Fuente: Elaboración propia sobre la base del Estatuto Autónomo Guarani Charagua Iyambae

En 2007, luego de la promulgación del Decreto Supremo N° 29033, Charagua fue el segundo territorio indígena en el país sujeto a un proceso de consulta y participación por la exploración hidrocarburífera por la empresa PLUSPETROL. Luego de la primera experiencia de consulta poco exitosa, entre 2009 y 2010 se desarrolló la consulta por la exploración de los proyectos Tajibo y Tacobo en el Bloque San Isidro, proyecto también ejecutado por la empresa PLUPE-TROL. A partir de 2014 y hasta 2018, se desarrollaron una serie de actos de consulta en el marco del proyecto Caraguaycho ejecutado por la empresa nacional Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) en sociedad con su par argentina YPF.

El desarrollo de estos procesos puede ser caracterizado en tres etapas: 1. La aplicación de la consulta es realizada sin una normativa reglamentaria que genera una serie de observaciones respecto a su resultado; 2. Luego de una primera experiencia poco favorable, las autoridades de Charagua, fundamentalmente de la Capitanía Charagua Norte, buscan espacios de

capacitación sobre derechos colectivos y consulta, así como respecto a la aplicación de la normativa en vigencia con un respaldo orgánico importante; y, 3. El desarrollo de un proceso de consulta de mayores dimensiones con la participación de varias capitánías (Charagua Norte y Parapitiguasu) y exterior del territorio (capitanía Gran Kaipipendi Karaguaycho) y en la que se aplicó una normativa contraria a los preceptos constitucionales e internacionales sobre la Consulta Previa con la aplicación del Decreto Supremo No. 2298 que reduce los plazos para su realización.

Mapa 2 – Áreas de exploración y explotación hidrocarburífera 2011 – Charagua Iyambae

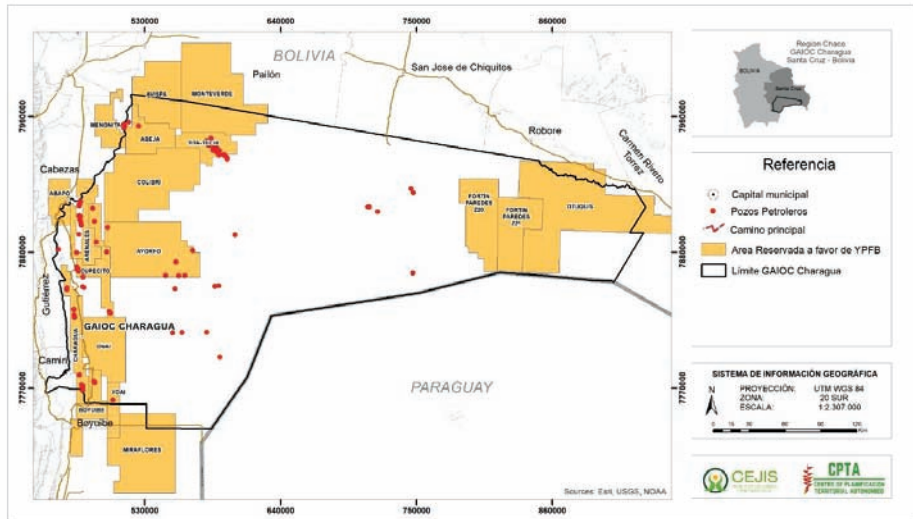


Fuente: CEJIS – CPTA

De acuerdo con el sociólogo cruceño Miguel Suarez, estos procesos se desarrollaron principalmente en el marco de las actividades sísmicas con muchas irregularidades, sin tomar en cuenta la normativa nacional y fundamentalmente la normativa internacional.²² Esta consideración fundamentalmente se concentra en el proceso seguido por el proyecto Caraguaycho, en el que se encontraron hidrocarburos de carácter no convencional que podrían ser explotados a través de fracturación hidráulica *fracking*. Razón por la cual el gobierno de la autonomía indígena de Charagua Iyambae aprobó la Ley Autonómica No. 015/2018 “Ley Marco de Consulta de la Autonomía Guaraní de Charagua Iyambae”.²³

22 Miguel Suárez es sociólogo. En la actualidad trabaja en la oficina Charagua de CIPCA.

23 Ley Autonómica promulgada el 02 de agosto de 2018 por el Ejecutivo de la GAIOC Charagua Iyambae Berlarmín Solano. Ver la Ley Autonómica en: https://www.charagua.gob.bo/wp-content/uploads/2019/09/ley_015_2018_consulta_previa.pdf

Mapa 3 – Áreas hidrocarburíferas reservadas en el territorio de Charagua Iyambae 2017

Fuente: CEJIS – CPTA

En relación a este punto, es imprescindible señalar que el Estatuto Autónomo de Charagua Iyambae, aprobado por referendo autónomo el 20 de septiembre de 2015, reconoce el derecho a la consulta en el marco de lo establecido por la CPE y la normativa en vigencia, garantizando el ejercicio a la información y a la consulta previa y obligatoria de acuerdo a los procedimientos propios de cada capitania guaraní respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables existentes en la jurisdicción territorial; así como respecto a medidas administrativas y legislativas adoptadas por el nivel central del gobierno que les afecten, y consulta pública a las zonas urbanas legalmente establecidas respectivamente.

De esta manera, en el marco del desarrollo legislativo autónomo indígena Charagua Iyambae se constituye en el primer gobierno autónomo en Bolivia que desarrolla una ley con carácter marco que regula el proceso de Consulta Previa.

Varios son los elementos que se pueden analizar sobre este proceso. Entre ellos, la consideración realizada por Suarez en el sentido de que la norma autónoma referida a la Consulta Previa fue aprobada como un mecanismo que enfrente la realización del proceso de consulta correspondiente al proyecto de prospección: Caraguaycho.²⁴ Proceso observado por las capitanías por su limitación en los tiempos para la toma de decisiones y la participación de las y los sujetos de consulta.

24 Entrevista realizada en fecha 29 de enero de 2020 en ocasión del taller de evaluación de la Ley Marco de Consulta en la Capitania Charagua Norte de la GAIIOC Charagua Iyambae.

El análisis a los contenidos de la norma, permite identificar un elemento central, -así como lo hace el Estatuto Autonomico- la novedosa Ley Autonomica, presenta un esfuerzo importante por vincular el ejercicio del derecho a la libre determinación y la Consulta Previa. En ese sentido y a la luz de profundizar el Estado Plurinacional con Autonomías, se ratifica a este derecho como un derecho fundamental en sí mismo y un mecanismo para el ejercicio de la libre determinación y los derechos colectivos de la población que habita la Jurisdicción de Charagua Iyambae.

Por otro lado, la norma establece los mecanismos para la implementación de la consulta de carácter vinculante a todos los estantes y habitantes de la jurisdicción de la autonomía, cuando se desarrollen medidas legislativas o administrativas, aplicación de las resoluciones, decisiones, actividades de exploración de recursos mineralógicos, forestales, energéticos, hidrocarbúricos, proyectos de infraestructura u otros proyectos.

De esta manera, y en el mismo sentido progresivo del Estatuto Autonomico Indígena, la primera Ley en el ámbito de las autonomías indígenas en el país en materia de Consulta Previa rescata un elemento sustancial: su carácter vinculante: *“la consulta previa tendrá carácter vinculante y de ineludible cumplimiento, siendo nulas todas las actuaciones que realicen en caso de omitirse tal obligación”*.

En el ámbito de sus alcances, la norma establece tres objetivos generales:

- Precautelar el derecho a la toma de decisiones informadas por parte de la población sobre actividades realizadas en la entidad territorial de Charagua Iyambae por parte del Estado, empresas, instituciones a través de la consulta previa.
- Armonizar el desarrollo sostenible de la entidad territorial con la cosmovisión del Pueblo Guaraní.
- Evitar la consolidación de atropellos u omisiones de orden legal, normas y procedimientos propios que afecten a los derechos de los vivientes en el territorio Autónomo Guaraní Charagua Iyambae.

En cuanto a la aplicación de la consulta y sus modalidades, la norma abre la posibilidad del desarrollo de protocolos propios de consulta en cada una de las capitánías que componen su jurisdicción, asumiendo que esta se realizará a todos los habitantes de la entidad territorial conforme a los procedimientos propios de cada zona de acuerdo a lo establecido por la CPE, la normativa nacional, el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Respecto a los actores de la Consulta Previa, la norma autonómica realiza una diferenciación entre aquellos que se encuentran obligados a garantizar la aplicación del derecho y los actores del proceso como sujetos con derecho a ser consultados. En el primer grupo, se encuentran: el Estado en sus niveles de gobierno nacional, departamental e indígena originario campesino, así como el conjunto de entidades públicas dependientes de estos, y las instituciones descentralizadas, autónomas o desconcentradas; la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP) a través de las instancias legislativas departamentales; el OEP, a través de sus instan-

cias pertinentes, para el acompañamiento de los procesos de consulta; los habitantes, capitánías y juntas vecinales de la entidad territorial de Charagua Iyambae conforme a sus normas y procedimientos propios de cada zona.

Entre los sujetos con derecho a ser consultados, la norma establece una diferenciación parcial respecto a los asuntos sobre los cuales se aplicará el procedimiento. Así, en el caso de un proceso en el que se involucren intereses sobre tierras y territorios o en la defensa del *Nanderejo*, *Yaiko Kavi Pave*, el *Ivi Marae*, medio ambiente y la naturaleza en su conjunto, los sujetos de la consulta serán los habitantes de las capitánías zonales y las juntas vecinales y otras instancias representativas que se encuentren dentro de la jurisdicción de la autonomía. Por otro lado, cuando la consulta se realice a una medida legislativa o administrativa que afecte la territorialidad, los actores de la Consulta Previa serán los habitantes de las capitánías zonales y las juntas vecinales de la AIOC Charagua Iyambae.

Ya en el plano procedimental, la norma autonómica se desarrolla con cierta contradicción, principalmente en lo relacionado a la aplicación de las normas y procedimientos propios de las capitánías guaraníes que se encuentran en su jurisdicción.

En su parte general, la norma define que la Consulta Previa se realizará con la participación de todos los habitantes de la jurisdicción conforme a procedimientos propios de cada zona. Sin embargo, ya en lo procedimental, la posibilidad de desarrollarla a través de mecanismos de toma de decisión propios, desaparece y se limita a “reuniones explicativas” a través de las cuales el Estado mediante sus representantes expondrá los argumentos que justifiquen las medidas legales o administrativas que pretenden implementarse, así como los trabajos a desarrollarse en el territorio del gobierno autónomo. De acuerdo con la norma, el objetivo de estos espacios se encuentra en demostrar técnica y documentalmente si las tierras y territorios serán afectados, así como los derechos de los habitantes de estos territorios.

Estas reuniones que en realidad no son más que los espacios en los que las instituciones del Estado procederán a realizar la consulta, de acuerdo con la norma, tendrán una duración de 45 días, plazo que no es perentorio y que se encuentra sujeto a ampliaciones o reducciones de acuerdo con las circunstancias emergentes o por acuerdo de partes.

Concluida la etapa de “reuniones explicativas” la norma prevé el desarrollo de una segunda etapa en la que se definirán y establecerán acuerdos entre los representantes orgánicos de las capitánías, juntas vecinales de la jurisdicción del gobierno autónomo con las instancias estatales que forman parte de la negociación bajo el objetivo de llegar a acuerdos. Estos espacios denominados como “reuniones sobre la búsqueda de acuerdos o conciliatorias” deben preservar la integridad territorial, el respeto al *Ivi Marae*, la preservación del medio ambiente durante la implementación de los trabajos a realizarse en los territorios indígenas a través de la generación de programas o proyectos de desarrollo sustentable a corto y largo plazo.

En relación con los resultados de las reuniones conciliatorias, la norma establece que estas no podrán consolidar acuerdos que avalen la afectación al territorio autónomo guaraní de Charagua Iyambae y los derechos económicos, sociales, culturales, ambientales, así como la

cosmovisión o la violación de derechos humanos, considerando como nulos los acuerdos que se pacten sin considerar estas vulneraciones.

2.3.4. La consulta previa y los protocolos en la autonomía guaraní de Charagua Iyambae

Como se puede observar, la Ley Marco de Consulta Previa representa una oportunidad para que las capitanías que integran la jurisdicción de la autonomía guaraní de Charagua Iyambae desarrollen protocolos de Consulta Previa, vinculando este derecho con el derecho autonómico y el ejercicio a la libre determinación a partir de sus propias instituciones y sistema de normas.

Sin dejar de prestar atención a lo señalado por su relevancia, es importante considerar algunos elementos que podrían limitar la buena aplicación de esta norma y la construcción y/o desarrollo de futuros protocolos. En este sentido, es importante considerar las contradicciones encontradas en la Ley autonómica respecto a los sujetos de la consulta y los mecanismos de toma de decisiones.

En un taller de evaluación a la aplicación de la Consulta Previa y la posibilidad de elaboración de protocolos realizado en enero de 2020 en el marco de la presente investigación, llamó la atención que un buen número de participantes (mujeres y hombres) no conocían los contenidos de la norma de consulta, ni mucho menos contaban con información sobre el proceso de su elaboración y aprobación.²⁵ Esta situación de alguna manera encuentra su origen en la forma en la que se procedió a la aprobación de la Ley Marco. De acuerdo a testimonios, este proceso se efectuó ante la inminente amenaza por la implementación de proyectos de explotación de hidrocarburos a partir del *fracking*.

Bajo estas consideraciones y en la proyección de contar con protocolos propios para la aplicación de la Consulta Previa en la jurisdicción de la Autonomía Indígena de Charagua Iyambae, es importante considerar que entre 2009 y 2010 en el marco del proceso de consulta por el proyecto Tajibo y Tacobo correspondiente al Bloque San Isidro, la capitanía de Charagua Norte constituyó una especie de laboratorio de buenas prácticas en cuanto aplicación de este derecho.²⁶

En el marco de esta experiencia, es importante resaltar que, si de protocolos de Consulta Previa se trata, de manera innovadora, las autoridades de la capitanía Charagua Norte en el año 2010 asumieron algunos elementos sustanciales que denominaron como “irrenunciables” para el ejercicio de este derecho en materia hidrocarburífera. Siendo estos: la libre determinación, el respeto a la territorialidad, el reconocimiento a las estructuras orgánicas y las normas

25 Taller desarrollado el 31 de enero de 2020 en instalaciones de la Capitanía Zonal de Charagua Norte. La actividad se realizó en coordinación con el equipo del Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social CEJIS, con la participación de representantes de las capitanías zonales: Charagua Norte, Parapitiguasu y Bajo Isoso.

26 El proceso fue acompañado por CEJIS con el apoyo de OXFAM y tuvo como resultado la publicación de un estudio en 2010, denominado “Lecciones aprendidas sobre consulta Previa”.

y procedimientos propios. Además de definir criterios necesarios para el desarrollo de estos procesos como: el criterio organizativo, territorial, de información técnica y de evaluación técnica política.

Sobre la base de los elementos irrenunciables se desarrolló un modelo de estructura y contenidos del proceso de consulta, documento que hoy bien podría ser asumido como un protocolo de Consulta Previa y que fue aplicado en el marco del proyecto de exploración sísmica 2D campos Tajibo y Tacobo, Bloque San Isidro.²⁷

La estructura y contenidos del proceso de consulta desde los derechos de los pueblos indígenas originarios, se desarrolló a partir de cinco ejes: planificación, coordinación y acceso a la información, participación – diálogo y ejecución, consentimiento previo libre e informado, e impugnaciones, nulidades y anulabilidades.

En cuanto a la planificación, la estructura y contenidos del proceso de consulta desde los derechos de los pueblos indígenas, se consideraba como un elemento importante el respeto a las estructuras orgánicas de la capitania Charagua Norte, por lo que, dentro del proceso de consulta, se debía priorizar la presencia y participación de la dirigencia a nivel comunal, así como de sus estructuras de carácter horizontal y vertical.

Para cumplir este objetivo se planteaban cuatro condiciones de carácter procedimental:

Primero

La dirigencia de la organización debía realizar una reunión con las comunidades afectadas por el desarrollo de la actividad, obra o proyecto extractivo.

Segundo

La organización deberá coordinar y decidir de manera orgánica la manera en la que se desarrollaría el proceso de consulta. En este proceso cada comunidad tenía la oportunidad de presentar una propuesta de desarrollo de la consulta para ser consensuada entre todas las comunidades. Para ello se podrá tomar en cuenta los siguientes presupuestos:

- Las comunidades afectadas por el desarrollo de la actividad, obra o proyecto extractivo debían presentar su propuesta para el desarrollo de la consulta.
- La organización regional de la nación y pueblo indígena originario recogerá esta propuesta para analizarla.
- Recogidas y analizadas todas las propuestas presentadas por las comunidades, se debía proceder a consensuar una propuesta única para su posterior socialización a todas las comunidades.

²⁷ El documento de estructura y contenido del proceso de consulta y participación desde los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios, fue el resultado de un trabajo de acompañamiento en procesos de consulta previa, no solo desarrollado en la capitania de Charagua Norte, sino que contó, además, con la experiencia acumulada en talleres con organizaciones de tierras bajas del departamento de La Paz la Organización del Pueblo Indígenas Moseten (OPIM) y el altiplano del mismo departamento el Jacha Suyu Paqajaqui.

Tercero

Socializada la propuesta para el proceso de consulta y participación, la nación y pueblo indígena originario debía definir el lugar en el que se desarrollaría la consulta, el tiempo que requerirá el desarrollo de todo el proceso, el tipo y las condiciones en las que se recibirá la información de la actividad, obra o proyecto, bajo solicitud a las instancias correspondientes del Estado.

Cuarto

La propuesta consensuada para el desarrollo de la consulta y la socialización de la información referida a la actividad obra o proyecto extractivo debía ser de responsabilidad de un equipo de autoridades y comunarios que respondan a la estructura orgánica de la nación y pueblo indígena originario.

Respecto a la coordinación y acceso a la información la estructura y contenidos del proceso de consulta desde los derechos de los pueblos indígenas originarios planteó dos momentos: entrega de la información y análisis técnico y jurídico.

Para la entrega de la información se estableció que la información presentada por la empresa debía contemplar los Estudios de Evaluación Integral Ambiental (EEIA), los planes de mitigación, los planes de desarrollo comunitario y el contrato de operación. Documentos que debían cumplir con los requisitos de ser: íntegros, completos y transparentes. En este punto se determinaron dos acciones:

Primero

Se debía dar a conocer a las instancias del Estado los resultados de la coordinación interna realizada por la organización de la nación o pueblo indígena originario afectado por el desarrollo de la actividad extractiva. La posición de la organización respecto al desarrollo de la consulta debía realizarse mediante la presentación de un voto resolutivo o instrumento equivalente en el que participen todas las comunidades que forman parte del territorio.

Segundo

Se debía solicitar al Estado la información en las condiciones acordadas dentro del proceso de coordinación.

Tercero

Con la entrega de la información por parte del Estado a la organización de la nación o pueblo indígena originario, las instancias competentes debían coordinar la iniciación de un proceso de difusión de la actividad, obra o proyecto, así como del desarrollo del proceso de consulta a las comunidades y ante la dirigencia de la organización.

En cuanto al análisis técnico y jurídico, se establecieron dos aspectos:

Primero

La organización de la nación y pueblo indígena originario debía definir y delegar a los responsables para desarrollar el análisis técnico y jurídico de la documentación referida a la actividad, obra o proyecto extractivo. Este equipo se conformaba por:

- El Directorio de la nación o pueblo indígena originario.
- Representantes de las comunidades, elegidos por normas y procedimientos propios.
- Asesoría especializada.

Segundo

Una vez concluido el análisis técnico y jurídico, los resultados de este debían ser socializados en las comunidades que conforman el territorio de la nación y pueblo indígena. Esta socialización podrá realizarse conjuntamente las instancias competentes del Estado y el equipo conformado. Una vez conocido el contenido del análisis técnico y jurídico, las comunidades en una asamblea o instancia orgánica similar definían si la información referida a la actividad, obra o proyecto extractivo era adecuada para desarrollar el proceso de consulta.

En relación con la participación, en el diálogo y ejecución del proceso de consulta, la estructura y contenidos del proceso de consulta, desde los derechos de los pueblos indígenas originarios, planteó cuatro elementos:

Primero

La organización de la nación y pueblo indígena debía hacer conocer a las instancias competentes del Estado el número de reuniones o asambleas a desarrollar dentro del proceso de consulta. Dichas reuniones serían definidas en consenso con todas las comunidades que integran el territorio.

Segundo

Tanto la organización como las instancias competentes del Estado debían iniciar el desarrollo del proceso de consulta, considerando el cronograma de trabajo, la metodología y los mecanismos apropiados a cada nación y pueblo indígena originario

Tercero

En esta etapa era necesario considerar el desarrollo de técnicas que permitan que en cada procedimiento el establecimiento de marcos legales para el cumplimiento de los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios, como también marcos científicos desde los cuales se determinen los impactos socioambientales mitigables y no mitigables. La construcción, definición y los resultados a los que se arriben, asumiendo sus contenidos y alcances, debían ser considerados como vinculantes en el proceso de consulta. Desde la o las reuniones preliminares por las que pase el proceso de consulta, y en los casos en que no se cumplieren las expectativas para la nación o pueblo indígena originario, o se presentaban incumplimien-

tos de la planificación o no se llegará a un consenso, se debían repetir las reuniones hasta llegar al acuerdo esperado.

Cuarto

Cumplidas las expectativas de la nación o pueblo indígena y llegado a acuerdos respecto al desarrollo del proceso de consulta y participación, la organización de la nación y pueblo indígena originario realizaría la evaluación, balance y validación de los resultados de la fase de participación – diálogo y ejecución.

Para el caso del consentimiento previo libre e informado, la estructura y contenidos del proceso de consulta desde los derechos de los pueblos indígenas originarios planteó tres elementos:

Primero

Luego de realizada la evaluación y validación de los resultados del proceso de participación – diálogo y ejecución, la organización de la nación o pueblo indígena originario hacía conocer al Estado las sugerencias y observaciones sobre los derechos e impactos identificados en el desarrollo de la fase de participación – diálogo y ejecución.

Segundo

Conocidas estas observaciones, el Estado debía ratificar, subsanar o complementar cada una de las sugerencias y observaciones y presentar una respuesta a las mismas.

Tercero

Una vez ratificadas, subsanadas o complementadas las sugerencias y observaciones por parte del Estado, se convocó a una asamblea para proceder a la firma del acta de consentimiento o acta de validación de los consensos o acuerdos, esta acta fue firmada luego de haber comprobado el cumplimiento de forma estricta las etapas 1 y 2 de la fase de consentimiento previo libre e informado.

La estructura y contenidos del proceso de consulta desde los derechos de los pueblos indígenas originarios fue aplicada en un momento de construcción de la autonomía indígena de Charagua Iyambae. Su actualización a partir de un trabajo con las autoridades de las capitanías que integran el gobierno autónomo sería muy importante. En este contexto y por la experiencia desarrollada por la capitanía Charagua Norte será pertinente actualizar el protocolo de Consulta Previa realizado en 2009 y 2010 y analizar las oportunidades para su aplicación en futuras actividades relacionadas a la exploración y explotación de hidrocarburos, así como a otro tipo de proyectos o iniciativas legislativas o administrativas.

3. Buenas prácticas y desafíos

El análisis sobre el reconocimiento y aplicación de los protocolos propios de Consulta Previa en las cuatro capitanías zonales que conforman el territorio de la autonomía guaraní de Cha-

ragua Iyambae en particular, y en un número importante de territorios indígenas, nos permite presentar una aproximación de buenas prácticas y desafíos.

Bolivia en el marco del Estado Plurinacional Comunitario Autónomo, cuenta con un marco constitucional que, además de reconocer el derecho a la consulta como un derecho fundamental de las naciones y pueblos indígena, amplía este reconocimiento a su implementación a partir de las instituciones representativas, los sistemas jurídicos y las normas y procedimientos propios de las comunidades indígenas. De esta manera, a la luz de la Constitución de 2009, es posible pensar en un modelo de Consulta Previa plural e intercultural sustentado en el ejercicio de la libre determinación, que puede traducirse en el ámbito de la autonomía indígena originaria campesina boliviana en la posibilidad de desarrollar protocolos propios desde las colectividades indígenas y originarias.

Lo señalado acá encuentra dos vías: 1. El derecho a la Consulta Previa como derecho fundamental aplicado desde protocolos de carácter comunal y territorial en el marco del derecho a la libre determinación y el autogobierno de las comunidades indígenas originarias y campesinas. 2. El ejercicio de la Consulta Previa en su doble condición: la de derecho fundamental y, la de competencia exclusiva en el ámbito autonómico. En ese sentido, existe una base constitucional importante para el ejercicio de este derecho, que ha sido ratificada por la jurisprudencia del órgano de control constitucional nacional, que, sin entrar en el fondo respecto a los protocolos propios de Consulta Previa, ha desarrollado sustanciales avances para garantizar una participación activa de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisión.

En el horizonte de fortalecer el ejercicio de los derechos colectivos de carácter territorial en el país, la crítica situación en la que se encuentra la aplicación de la Consulta Previa, que acá hemos caracterizado como un estado de cosas inconstitucional, podría encontrar una posible e importante salida a partir de la aplicación de los protocolos propios de carácter territorial y/o comunal, pues como también se ha mencionado, estos tienen una relevancia política y simbólica sustancial en el proceso de redelimitar y definir la relación entre las comunidades y organizaciones indígenas con el Estado y los terceros (empresas o particulares).

Por otro lado, desde el contexto de los pueblos indígenas, particularmente el Pueblo Guaraní de Charagua Iyambae, se observa un importante nicho para desarrollar desde la puesta en práctica de los protocolos propios de Consulta Previa un proceso de fortalecimiento a la institucionalidad indígena autónoma y democrática desde una perspectiva intercultural. Esto implica, que la Consulta Previa plural e intercultural sustentada en el ejercicio de la libre determinación, sirva como medio para profundizar el aún naciente modelo de democracia intercultural y el modelo autonómico basado en un enfoque de derechos colectivos de carácter territorial.

La autonomía guaraní de Charagua Iyambae, al momento de discutir las posibilidades de aportar por el desarrollo de protocolos en el marco Consulta Previa plural e intercultural sustentada en el ejercicio de la libre determinación, deberá recoger la rica experiencia de la capitania de Charagua Norte y sus elementos irrenunciables para el ejercicio de la consulta previa: la libre determinación, el respeto a la territorialidad, el reconocimiento a las estructuras orgá-

nicas y las normas y procedimientos propios. Además de los criterios organizativo, territorial, de información técnica y de evaluación técnica política.

Lo señalado, nos permite delinear algunos desafíos para consolidar la Consulta Previa plural e intercultural sustentada en el ejercicio de la libre determinación, a través de los protocolos en el ámbito de la autonomía guaraní de Charagua Iyambae. Estos son:

El proceso de construcción de la Consulta Previa plural e intercultural sustentada en el ejercicio de la libre determinación a nivel territorial y comunal debe encontrar su origen y sustento en procesos ampliamente participativos y dialógicos, propios de los pueblos indígenas que asumen el rol de su promoción y en el que hombres y mujeres actúan en ejercicio de su derecho de participación política. En ese sentido, los protocolos propios de Consulta Previa deben partir por reivindicar su carácter de derecho de participación política de los pueblos indígenas.

En atención a lo antes mencionado, la Autonomía Guaraní de Charagua Iyambae se encuentra ante el reto de fortalecer su aun joven institucionalidad democrática, promoviendo un análisis participativo de los contenidos de la Ley Marco de Consulta de la Autonomía Guaraní de Charagua Iyambae, prestando atención a las implicancias en el ejercicio de los derechos políticos y territoriales de las mujeres y hombres que habitan su jurisdicción.

Asimismo, en el horizonte de fortalecer el sistema de justicia plural y el pluralismo jurídico de tipo igualitario reconocido por la Norma Fundamental Plurinacional, será importante que las organizaciones indígenas a través de sus autoridades tradicionales, así como las autoridades de los gobiernos autónomos, como medio para conocer el criterio sobre la constitucionalidad o no de los protocolos propios de Consulta Previa, desde el TCP, activen los procesos constitucionales previstos en la norma fundamental y el procedimiento constitucional.²⁸ La determinación de activar el mencionado procedimiento, deberá considerar el hecho de que la consulta presentada por las autoridades originarias, no constituya un acto de desconocimiento de la facultad jurisdiccional que tienen las autoridades indígenas originarias campesinas para interpretar la constitución en cuanto derechos y garantías prevista por la SCP 0874/2014. ○

Referencias

- Albó, X. (1990):** *Los Guaraní - Chiriguano 3. La comunidad hoy.* La Paz: CIPCA.
- CEJIS (2010):** *Lecciones aprendidas sobre consulta previa.* La Paz: CEJIS.
- CNAMIB, Consejo de Mama T'allas y Programa NINA (2016):** *Bolivia: Derechos Humanos de los pueblos indígenas. Informe de situación 2016.* Copenhagen: IWGIA.
- Combes, I.**
- 2014 *Kuruyuki.* Santa Cruz de la Sierra: Instituto de Misionología.
 - 2005 *¿Con o sin dueños? Participación política y "democracia indígena" en el Chaco boliviano.* In: V/A, *Participación Política, Democracia y Movimientos Indígenas en Los Andes.* La Paz: PIEB - IFEA – Embajada de Francia en Bolivia.

28 Ley N° 254, Código Procesal Constitucional.

- Defensoría del Pueblo de Bolivia (2016):** *Sin los Pueblos Indígenas no hay Estado Plurinacional. Situación de los derechos de los Pueblos Indígenas Originario Campesino en el Estado Plurinacional de Bolivia.* La Paz: Defensoría del Pueblo.
- DPLF (2015):** *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina.* Washington D.C.: DPLF.
- Exeni, J. L. (2015):** *La larga marcha. El proceso de autonomías indígenas en Bolivia.* La Paz: FRL - CES - Universidad de Coimbra.
- Exeni, J. L. (2019):** *Autogobierno indígena: esa buena idea. En: V/A: Diversidad Institucional. Autonomías indígenas y Estado Plurinacional en Bolivia.* OEP/Ministerio de la Presidencia/Viceministerio de Autonomías/CONAIOC/PNUD. La Paz.
- García, Fernando (2018):** *Democracia intercultural, noción esquiva. Estado del arte sobre su conceptualización. En: V/A: Diversidad institucional. Autonomías Indígenas y Estado Plurinacional en Bolivia.* OEP/Ministerio de la Presidencia/Viceministerio de Autonomías/CONAIOC/PNUD. La Paz.
- Gobierno Autónomo Guaraní Charagua Iyambae (2016):** *Plan de gestión territorial comunitario – Autonomía Guaraní Charagua Iyambae.*
- IWGIA (2019):** *Protocolos autonómicos de Consulta Previa. Nuevos caminos para la libre determinación de los pueblos indígenas en América Latina.* Copenhagen: IWGIA.
- Meliá, B. (1988):** *Los Guaraní - Chiriguano 1. Ñande Reco nuestro modo de ser.* La Paz: CIPCA .
- Michel, F. (2006):** *Ivi imaraã: mito e identidad. In: I. Combes, Definiciones étnicas, organización social y estrategias políticas en el Chaco y la Chiquitania.* La Paz: IEFA - SNV .
- Morell i Torra, P. (2017):** *Disputar la autonomía: crónica etnopolítica del referéndum de aprobación del Estatuto de la Autonomía Guaraní Charagua Iyambae. Cuestión Agraria, Vol. 3, 61 - 104.*
- Organizaciones pueblos indígenas de las tierras altas y las tierras bajas (2019):** *Informe de las organizaciones de los Pueblos Indígenas de las tierras altas y las tierras bajas del Estado Plurinacional de Bolivia para el Examen Periódico Universal.* Bolivia.
- Peña, C. (2017):** *Charagua Iyambae, una realidad concreta y sus desafíos. Andamios, Año 2, N° 3, 9 - 14.*
- Pifarré, F. (1989):** *Los Guaraní - Chiriguano 2. Historia de un Pueblo.* La Paz: CIPCA
- Ramírez, B. (2015):** *El Estado de cosas inconstitucional y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana. Anuario de Investigación del CICAJ 2015, 49 - 89.*
- Romero, C., & Albo, X. (2009):** *Autonomías indígenas en la realidad boliviana y su nueva Constitución.* La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia.
- Sagües, N. (2007):** *El concepto de desconstitucionalización. Revista de Derecho Universidad Católica del Uruguay, N° 2.*
- Schilling-Vacaflor, A., & Flemmer , R. (2013):** *El derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina.* Bonn: Ministerio Federal alemán de Cooperación Económica y Desarrollo (BMZ).
- Vargas, M. (2014):** *Democracia comunitaria: Entre el deseo y la realidad. Pueblos indígenas chiquitano y guaraní en Santa Cruz.* La Paz: PIEB – CEDURE – JATUPEANDO.

CAPÍTULO 4

PROTOCOLOS INDÍGENAS DE CONSULTA E CONSENTIMENTO NO BRASIL

Priscylla Joca

Introdução

O Povo Wajãpi foi o primeiro a construir um protocolo autônomo de consulta e consentimento no Brasil (doravante denominados ‘protocolos’), tendo tornado público esse documento em 2014. Nos últimos anos (entre 2014 e 2020), pelo menos 38 protocolos foram elaborados e publicados por povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. Quanto aos povos indígenas, mais de 18 povos já elaboraram seus protocolos. A maioria desses aplica-se a um povo determinado, sendo esses, além do já citado Protocolo de Consulta e Consentimento Wajãpi, os seguintes: Protocolo de Consulta Munduruku (2014), Protocolo de Consulta Juruna (Yudjá) da Terra Indígena Paquiçamba da Volta Grande do Rio Xingu (2017), Protocolo de Consulta Prévia do Povo Krenak (2017), Protocolo de Consulta Prévia da Tekoa Itaxi Mirim Guarani Mbya (2018), Protocolo de Consulta ao Povo Waimiri Atroari (2018), Protocolo de Consulta dos Kayapó-Menkragnoti Associados ao Instituto Kabu (2019), Protocolo de Consulta e Consentimento do Povo Indígena Mura de Autazes e Careiro da Várzea (2019), Protocolo de Consulta do Povo Panará (2019), Protocolo de Consulta do Povo Manoki (2020), Protocolo do Povo Warao em Belém (2020) e Protocolo de Consulta dos Tupinambá dos Tapajós (este ainda não lançado publicamente).

Outros protocolos representam a aliança de dois ou mais povos indígenas que partilham territórios ou outras bases comuns, como por exemplo: Protocolo de Consulta dos Povos do Território Indígena do Xingu (2016), Protocolo de Consulta dos Povos Indígenas Munduruku e Apiaká do Planalto Santareno (2017), Protocolo de Consulta Yanomami Eye'kwana (2019) e Protocolo de Consulta dos Povos Indígenas do Oiapoque (2019). Identificou-se ainda um protocolo elaborado conjuntamente por povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, sendo esse o Protocolo de Consulta Livre, Prévia e bem Informada da Comunidade Tradicional de Rolim de Moura do Guarapé Quilombolas, Indígenas Wajuru, Sakirabiar e Guarassuê (2019).

À título de informação, no tocante a quilombolas e comunidades tradicionais, identifica-se onze protocolos quilombolas¹ e nove protocolos de povos ou comunidades tradicionais.²⁻³

Nesse contexto, o presente artigo objetiva refletir sobre a contribuição desses protocolos para o processo de implementação do direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado (DCCLPI) no Brasil. Nesse sentido, relata-se o contexto de seu surgimento, incluindo-se uma breve descrição sobre o processo de constituição do protocolo Wajãpi. Assim como se interpreta o que comunicam os protocolos através da análise de seus conteúdos e se demonstra como vem se dando o reconhecimento jurídico-político e a aplicação dos protocolos no país.

Para tanto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica e documental, com foco nos seguintes protocolos: Protocolo Wajãpi, Protocolo Munduruku, Protocolo dos Povos do Território Indígena do Xingu, Protocolo Juruna, Protocolo Kayapó-Menkragnoti e Protocolo Mura. Esses protocolos foram escolhidos por expressarem circunstâncias diversas e por sua importância no reconhecimento dos protocolos autônomos de consulta e consentimento no Brasil.

O Protocolo Wajãpi foi o primeiro a ser elaborado e aplicado em um processo de consulta (Caporrino, 2020). O Protocolo Munduruku alcançou uma grande visibilidade jurídico-política devido ao processo de resistência associado à sua elaboração (Oliveira, 2016), sendo, por essa razão, por vezes citado por outros povos como um bom exemplo na luta pela implementação do direito à consulta (Joca, 2020; Kaxuyana, 2017; Montambeault, Silva, e Joca, 2019). O Protocolo dos Povos do Território Indígena do Xingu foi o primeiro a ser construído por um conjunto de povos indígenas e, posteriormente, uma decisão administrativa do governo brasileiro o reconheceu como guia para a realização de um processo de consulta (Instituto Socio-

- 1 Protocolo de Consulta Quilombola da Federação das Organizações Quilombolas de Santarém FOQS-STM/PA (2016), Protocolo de Consulta Quilombolas de Abacatal/Aurá – Ananindeua/PA (2017), Protocolo de Consulta Prévia, Livre e Informada dos Quilombolas de Jambuaçu/Moju-PA (2018), Protocolo de Consulta Quilombolas de Gibrie de São Lourenço /PA (2018), Protocolo de Consulta e Consentimento – Associação das Comunidades Remanescentes de Quilombo do Alto Trombetas II (2018), Protocolo de Consulta Prévia, Livre, Informada e de Consentimento do Território Quilombola Laranjituba e África – Moju/PA (2019), Protocolo Comunitário de Consulta Prévia: Comunidades Quilombolas e Apanhadoras de Flores Sempre Vivas (2019), Protocolo Comunitário sobre Consulta e Consentimento Prévio, Livre e Informado (CCPLI) das Comunidades Quilombolas do Território Étnico de Alcântara/MA (2019), Protocolo de Consulta Prévia dos Quilombos Passagem, Nazaré do Airi e Peafú do Município de Monte Alegre/PA (2020), Protocolo Comunitário de Consulta Prévia, Livre, Informada, de Consentimento e Veto Território Quilombola Bom Remédio (2020), Protocolo de Consulta Prévia, Livre, Informada e de Consentimento do Território Quilombola do Rio Itacuruçá Alto – Ilhas de Abaetetuba/PA (2020) (aprovado e não lançado ainda).
- 2 Protocolo de Consulta Montanha e Mangabal (2014), Protocolo de Consulta aos Pescadores e Pescadoras do Município de Santarém (2017), Protocolo de Consulta-Comunidade Tradicional de Ponta Oeste, Ilha do Mel, Baía de Paranaíba, Brasil (2017), Protocolo de Consulta das Comunidades Ribeirinhas Pimental e São Francisco (2017), Protocolo de Consulta aos Pescadores e Pescadoras Artesanais e Caiçaras de Guaraqueçaba-Paraná (2017), Protocolo de Consulta Prévia da Comunidade Agroextrativista do Pirocaba/Abaetetuba – Pará (2018), Protocolo de Consulta dos Ilhéus e Ribeirinhos do Rio Paraná (2018), Protocolo Comunitário de Consulta Prévia Apanhadoras e Apanhadores de Flores Sempre Vivas – Macacos, Pé de Serra e Lavras (2019), Protocolo de Consulta Povos Ciganos – Etnia Calon (data de lançamento não identificada).
- 3 A identificação desses protocolos foi realizada pelo Observatório de Protocolos na data de 13 de setembro de 2020. Para saber mais informações sobre esse Observatório: <<http://direitosocioambiental.org/observatorio-de-protocolos/>>.

ambiental-ISA, 2019a). O Protocolo Juruna foi o primeiro a ter a sua aplicabilidade jurídica reconhecida através de uma decisão judicial determinada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1, 2017). Essa decisão reconheceu o dever do Estado brasileiro de consultar o Povo Juruna (Yudjá) sobre um projeto de mineração segundo as normas estabelecidas no Protocolo Juruna (Garzón, 2019). O Protocolo dos Kayapó-Menkragnoti foi o primeiro a ser lançado, primeiramente, em formato oral, através de um vídeo (Instituto Kabu, 2019) e, após, em formato escrito (Povo Kayapó-Menkragnoti, 2019; Erika M. Yamada, Grupioni e Garzón, 2019). O Protocolo Mura foi o primeiro a ser elaborado mediante decisão judicial a qual determinou que a empresa proponente financiasse a construção do protocolo a fim de que o Povo Mura fosse adequadamente consultado (Borges, Branford e Torres, 2019a, 2019b). Por fim, destaca-se que todos esses protocolos foram elaborados por povos indígenas que habitam regiões amazônicas no estado do Amapá (Wajápi), Pará (Munduruku, Juruna e Kayapó-Menkragnoti), Amazonas (Mura) e Mato Grosso (Território Indígena do Xingu).

Neste artigo, o primeiro capítulo discorre acerca da emergência dos protocolos no Brasil, destacando-se o processo de elaboração do protocolo Wajápi como o primeiro a ser constituído no país. Em seguida, são apresentadas análises sobre o que comunicam os protocolos, com foco sobre os seis protocolos acima citados e como os conteúdos desses protocolos respondem à desafios na implementação do DCCLPI no Brasil. O terceiro capítulo demonstra o nível de reconhecimento dos protocolos e como vêm se dando sua aplicação no país. O último capítulo, traz reflexões sobre a contribuição dos protocolos autônomos para o processo de implementação do DCCLPI no Brasil. Na sequência, passa-se às conclusões.

1. A emergência de protocolos indígenas de consulta e consentimento no Brasil

Ainda que haja, no Brasil, uma legislação que determina a realização do DCCLPI,⁴ o seu nível de institucionalização e implementação tem sido considerado como insuficiente e inadequado aos padrões internacionais de direitos humanos (Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples 2018; Garzón, Yamada, e Oliveira, 2016). A realização do DCCLPI tem sido mesmo avaliada como “inexistente,” compreendendo que nunca houve um processo de consulta adequada e significativa no Brasil (Joca, 2020), pelo menos no que tange a propostas de megaprojetos (e.g. mineração, hidrelétricas, hidrovias, rodovias, etc.) que podem impactar as terras, os territórios, o meio-ambiente e as vidas de povos e comunidades (Montambeault, Silva, e Joca, 2019; Oliveira, 2019; Yamada, Grupioni e Garzón, 2019).

4 O Brasil é signatário da Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho – C169-OIT desde 2002. Em 2003, esta Convenção entrou em vigor no país. Em 2004, o Decreto Nº 5051 promulgou essa Convenção. Em 2019, o Decreto Nº 10088 revogou o Decreto Nº 5051, reafirmando que a Convenção 169 será implementada juntamente com outras Convenções da OIT adotadas pelo país (conforme o art. 3, parágrafo 1). A Constituição Federal de 1988 (CF/88) e legislação infraconstitucional também provê base jurídica para o reconhecimento e a aplicação do direito à consulta prévia (e.g., artigo 231º CF/88).

A ausência de uma regulação geral do processo de consulta prévia tem sido indicada como uma das razões pelas quais o DCCLPI não é devidamente implementado no Brasil (Schumann, 2018b). Entretanto, há compreensões distintas acerca da necessidade dessa regulação, desde o entendimento de que uma regulação de caráter nacional seria necessária para a efetivação do direito, ao entendimento de que já há base jurídica formada por normas autoaplicáveis—constitucional e a partir da adoção da Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho - C169-OIT pelo Brasil—para a plena implementação do DCCLPI no país.

Uma tentativa do governo federal brasileiro de constituir uma regulação geral para o direito à consulta tornou-se o cenário para a emergência dos protocolos. Essa tentativa se deu diante de prévias articulações jurídico-políticas nacionais e internacionais e reclamações junto à Organização Internacional do Trabalho-OIT realizadas por organizações da sociedade civil em razão do não-cumprimento do DCCLPI (Almeida, 2015). Na sequência, em 2012, o governo federal indicou uma comissão interministerial que seria responsável por formular essa regulação (Governo Federal, 2015).

Essa comissão realizou reuniões e seminários envolvendo distintos atores sociais com o objetivo de discutir propostas para fornecer uma estrutura regulatória à consulta (Ministério das Relações Exteriores, 2012), no entanto, diversos fatores ocasionaram o fracasso dessa iniciativa (Schumann, 2018b). Por exemplo, devido a divergências políticas e em expressando que, ao tempo em que buscava diálogos sobre a regulação da consulta, o governo federal havia contraditoriamente adotado instrumentos normativos que restringiam os direitos de povos indígenas,⁵ a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil-APIB anunciou sua retirada das discussões com a comissão interministerial (APIB, CIMI, and ANSEF, 2012). Após, essa comissão continuou as discussões envolvendo apenas representantes quilombolas os quais, posteriormente, denunciaram que não havia espaços para negociações adequadas (Garzón, Yamada e Oliveira, 2016a). Destaca-se que os representantes dos povos e comunidades tradicionais não foram bem incluídos nessas discussões (Silva, 2019).

Ao final, a comissão interministerial chegou a elaborar uma proposta (Governo Federal, 2015), contudo esta não foi colocada em prática, tanto por não conseguir estabelecer diálogos com organizações de povos e comunidades indígenas, quilombolas e tradicionais e a sociedade civil em geral, como por não conseguir alcançar acordos internos no governo a fim de implementar tal proposta (Joca, 2020). Bem como, diversas visões políticas e compreensões conflitivas acerca do significado da consulta e do consentimento também contribuíram para

5 O instrumento normativo referido é a Portaria 303 da Advocacia Geral da União, de 12 de julho de 2012, a qual determinava que as condicionantes elaboradas na decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do Caso Raposa Serra do Sol (STF, 2009) deveriam ser aplicadas a todos os processos de demarcação e reconhecimento de direitos territoriais indígenas no Brasil. Para saber mais acerca do Caso Raposa Serra do Sol e da Portaria 303, bem como suas repercussões até o presente, consulte: Nóbrega, Luciana. 2011. “Anna Pata, Anna Yan – Nossa Terra, Nossa Mãe”: A Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e Os Direitos Territoriais Indígenas no Brasil em Julgamento”. Universidade Federal do Ceará. http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12595/1/2011_dis_Innobrega.pdf (Janeiro 11, 2020). Cunha, Manuela Carneiro da, e Samuel Barbosa, eds. 2018. *Direitos dos Povos Indígenas em Disputa*. São Paulo: UNESP.

tornar inviável a construção de uma proposta de regulação que atendesse a todos os atores sociais envolvidos (Schumann, 2018a) Ademais, o processo de negociação em torno da construção de uma proposta de regulação nacional demonstrou que esta, ao invés de propiciar a plena efetivação do direito à consulta,⁶ poderia limitar este direito e desconsiderar a diversidade de povos e comunidades existentes no Brasil (Grupioni, 2017b; RCA 2017, 2018). Nesse cenário, começaram a surgir os primeiros protocolos como um meio de “garantir [a] participação [de povos indígenas] em decisões e processos que os afetem” (Grupioni, 2017a: 83).

1.1. O protocolo Wajãpi

*Nós resolvemos fazer este documento porque muitas vezes vemos que o governo quer fazer coisas para os Wajãpi, mas não pergunta para nós o que é que estamos precisando e querendo.
(...) O governo nunca fez uma consulta ao povo Wajãpi.
(Povo Wajãpi, 2014)*

Considerando o contexto geral de emergência de protocolos no Brasil acima descrito, este tópico tenciona apresentar informações sobre os contextos de elaboração e publicização do Protocolo Wajãpi. Este protocolo aplica-se à Terra Indígena do Povo Wajãpi (TIW), localizada no estado do Amapá (Apina, n.d.; ISA, 2018), “entre os municípios de Pedra Branca do Amapari e Laranjal do Jari” onde vivem “aproximadamente 1.100 pessoas”,⁷ “em 81 aldeias espalhadas” (Povo Wajãpi, 2014: 11)

A demarcação física da TIW foi fruto de um longo processo reivindicatório que passou pelo fortalecimento da auto-organização Wajãpi, pela criação do Conselho das Aldeias Wajã-

6 Com base em pesquisa bibliográfica e documental realizada para esta pesquisa, observa-se que, no Brasil, atores estatais, especialistas e outros atores sociais, como movimentos indígenas, quilombolas e de povos e comunidades tradicionais têm centrado suas narrativas e discursos no direito à consulta. No entanto, debates sobre a significância do consentimento parecem ter se intensificado nos últimos anos no país e muitos(as) autores(as) têm utilizado a expressão direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado (Glass, 2019; Erika M. Yamada, Grupioni, y Garzón, 2019). Indica-se que são necessárias mais pesquisas a fim de melhor investigar o desenvolvimento da narrativa sobre a consulta e o consentimento no Brasil e os fatores jurídico-políticos a isso associados. No presente artigo, utiliza-se o termo direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado (DCCLPI) compreendendo-se o consentimento não como um princípio aplicável à consulta, mas sim como parte integrante do direito de ser consultado e, conseqüentemente, afinal, consentir ou não, ou mesmo negar-se a participar de processos de consulta, sendo isso justificável diante de determinadas circunstâncias. Ademais, utiliza-se o termo “direito à consulta” somente quando os atores sociais ou autores(as) em análise se referem apenas à consulta prévia.

7 Informações mais recentes indicam que 1200 pessoas vivem na T.I. Wajãpi (ISA, 2020).

pi-Apina em 1994 (Apina n.d.) e por atividades de autodemarcação territorial realizada pelos Wajãpi entre 1994 e 1996 (Gallois, 2011; Molina, 2017). Finalmente, a TIW foi demarcada e homologada em 1996 (Povo Wajãpi, 2014) e “os trabalhos de demarcação física foram realizados com a participação dos Wajãpi, em uma iniciativa pioneira apoiada pela Funai, pela Agência de Cooperação Alemã (GTZ) e pelo Centro de Trabalho Indigenista (CTI)” (Iepé n.d.). Ressalta-se que a preocupação dos Wajãpi com o entorno da TIW e a relação com a população que habitava sua região se apresentou do início ao fim do processo de demarcação (Caporrino, 2020; Gallois, 2011), resultando posteriormente na construção da “iniciativa Faixa da Amizade⁸ [relacionada à gestão do entorno da TIW], objeto do primeiro processo de consulta prévia nos termos de um Protocolo” (Caporrino, 2020: 16).

Esses processos de reivindicação territorial, assim como sucessivos projetos realizados pelos Wajãpi e parceiros ligados à gestão territorial, foram relevantes na história recente dos Wajãpi. Tais processos se relacionam com o desenvolvimento de estratégias para a consecução do controle territorial, vigilância do território, gestão socioambiental, repactuação de modos de governança e organização político-social internas (Gallois, 2011; Molina, 2017). Bem como se relacionam com a posterior construção do protocolo Wajãpi. Assim, o protocolo Wajãpi “existia antes de existir” e “é um ápice de um processo anterior muito mais longo e profundo” (Caporrino, 2020: 28), resultando de vários processos vivenciados pelos Wajãpi.

Documentos lançados pelo Apina, entre 2005 e 2008, já indicavam que os Wajãpi queriam ser consultados pelo governo sobre tudo o que afetasse suas vidas, terras, território e o entorno. Por exemplo, em 2005 já expressavam que, se o governo quisesse decidir algo, precisaria conversar com os Wajãpi, respeitando suas organizações e modos de decisão (Apina e Apiwata, 2005). Em 2007 e 2008, já documentavam que sabiam que o Estado tinha o dever de consultar os povos indígenas de acordo com as leis adotadas pelo próprio Estado (Apina, 2007, 2008).

Em 2012, os Wajãpi lançaram o seu Plano de Ação onde indicam outro fator que pode ter sido relevante para instigar a construção de seu protocolo, qual seja, a “dificuldade para fazer acordos para tomar decisões coletivas que todos os Wajãpi respeitam” (Apina et al., 2012: 58). Assim, no Plano de Ação, apontam possíveis modos de lidar com essa questão que passariam por “fazer um levantamento das decisões que as organizações precisam tomar. [E] fazer uma assembleia para decidir quais assuntos a diretoria pode decidir sozinha e para quais assuntos tem que consultar os chefes” (Ibíd.).

Em 2014, os Wajãpi lançaram seu protocolo de consulta e consentimento o qual, segundo Caporrino, “é fruto da consolidação de critérios e parâmetros para a tomada de decisões que os Wajãpi já vêm desenvolvendo e aperfeiçoando há décadas” e “consiste numa sistematiza-

8 Em seu Plano de Gestão, os Wajãpi se referem à Faixa da Amizade como uma área no entorno da TIW de gestão compartilhada entre os Wajãpi e o Assentamento Perimetral Norte. Entre os acordos previsto no Plano, citam-se: “Reforçar as reivindicações de apoio governamental para as atividades produtivas sustentáveis dos nossos vizinhos da Faixa da Amizade” e “Apoiar as atividades produtivas sustentáveis dos nossos vizinhos da Faixa da Amizade, comprando seus produtos agrícolas para a merenda das escolas wajãpi e para a alimentação fornecida nas atividades dos nossos projetos.” (Apina, Awatac e Iepé, 2017: 80).

ção (...) mais aperfeiçoada que visa assegurar que as decisões dos Wajãpi sejam coletivas, baseadas no consenso e que sejam fruto de processos decisórios que sigam critérios muito claros,” desse modo “o Protocolo de Consulta Wajãpi é também um legitimador dos consentimentos a que o grupo chega (ou não, legitimando sua resposta em caso de não haver consenso e garantindo-lhes espaço para que não cheguem a ele caso não consigam) e baliza a validade das decisões.” (Caporrino, 2020: 18).

Quanto à escolha de produzir um protocolo escrito como um meio para estabelecer termos de diálogo e negociação com o Estado, Caporrino também reflete que, no decurso da história recente do Povo Wajãpi, este tem buscado produzir documentos associados às suas experiências e vivências na busca por constituir o controle territorial e a gestão socioambiental da TIW e seu entorno como expressão da auto-organização político-social e autodeterminação Wajãpi. Sendo que:

Esses documentos são mais do que *papel*: trata-se de uma série de longos processos de formação para que os próprios Wajãpi conduzam discussões internas que resultam nos documentos em si como sistematizações de consensos a que chegaram depois delas e que formulam por escrito a fim de agenciar os não-índios (...).

(Caporrino, 2020: 16)

O processo de elaboração do protocolo Wajãpi foi, assim, “baseado em um longo histórico de discussões internas sobre a forma apropriada de relacionamento dos Wajãpi com o governo” (RCA, 2014), sendo “amplamente discutido entre as 48 aldeias Wajãpi” (Funai, 2014). Nesse caminho, os Wajãpi começaram a entender cada vez mais como funcionam os não-indígenas e suas leis e instituições (Caporrino, 2020). Esse processo de elaboração foi assessorado pela Rede de Cooperação Amazônica (RCA)⁹ e pelo Iepé com o apoio da Rainforest Foundation Noruega. Caporrino considera que a RCA apoiou a construção desse protocolo ao perceber a importância de se produzir protocolos de consulta e consentimento em um contexto no qual as discussões em torno da iniciativa de uma regulação geral da consulta se mostraram infrutíferas. Assim, diante do “avançado debate entre os Wajãpi” sobre gestão e controle territorial e socioambiental da TIW, consulta, consentimento e processos internos de tomada de decisão, a RCA apoiou a realização de “uma bateria de oficinas em Brasília, congregando representantes de todas as instituições da Rede e na Terra Indígena Wajãpi, especificamente para os Wajãpi, a fim de ajudá-los a formalizar seu Protocolo.” (Caporrino, 2020: 283)

Após o lançamento, lideranças Wajãpi entregaram uma cópia de seu protocolo na Secretaria Nacional de Articulação Social da Presidência da República, bem como apresentaram o

9 “A RCA é constituída hoje por 14 organizações, sendo 10 indígenas (AMAAIAC, AMIM, Apina, ATIX, CIR, FOIRN, Hutukara, OGM, OPIAC e Wyty-Catê) e 4 indigenistas (CPI-AC, CTI, Iepé e ISA), representantes de mais de 86 povos indígenas que vivem no bioma da Amazônia e no seu entorno, especialmente nos corredores formados pelas terras indígenas nas seguintes regiões: Acre-Javari/AM; Rio Negro-Roraima; Bacia do Xingu/MT; Amapá-norte do Pará e Complexo Timbira/MA-TO.” (RCA, n.d.).

protocolo no Ministério Público Federal e, posteriormente, na Fundação Nacional do Índio-Funai, órgão ligado ao governo federal (RCA, 2014). Em 2017, iniciou-se um processo de consulta prévia aos Wajãpi, ainda não concluído, com a aplicação (pioneira no Brasil) de seu protocolo.

1.2 O surgimento de outros protocolos indígenas

*Nós somos os Juruna (Yudjá),
da Terra Indígena Paquiçamba,
e essas são as nossas regras
para serem cumpridas pelo governo
(Povo Juruna, 2017)*

Animados com a experiência dos Wajãpi, o Povo Munduruku decidiu construir o seu protocolo o qual foi lançado no mesmo ano de 2014. Oliveira relata como o protocolo Munduruku foi constituído em meio a uma situação de conflito envolvendo a morosidade do governo federal em demarcar a Terra Indígena (T.I.) Sawré Muybu do Povo Munduruku (Oliveira, 2016). Esta morosidade associa-se à intenção governamental de implementar o projeto de usina hidrelétrica São Luiz dos Tapajós que incidia na terra Sawré Muybu. Caso esta terra fosse regularizada pelo Estado, a construção da hidrelétrica poderia ser inviabilizada. Os Munduruku, então, realizaram uma série de ações de resistência na reivindicação de seus direitos territoriais, incluindo a autodemarcação de sua terra Sawre Muybu (Joca and Nóbrega, 2017; Molina, 2017). Bem como desenvolveram várias estratégias reivindicando o direito de serem consultados sobre o projeto São Luiz dos Tapajós, incluindo a elaboração de seu protocolo de consulta (Oliveira, 2016). Através de seu protocolo, os Munduruku reafirmaram o direito de serem consultados de acordo com suas regras e organização e expressaram a expectativa de que sua decisão no processo de consulta fosse, ao final, respeitada pelo Estado (Oliveira, 2019).

Poucos anos depois, em 2017, o Povo Juruna (Yudjá) tornou público o seu protocolo inspirado na experiência dos Munduruku (Montambeault, Silva, e Joca, 2019). Este protocolo surgiu em um contexto de conflitos vivenciados pelos Juruna (Yudjá) diante da possibilidade de implementação de um empreendimento minerário o qual afeta suas terras, já impactadas pela construção da usina hidrelétrica de Belo Monte (Chaves e Souza, 2018). Garzón reflete que a elaboração e publicação do protocolo pelo Povo Juruna (Yudjá) se apresentaram como processos de empoderamento dos Juruna frente à sua relação com o Estado e atores privados. Através da constituição de seu protocolo, os Juruna fortaleceram regras internas e repactuaram acordos, inclusive relativos à proteção de seu território, e estabeleceram regras objetivas de consulta com atores externos (Garzón, 2019).

As breves narrativas aqui apresentadas acerca do processo de elaboração do protocolo Wajãpi e dos contextos de surgimento dos protocolos Munduruku e Juruna indicam que os povos decidem construir um protocolo a partir de contextos próprios e diversos entre si. Cada protocolo possui uma história única. Circunstâncias políticas e econômicas, processos reivin-

dicativos e de resistência na luta por direitos territoriais e socioambientais, (tipos de) conflitos experienciados, estratégias e compreensões desenvolvidas na relação com o Estado, modo de organização política, tradições jurídicas, sociais e culturais; tudo isso influencia a decisão de se construir um protocolo, o tempo dedicado a essa construção e os caminhos traçados para a sua elaboração e adoção.

Ademais, a motivação dos Munduruku a partir da elaboração do protocolo Wajãpi, a inspiração dos Juruna diante dos processos de resistência e constituição do protocolo Munduruku, bem como a crescente quantidade de protocolos publicizados no Brasil indicam que estes têm sido reconhecidos por diversos povos como potencialmente exitosos para uma adequada realização da consulta prévia no país (Grupioni, 2017b; Joca, 2020; Kaxuyana, 2017). Assim como diversos(as) autores(as) têm afirmado que os protocolos responderiam à necessidade de se estabelecer regras claras de realização da consulta, respeitando a autodeterminação e os modos de organização e tomada de decisão de cada povo (Garzón, Yamada, e Oliveira, 2016; Silva, 2017; Souza Filho, 2019).

Por fim, ressalta-se que povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais têm desenvolvido diversas estratégias jurídicas e políticas a fim de reivindicar a realização do DCCLPI no Brasil (Chaves and Souza, 2018; Silva, 2017). Nesse contexto, os protocolos emergem em conjunto com outras ações reivindicativas e de resistência e articulações jurídico-políticas na busca pela realização desse direito (Monteiro, 2015; Rede GTA Grupo de Trabalho Amazônico, 2015). Como descreve Oliveira, no caso Munduruku, foi uma soma de ações e articulações, como a autodemarcação de suas terras e a elaboração do protocolo, que permitiram aos Munduruku incidir sobre as decisões estatais que definiram pelo arquivamento do projeto São Luiz dos Tapajós (Oliveira, 2016).

2. E o que comunicam os conteúdos dos protocolos elaborados por povos indígenas?

De um modo geral, os protocolos comunicam quando a consulta deve ser realizada, quem tem a obrigação de consultar, o que deve ser objeto de uma consulta, como a consulta deve ser realizada, quem deve participar do processo de consulta, como se dá os processos de tomada de decisão, quais critérios são levados em conta para se aferir se uma consulta foi realizada de modo adequado e significativo, dentre outros aspectos. Por vezes, os protocolos remetem a compreensões sobre o que significa consulta, consentimento, veto e outros conceitos, como o significado de 'tempo' para os povos envolvidos na consulta.

Os conteúdos descritos nos protocolos *também* expressam diversos modos de organização político-social, culturas e tradições jurídicas características *de cada povo/comunidade* ou *de povos que elaboraram um protocolo conjuntamente*. Nessa perspectiva, uma interpretação e compreensão mais acurada do conteúdo de cada protocolo dar-se-ia em diálogo com historicidades, contextos e realidades vivenciadas pelos povos que decidiram por sis-

tematizar saberes, experiências, normas, regras e valores através de protocolos, orais ou escritos.

Considerando esses aspectos, **a partir de uma interpretação textual**, este capítulo objetiva analisar conteúdos expressos em seis protocolos,¹⁰ o que pode permitir identificar elementos que auxiliam a refletir sobre questões essenciais à implementação de uma consulta livre, prévia, informada, de boa-fé, adequada e significativa. A análise aqui apresentada foca nos seguintes aspectos presentes nos protocolos: a) dever de consultar e responsáveis pela implementação da consulta; b) o que deve ser objeto de consulta e tomada de consentimento; c) normas relativas aos processos de tomada de decisão; d) normas que guiam o diálogo com o Estado; e) regras concernentes à relação com atores não-estatais (empresas); f) necessidades de financiamento para a realização da consulta; g) indicação de possíveis apoios técnicos, acadêmicos e governamentais; h) eventuais riscos ou ameaças quanto ao processo de consulta identificados nos protocolos; i) enunciados para guiar a avaliação do processo de consulta; j) regras concernentes ao encerramento do processo de consulta; k) referência dos protocolos aos direitos territoriais de povos indígenas.¹¹

2.1 Dever de consultar e responsáveis pela implementação da consulta

O Estado é o principal responsável pelo cumprimento do dever de consultar no Brasil. Os governos federal, estadual ou municipal devem implementar o processo de consulta, a depender de qual nível governamental é responsável pela proposta consultada. Assim, todos os protocolos analisados indicam que o governo deve realizar a consulta e este deve enviar pessoas com poder de decisão para as reuniões de consulta.

Tal medida visa evitar que o governo envie funcionários somente para seguirem a ritualística da consulta e atestarem a presença do Estado, sendo as decisões, em última instância, assim tomadas por representantes governamentais que sequer tiveram contato com os povos e suas demandas. Bem como, objetiva evitar que estejam presentes somente representantes estatais sem poder decisório que não tenham as condições para realizar compromissos e acordos em nome do Estado, dando à consulta um caráter de mera escuta de reivindicações dos povos a serem comunicadas para instâncias governamentais com real poder de decisão.

Os protocolos também expressam, de diferentes modos, que os povos são responsáveis por coordenar os processos de consulta e decidir, por eles mesmos ou em conjunto com o governo, como a consulta deve ser implementada e conduzida. Criando, desse modo, melhores condições para a implementação de fato das normas estabelecidas nos protocolos durante o processo de consulta.

10 Indicados na introdução deste artigo.

11 Os critérios de análise adotados neste artigo foram baseados em um modelo fornecido por International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA) e adaptados aos protocolos que vêm sendo elaborados no Brasil.

2.2 O que deve ser objeto de consulta e tomada de consentimento

Os protocolos indicam como possível objeto de consulta quaisquer medidas administrativas ou legislativas que possam afetar as terras, o meio-ambiente, os territórios e seus entornos e a vida de povos indígenas. A depender das razões que contribuíram para a decisão de elaborar o protocolo, este fornece mais informações acerca de propostas que devem se tornar objetos de consulta. Por exemplo, o protocolo Juruna, o qual se aplica a qualquer tipo de empreendimento, mas foi elaborado na iminência de negociações sobre um empreendimento minerário proposto pela empresa Belo Sun, traz mapas que indicam a “área de interesse exploratório da Belo Sun Mining” e a incidência da Belo Sun na Volta Grande do Xingu (Povo Juruna, 2017: 16-17).

2.3 Normas relativas aos processos de tomada de decisão

Cada protocolo determina processos e procedimentos distintos de tomada de decisão que expressam modos próprios de governança e organização político-social, bem como a autonomia e a autodeterminação dos povos que elaboraram seus protocolos. Por exemplo, o protocolo dos Povos do Território Indígena do Xingu, por abranger 4 terras indígenas¹² e 7 mil indígenas de 16 povos diferentes,¹³ esclarece no roteiro de consulta que uma primeira reunião de informação deve ser realizada entre a Funai e a Associação Terra Indígena Xingu (ATIX), contando com a “presença de representantes de todas as etnias” (Povos do Território Indígena do Xingu, 2017: 3).

Entretanto, os protocolos apresentam elementos comuns em relação ao processo de tomada de decisão. Primeiro, os protocolos identificam fases de reuniões internas e externas, sendo essas últimas compreendidas como espaços de diálogos e negociações entre os povos e representantes estatais e outros atores, como empresas. Outro ponto em comum é a possibilidade de construção de um plano para cada processo de consulta,¹⁴ o qual contenha “o detalhamento de atividades, tempo e recursos necessários para discutir as informações indispensáveis ao processo de consulta” (Povo Juruna, 2017: 32).

Os protocolos também dizem quem deve participar da consulta e quem tem a autoridade, representatividade ou legitimidade interna para tomar decisões no processo de consulta. Os seis protocolos expressam que as decisões serão tomadas de modo coletivo e que buscarão

12 Parque Indígena do Xingu, Wawi, Batovi e Pequizal do Naruvotu. (Povos do Território Indígena do Xingu 2017).

13 Aweti, Ikpeng, Kalapalo, Kamayura, Kawaiwete, Kísêdjê, Kuikuro, Matipu, Mehinako, Nafukua, Naruvotu, Tapayuna, Trumai, Wauja, Yawalapiti e Yudja. (Povos do Território Indígena do Xingu 2017).

14 Entre os protocolos analisados, somente o protocolo dos Povos do Território Indígena do Xingu e o protocolo Mura não falam em plano de consulta, e sim em “roteiro de consulta” (Povos do Território Indígena do Xingu 2017) e em “processo de consulta” (Povo Mura 2019) detalhados nos protocolos. Contudo, nada obsta que, em uma determinada consulta, esses povos possam estabelecer um plano de consulta. Como foi o caso do plano de consulta apresentado pela Associação Terra Indígena Xingu (ATIX) para o governo brasileiro a fim de serem especificamente consultados sobre a construção de uma rodovia e uma ferrovia. (Instituto Socioambiental-ISA 2019a).

realizar todas essas decisões de modo a atingir um consenso. Alguns protocolos determinam que, em não havendo consenso, pode haver votação na conclusão do processo decisório (Povo Juruna, 2017; Povo Mura, 2019; Povo Wajãpi, 2014). Outros enfatizam que decisões não poderão ser tomadas através de votações, como os protocolos dos Povos do Território Indígena do Xingu e Kayapó-Menkragnoti os quais afirmam expressamente que as decisões só serão tomadas mediante consenso. O protocolo dos povos do Xingu diz que “não pode haver votação” (Povos do Território Indígena do Xingu, 2017: 3). Já o protocolo Kayapó-Menkragnoti afirma que “não tomamos nenhuma decisão sem o consenso do nosso povo!” (Povo Kayapó-Menkragnoti, 2019: 35) e sequer utiliza palavras como ‘voto,’ ‘votação’ ou ‘maioria’.

Ainda acerca do caráter coletivo dos processos de tomada de decisão expresso nos protocolos, o protocolo Wajãpi enuncia que “quem decide as coisas que afetam todos os Wajãpi é o conjunto dos representantes de todas as aldeias, conversando entre si” (Povo Wajãpi, 2014: 13). O protocolo Kayapó-Menkragnoti determina que o conjunto de lideranças deve ser consultado e que “nenhuma liderança isolada pode falar em nome de todos nós” (Povo Kayapó-Menkragnoti, 2019: 38). Já o protocolo Juruna afirma, “as consultas devem ser realizadas com a participação da maior quantidade de pessoas das três aldeias (...). Não pode haver consultas às aldeias separadamente e nem consultas individuais” (Povo Juruna, 2017: 24). Enquanto o protocolo Mura diz que os representantes são escolhidos pelos Mura, mas que “as decisões devem ser tomadas coletivamente segundo” os seus costumes (Povo Mura, 2019: 33) e que “todos os Mura de todas as aldeias das regiões de Autazes e Careiro da Várzea devem ser consultados sobre toda e qualquer medida” (Ibid.: 41). Em se tratando de vários povos, o protocolo dos Povos do Território Indígena do Xingu, ao responder à pergunta “quem deve ser consultado?” diz que “todas as etnias do TIX [Território Indígena do Xingu] devem ser consultadas. No TIX não tem cacique geral que fale em nome de todos os povos” (Povos do Território Indígena do Xingu, 2017: 2).

Ademais, alguns protocolos destacam a importância da participação de diversos grupos, como o protocolo Juruna, o qual afirma que as mulheres, as crianças e as pessoas mais velhas também devem estar presentes nas reuniões de consulta (Povo Juruna, 2017). O protocolo Mura enuncia que as decisões são tomadas por “idosos, sábios, pajés, mulheres, homens, jovens, lideranças, professores, profissionais indígenas de saúde, parteiras” (Povo Mura, 2019: 24). O protocolo Munduruku explicita, de modo ainda mais detalhado, sobre quem deve participar do processo de consulta, destacando a importância da participação dos “sábios antigos, os pajés, os senhores que sabem contar história, que sabem medicina tradicionais, raiz, folha, aqueles senhores que sabem os lugares sagrados,” dos “caciques (capitães), guerreiros, guerreiras e as lideranças,” das “mulheres, para dividirem sua experiência e suas informações,” e dos “estudantes universitários, pedagogos Munduruku, estudantes do Ibaorebu, jovens e crianças,” dentre outros (Povo Munduruku, 2014: 4).

Quanto aos efeitos da decisão relativa à consulta, os protocolos trazem diversas compreensões, seja enunciando a possibilidade de discordarem de algum modo da proposta apresentada, afirmando o caráter vinculante da decisão, ou declarando um poder de veto ou um

direito de dizer não à proposta. Por exemplo, os Munduruku afirmam em seu protocolo que esperam que o governo respeite a sua decisão e que possuem “o poder de veto” (Povo Munduruku, 2014: 8). Os Juruna enunciam que não aceitarão “qualquer projeto que [os] afaste do rio Xingu ou inviabilize [sua] permanência no rio” (p. 13), bem como reivindicam o “direito de não participar de processos de consulta que não sejam de [seu] interesse ou que não respeitem [o seu] protocolo” (Povo Juruna, 2017: 20). Os Povos do Território Indígena do Xingu asseveram, “se a proposta do governo for muito ruim para nós, temos o direito de dizer ‘não’. O governo tem que respeitar nossas decisões” (Povos do Território Indígena do Xingu, 2017: 3). Os Kayapó-Menkragnoti afirmam que o “governo não pode decidir nada sozinho” (Ibíd.: 27) e que podem dizer não caso o projeto seja ruim para o povo, suas terras, e as futuras gerações (“nossos filhos e nossos netos”) (Povo Kayapó-Menkragnoti, 2019: 30). Os Mura declaram, “segundo nosso direito à autodeterminação, quando decidimos por algo, depois do processo de consulta, essa decisão é soberana: os não-índios têm que respeitar” (Povo Mura, 2019: 82).

Os debates acerca do caráter vinculante da consulta e do sentido de consentimento são questões ainda em aberto diante da implementação tardia do DCCLPI no Brasil. Contudo, tais compreensões expressas nos protocolos manifestam a reivindicação dos povos por processos de consulta adequados, honestos, de boa-fé, onde possam exercer, de modo simétrico e significativo, um real poder decisório sobre tudo o que os afeta. Sendo isso diferente da ideia de consulta como somente uma escuta dos povos (por vezes nem prévia, nem livre ou bem informada) acerca de decisões previamente deliberadas pelo Estado. Como no caso da ‘consulta’ que o Estado brasileiro afirma que realizou concernente à Usina Hidrelétrica de Belo Monte (Garzón, Yamada, y Oliveira, 2016; Monteiro, 2018).

Outra questão indicada nos protocolos como relevante aos processos de tomada de decisão é o local, as datas e o tempo em que o processo de consulta ocorre. Todos os protocolos afirmam que a consulta deve se passar nas terras indígenas e nos locais escolhidos pelos próprios povos. Como enuncia o protocolo Munduruku, “todas as reuniões devem ser em nosso território—na aldeia que nós escolhermos” (Povo Munduruku, 2014: 5). No que diz respeito às datas, os protocolos afirmam que estas devem ser escolhidas respeitando a disponibilidade, a organização e os calendários dos povos. Concernente ao tempo da consulta, todos os protocolos afirmam que a consulta deve ser prévia, ou seja, ser realizada antes de se iniciar quaisquer etapas da implementação de um projeto ou antes mesmo da etapa de planejamento (nesse sentido, ver, por exemplo, Povo Wajãpi, 2014: 8). Os protocolos exprimem também que os povos necessitam de tempo hábil durante a realização da consulta a fim de bem compreender e discutir internamente as propostas antes da tomada das decisões envolvidas no processo de consulta.

Ainda no que se refere à noção de tempo, os povos expressam em seus protocolos suas compreensões de tempo culturalmente adequado, o assim chamado “nosso tempo” de acordo com o Protocolo Juruna (Povo Juruna, 2017: 22). Os Wajãpi dizem que as reuniões com o governo devem ser realizadas com tempo suficiente para discutir as propostas, ou seja, devem durar pelo menos um dia “para [terem] tempo de perguntar, falar, traduzir, discutir e explicar

bem a proposta do governo” (Povo Wajãpi, 2014: 24). Enquanto os Munduruku expressam que “quando o governo federal vier fazer consulta na nossa aldeia, eles não devem chegar à pista de pouso, passar um dia e voltar. Eles têm que passar com paciência com a gente” (destaques no protocolo) (Povo Munduruku, 2014: 5). Já os Kayapó-Menkragnoti assim comunicam a sua compreensão de tempo, “queremos ser consultados com respeito, observando nossos costumes e o nosso tempo, que é diferente do tempo do kuben” (Povo Kayapó-Menkragnoti, 2019: 34). Sob esse aspecto, é importante observar as diversas compreensões de tempo expressas nos protocolos ao se produzir cronogramas e planejamentos relativos aos processos de consulta, ou seja, o tempo da consulta deve ser pensado **com os povos, respeitando os tempos dos povos** a serem consultados.

Alguns protocolos destacam igualmente a necessidade de as propostas serem bem traduzidas para suas línguas maternas, como os protocolos Wajãpi, Munduruku e Kayapó-Menkragnoti (Povo Kayapó-Menkragnoti, 2019; Povo Munduruku, 2014a; Povo Wajãpi, 2014). Já o protocolo dos Povos do Território Indígena do Xingu assevera que “durante as reuniões deve ter tempo para tradução nas diversas línguas faladas no TIX” (Povos do Território Indígena do Xingu, 2017: 3). Por fim, outro aspecto a ser observado é o respeito à e a integração de saberes, conhecimentos e práticas dos povos indígenas, em todas as etapas do processo de consulta e tomada de consentimento, incluindo também as etapas de estudos de impacto socioambiental. Em seus protocolos, os povos afirmam que são eles os que habitam e conhecem suas terras e biomas e, portanto, os que podem e devem manifestar-se sobre tudo o que afeta suas vidas e territórios (e.g. Povo Kayapó-Menkragnoti, 2019; Povo Wajãpi, 2014).

2.4 Normas que guiam o diálogo com o Estado

Todos os protocolos dizem que, durante a consulta, deve haver diálogos interculturais e negociações politicamente simétricas com o Estado, devendo este agir de modo honesto e de boa-fé. Assim como os protocolos falam de acordos a serem construídos entre os povos indígenas e o Estado, como o protocolo Munduruku, o qual enuncia que “o governo deve ser reunir com o povo Munduruku para chegarmos a um acordo sobre o plano de consulta” (Povo Munduruku 2014: 7). A fim de que esses acordos sejam alcançados, a consulta deve ser “livre de pressões físicas ou morais” (Povo Juruna, 2017: 24). Os Munduruku, os Juruna (Yudjá) e os Kayapó-Menkragnoti declaram mesmo que não aceitam a presença de forças policiais ou seguranças privados nas reuniões de consulta (Povo Juruna, 2017; Povo Kayapó-Menkragnoti, 2019; Povo Munduruku, 2014a).

Sobre isso, os Kayapó-Menkragnoti dizem, “não estamos em guerra, queremos conversar e por isso não aceitamos a presença de armas na nossa aldeia” (Povo Kayapó-Menkragnoti, 2019: 35). Além disso, em várias passagens de seu protocolo, afirmam que não querem impor suas decisões ao governo, que querem construir acordos que sejam seguidos conjuntamente, e que estão dispostos a respeitar o governo. Contudo, exigem uma reciprocidade, ao proclamarem que “se você respeitar nós, também vamos respeitar você” (Ibíd.: 10).

2.5 Regras concernentes à relação com atores não-estatais (empresas)

Os protocolos que falam sobre a relação com atores não-estatais são os Juruna (Yudjá), Kayapó-Menkragnoti e Mura, enquanto os demais protocolos analisados se remetem somente à relação com o Estado. Isso pode ser compreendido diante dos tipos de conflitos vivenciados por esses povos no contexto da elaboração de seus protocolos. Os Juruna (Yudjá) e os Mura elaboraram seus protocolos diante da iminente possibilidade de implementação de projetos minerários propostos, respectivamente, pelas empresas canadenses Belo Sun e Potássio do Brasil. Por sua vez, os Kayapó-Menkragnoti têm sido afetados por projetos de exploração mineral no entorno de suas terras Kayapó (Xingu+ 2020e) e Baú (Xingu+ 2020d). Esses projetos podem vir a causar impactos socioambientais, sendo que já chegaram a receber licença de operação sem que tenha sido realizado nenhum processo de consulta (Xingu+ 2020e, 2020d).

No que diz respeito ao modo como as relações com as empresas devem ser estabelecidas, cada um desses três protocolos estabelece regras próprias. Os Juruna afirmam que “empreendedores privados poderão ser convidados [para as reuniões de consulta], se necessário, para prestar esclarecimentos” (Povo Juruna, 2017: 25). Os Kayapó-Menkragnoti asseveram que “somos nós quem convidamos as empresas. As empresas só podem participar se forem convidadas por nós” (Povo Kayapó-Menkragnoti, 2019: 35).

No caso do protocolo Mura, este afirma, “queremos que as empresas nos consultem junto com os órgãos de governo responsáveis por dar a licença para os empreendimentos ou projetos” (Provo Mura, 2019: 39). Ademais, os Mura estabelecem que as empresas, assim como os governos, devem seguir o modo de consulta determinado em seu protocolo, obedecendo ao disposto na C169-OIT. O Povo Mura destaca que, nas reuniões com os proponentes, devem estar presentes também representantes do governo que tenham poder de decisão. Bem como dizem que, a fim de não serem “pressionados e coagidos,” “o Ministério Público Federal deve acompanhar o processo [de consulta] para que o proponente não seduza alguns de nossos parentes com dinheiro, salários ou equipamentos” (Ibíd., 2019: 63).

2.6 Necessidade de financiamento para a realização da consulta

Os protocolos determinam que o governo deve prover os recursos necessários para a realização da consulta, incluindo eventuais custos com a presença de parceiros ou assessores. Somente o protocolo Mura afirma que o proponente é quem deve “arcar com as custas de todo o processo de consulta” (Povo Mura, 2019: 63) e “terá que custear todo o processo {pré-consulta e consulta} da logística e dos especialistas” (Ibíd.: 67), explicando que o proponente é “aquele que está fazendo a proposta que vai ser consultada”(Ibíd.: 61).

2.7 Indicação de possíveis apoios técnicos, acadêmicos e governamentais

Todos os protocolos afirmam que o Ministério Público Federal-MPF deve estar presente na consulta. Como exemplo, o protocolo Wajãpi diz que o MPF “deve acompanhar todas as reuniões com o governo para garantir que [seus] direitos serão respeitados em todo o processo” (Povo Wajãpi, 2014: 21). Assim como a maioria dos protocolos analisados comunicam também a importância da presença da Funai na consulta. O protocolo Wajãpi diz que o papel da Funai é de assessorá-los (Ibíd.). Enquanto os protocolos dos Povos do Território Indígena do Xingu e Kayapó-Menkragnoti dizem apenas que a Funai deve participar (Instituto Kabu, 2019; Povos do Território Indígena do Xingu, 2017). No entanto, os protocolos, em geral, afirmam que **as decisões devem ser tomadas pelos povos indígenas**, ou, conforme destaca o protocolo Juruna, “a Funai e o Ministério Público Federal devem participar de todo o processo de consulta, mas nenhuma instituição poderá tomar decisões por nós” (Povo Juruna, 2017: 26).

Os protocolos também indicam a possibilidade de os povos convidarem parceiros, assessores, técnicos ou especialistas que possam apoiar os povos indígenas durante o processo de consulta, sendo essas pessoas de confiança desses povos. Como expressa o protocolo Mura, “estes especialistas deverão ser escolhidos por nós: só assim nós poderemos confiar neles” (Povo Mura, 2019: 47).

2.8 Riscos ou ameaças quanto ao processo de consulta identificados nos protocolos

O principal risco identificado nos protocolos diz respeito à não realização do direito à consulta e ao consentimento de modo prévio. Como exemplo, o protocolo Kayapó-Menkragnoti aponta a existência de projetos já em curso sobre os quais ainda não foram consultados (Povo Kayapó-Menkragnoti, 2019). Diante da não-realização do DCCLPI, os povos indígenas enunciam que elaboraram seus protocolos a fim de fortalecer a reivindicação pela implementação do DCCLPI no Brasil e de serem adequadamente consultados.

Outro risco é associado a realização da consulta desrespeitando o princípio da boa-fé e sem que esta seja livre e bem informada. Por exemplo, o protocolo dos Povos do Território Indígena do Xingu indica a necessidade de se sentirem ouvidos e confiantes de que o governo negocia de modo honesto. Assim como apontam o risco de sentirem que o processo de consulta foi manipulado por ações do governo a fim de estimular divisões internas e, nesse sentido, ferir a autodeterminação e os modos próprio de organização política dos povos do TIX (Povos do Território Indígena do Xingu, 2017). Por sua vez, os Munduruku destacam que as informações sobre a proposta devem ser claras e não serem “inventadas,” a fim saberem “o que vai acontecer na realidade” (Povo Mundukuru, 2014: 3) e que, para que a consulta seja realmente livre, não aceitarão “pariwat [não-indígena] armados nas reuniões,” incluindo aí forças policiais públicas ou privadas (Ibíd.: 6).

Outras ameaças quanto ao processo de consulta se relacionam a violências, violações de direitos e impactos socioambientais que podem ser agravados diante de novas propostas de megaprojetos e que podem não ser adequadamente considerados durante a consulta. Por exemplo, os Juruna narram que “depois da construção da UHE de Belo Monte os problemas só têm aumentado,” e complementam dizendo, “novos empreendimentos pretendem se instalar perto da usina e no entorno de nossa terra sem considerar os graves impactos negativos que já se confirmam em toda a região por causa da usina” (Povo Juruna, 2017: 7 e 14).

2.9 Enunciados para guiar a avaliação do processo de consulta

Em geral, os protocolos expressam que a consulta será considerada adequada e significativa caso respeite as normas, regras, princípios, valores e procedimentos indicados nos protocolos. Ademais, os protocolos anunciam indicadores que podem contribuir para avaliar o processo de consulta. O protocolo Wajãpi diz que “se o governo não respeita essa nossa forma de organização, não pode dizer que consultou nosso povo” (Povo Wajãpi 2014: 32). Já o protocolo Munduruku afirma, “esperamos que o governo respeite a nossa decisão” (Povo Munduruku 2014: 8). Nesse mesmo sentido, declaram os protocolos dos Povos do Território Indígena do Xingu (2017) e do Povo Kayapó-Menkragnoti (2019). Por sua vez, os Juruna (Yudjá) asseveraram que “apenas as reuniões que obedecerem às regras deste documento serão reconhecidas como consultas” (Povo Juruna, 2017: 20), bem como afirmam que “a consulta precisa ser prévia para ser útil. Em outras palavras, o resultado da consulta deve servir para influenciar a decisão e não apenas para legitimá-la” (Ibíd.: 21). Por fim, os Mura, em seu protocolo, dizem que se a empresa ou o governo “não seguir a regra do jeito certo de consultar os Mura, a decisão não vai valer” (Povo Mura, 2019: 15).

2.10 Regras concernentes ao encerramento do processo de consulta

Todos os protocolos expressam de modo geral que a consulta só será considerada realizada de modo adequado, respeitoso e significativo se seguir as normas e procedimentos determinados no protocolo, desde o início ao encerramento da consulta. Caso a consulta não siga as regras expressas nos protocolos, compreende-se que esta pode ser considerada como não-realizada, não-válida, ou como uma não-consulta.

O protocolo Juruna expressa mais detalhadamente como se encerra o processo de consulta, ao enunciar que “o processo pode se encerrar com um acordo, ou sem acordo entre nós e o governo. Não havendo acordo, informaremos o governo e o MPF de nossa decisão. Se chegarmos a um acordo, **a consulta será concluída com uma ata de acordos de consulta que é vinculante entre as partes**” (grifos nossos) (Povo Juruna, 2017: 33).

2.11 Referência dos protocolos aos direitos territoriais de povos indígenas

A Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF/88) reconhece os direitos territoriais de povos indígenas de modo originário, sendo esses direitos garantidos pelo Estado através de ato administrativo de identificação, demarcação e regularização das terras indígenas (ver artigo 231 da CF/88) (Cunha and Barbosa, 2018; J. A. Silva, 2016). No entanto, os direitos territoriais indígenas têm sido continuamente violados e a ineficácia da política de demarcação de terras indígenas revela antigas e atuais disputas por territórios e recursos naturais, em meio a relações assimétricas e processos de expropriação e violências que afetam os povos indígenas em todo o Brasil (Joca e Nóbrega, 2017; Julião, 2018) A não concretização dos direitos territoriais indígenas pode resultar em mais um obstáculo na realização do DCCLPI. As terras indígenas que não estão oficialmente demarcadas ou em processo de demarcação oficial podem estar sujeitas à não realização da consulta, conforme descrito no caso do Povo Mura acerca do processo de consulta envolvendo um projeto minerário:

The mining claim also lies near two other Indigenous communities, neither as yet demarcated: Urucurituba village, ten kilometers (6.4 miles) away, and, closest of all, Soares village, just two kilometers (1.4 miles) from the mine site. The company argues that the land where they want to put the potash mine, being non-demarcated, is open for their use. Guilherme Jácome, Project Development Director at Potássio do Brasil, told Mongabay: 'All of the mine and the area where potash ore will be extracted lies outside Indigenous land' (T. Borges, Branford, and Torres, 2019a)

Por outro lado, de acordo com determinadas interpretações jurídicas, o processo de demarcação e regularização de terras indígenas seria apenas um ato administrativo a fim de regularizar direitos territoriais indígenas que seriam assim compreendidos como inerentes (Cunha e Barbosa, 2018). Nesse sentido, referindo-se ao caso Mura, Marés afirma, "Indigenous land is Indigenous, whether or not it has been demarcated" e complementa dizendo que os Mura devem ser consultados sobre tudo o que afeta suas terras, sendo ou não estas regularizadas pelo Estado (em Borges, Brandford e Torres, 2019). Além disso, essa interpretação entende que os direitos territoriais indígenas são reconhecidos na constituição e em instrumentos internacionais de direitos humanos adotados pelo Brasil (Julião, 2018); portanto, o ato administrativo de reconhecimento oficial de seus direitos territoriais é mais um dever do Estado do que um poder discricionário deste (Joca e Nóbrega, 2017).

No caso dos protocolos analisados, nem todos os povos têm suas terras reconhecidas e regularizadas pelo Estado brasileiro. Os povos que têm suas terras indígenas já oficialmente reconhecidas anunciam isto em seus protocolos, como os Wajãpi, Juruna, Kayapó-Menkrag-noti e os povos do Xingu. No caso dos povos Munduruku e Mura, por ainda estarem no aguardo da demarcação e regularização de parte de suas terras, exigem a demarcação dessas terras em seus protocolos e declaram que devem ser consultados independente do projeto incidir em terras ainda não demarcadas. O protocolo Mura enuncia que "a demarcação é

nossa maior luta” (Povo Mura 2019: 29) e o protocolo Munduruku diz, “antes de mais nada, exigimos a demarcação da Terra Indígena Sawré Muybu” (Povo Munduruku 2014a: 3).

Demonstrado o contexto de surgimento dos protocolos autônomos de consulta e consentimento e os conteúdos desses protocolos, cabe então questionar se e como os protocolos têm sido efetivamente reconhecidos e aplicados no Brasil. Este será o assunto tratado no capítulo seguinte.

3. O nível de reconhecimento e a aplicação dos protocolos no Brasil

*O que o povo Munduruku espera da consulta?
Nós esperamos que o governo respeite nossa decisão.
Nós temos o poder de veto.
(Povo Munduruku, 2014)*

A publicização de protocolos elaborados por povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais é algo recente no Brasil. Ainda não há casos de consultas baseadas nesses protocolos que tenham sido concluídas. Desse modo, até este momento, não é possível avaliar se a aplicação desses protocolos realmente se traduziria em práticas adequadas, significativas e respeitadas na realização da consulta. Contudo, análises sobre o atual nível de reconhecimento pelo Estado e o modo como os protocolos têm sido aplicados na reivindicação do cumprimento do DCCLPI podem oferecer pistas investigativas que possibilitam lançar luz sobre a sua significância para o processo de implementação do DCCLPI no Brasil (assunto a ser tratado no último capítulo deste artigo).

Com base em pesquisas documentais, o presente capítulo inicia por apresentar informações sobre o processo de consulta com o Povo Wajãpi com base na aplicação de seu protocolo. Em seguida, se descreve modos de aplicação dos protocolos dos povos Juruna (Yudjá), Mura, do Xingu, Munduruku, Kayapó-Menkragnoti e do Povo Waimiri Atroari (Kinja), este último incluído especialmente neste capítulo pela relevância do caso em nível nacional. Esses casos não são analisados de modo exaustivo ou profundo; através dos casos apresentados, busca-se acessar informações gerais que possam ser valiosas aos objetivos deste artigo. Por fim, este capítulo traz reflexões sobre como tem se dado o reconhecimento dos protocolos autônomos elaborados por povos indígenas pelo Estado brasileiro.

3.1 A aplicação do protocolo Wajãpi

O processo de consulta ao Povo Wajãpi que está em curso desde 2017, seguindo as normas previstas no protocolo Wajãpi, visa discutir regras de ocupação relativas ao entorno da TIW a partir de alterações propostas pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária-Incra (órgão do governo federal) e o Instituto Estadual de Florestas-IEF (ligado ao governo do esta-

do do Amapá) relativas à Floresta Estadual (Flota)¹⁵ e ao Assentamento Perimetral Norte II, localizados no entorno da TIW (Zelic, 2017).¹⁶

Anteriormente ao início desse processo, em 2015, o Ministério Público Federal no Amapá-MPF, a pedido do Apina, recomendou que o Incra incluísse o Apina nos trabalhos em andamento que propunham mudanças na Flota e no Assentamento II. Na ocasião, o Incra, o IEF e a Secretaria do Meio Ambiente do Amapá apresentaram uma proposta a qual, ainda de acordo com a recomendação, deveria ser analisada pelos Wajãpi seguindo-se os procedimentos de seu protocolo. Contudo, Caporrino informa que o Apina resolveu não analisar essa proposta naquele momento, por entender que havia dissensos entre os gestores da Flota e do Incra. O autor explica que os Wajãpi perceberam que, se diante desses dissensos o Estado já apresentasse duas ou mais propostas para consulta, isso poderia causar desacordos já de início (Caporrino, 2020: 382-383) dificultando a construção de acordos entre o Estado e os Wajãpi. Ao final, o “MPF [orientou] o Incra e os gestores da Flota para que [consolidassem] uma proposta unificada e oficial e a [submetessem] à consulta prévia, livre, e informada” (Ibid.: 283).

Assim, em maio de 2017, aconteceu a primeira reunião de consulta com os Wajãpi na TIW. Nesta reunião, representantes do IRF e do Incra apresentaram uma proposta de “ordenação territorial” da região do entorno da TIW. Além do MPF e da Funai, outros atores, governamentais e não-governamentais, foram convidados para acompanhar a consulta (Iepé, 2017). Logo em seguida, ocorreram reuniões internas dos Wajãpi a fim de discutir as propostas apresentadas, contando com o apoio do MPF, Funai e Iepé. Contudo, os Wajãpi decidiram por não elaborar uma contraproposta naquele momento, por compreenderem que ainda faltavam “informações relevantes sobre as ocupações no entorno da TIW, tanto do assentamento quanto da FLOTA” (Ibid.).

Na segunda reunião de consulta, ocorrida em agosto de 2018, os Wajãpi apresentaram seus pontos de concordância e discordância no que concerne à proposta de mudanças que afeta o entorno da TIW. Como exemplo, registrou-se que os Wajãpi “discordam da expansão do assentamento sem respeitar uma ‘faixa de proteção’ com a terra indígena,” por estarem preocupados com a possibilidade de tal proximidade aumentar eventualmente o número de invasões por não-indígenas (como “caçadores, pescadores e pessoas que retiram cipó de

15 “A Terra Indígena Wajãpi e a Flota, juntamente com outras áreas protegidas (Parque Nacional Montanhas do Tumucumaque, RDS do Rio Iratapuru, Flona do Amapá, Terra Indígena Parque do Tumucumaque, Terra Indígena Rio Paru D’este, Parque Natural Municipal do Cancão e Reserva Extrativista Beija-Flor Brilho de Fogo), compõem o Mosaico da Amazônia Oriental, reconhecido em 2013, único do Brasil a ter terras indígenas na sua composição.” (Iepé, 2017)

16 Segundo o Iepé, “Em 1987, o INCRA criou o Projeto de Assentamento Perimetral Norte, próximo ao território tradicionalmente ocupado pelos Wajãpi. Desde então, os Wajãpi se preocupam com as regras que definem o uso desta região, propondo, a consolidação de uma Faixa de Amortecimento, posteriormente, denominada de ‘Faixa de Amizade’, com a finalidade de evitar que a crescente pressão no entorno da TIW - com ocupações, desmatamento e invasões - chegasse próxima aos limites de sua terra. A denominação de Faixa de Amizade advém de uma tentativa de diminuir os possíveis conflitos com os vizinhos do assentamento, com a proposta da criação de uma área de uso sustentável compartilhado, com regras específicas acordadas entre ambas as partes. Entretanto, a expansão dos lotes para fora da área delimitada do assentamento, se sobrepondo a área da Flota, resultou na intensificação de exploração dos recursos nesta região.” (Iepé, 2017).

dentro da TI”). Assim como indicaram a preocupação com a “possibilidade de venda dos lotes do assentamento para pessoas que, eventualmente, venham a desmatar a área ou realizar outras atividades danosas ao meio ambiente, como mineração.” Afinal, o Incra e o IEF acordaram em elaborar outra proposta respeitando as preocupações e ressalvas apresentadas pelos Wajãpi (Diário do Amapá, 2018).

O processo de consulta com os Wajãpi ainda não foi concluído e a terceira reunião externa estava prevista para 2019. No vídeo “Do Protocolo Wajãpi à Consulta Prévia” (Iepé - Instituto de Pesquisa e Formação Indígena, 2019), onde os Wajãpi registraram trechos da primeira e da segunda reuniões de consulta, a seguinte fala de Makaratu Wajãpi expressa a importância desse processo:

Os Wajãpi estão felizes de receber os órgãos do governo, órgãos não-governamentais, parceiros, representantes dos povos indígenas. Os Wajãpi estão felizes porque é primeira vez consulta oficial usando o nosso protocolo, não só para os Wajãpi, mas para todos os povos indígenas do Brasil, por isso esperamos que a consulta vai ser muito bem-feita, todos vão trabalhar bem, para ser exemplo para todo o Brasil, vários foram convidados, vários órgãos do governo, alguns para apresentar sua proposta com o Incra e o IEF, e outros para observar e aprender. Aprender porquê? Porque daqui pra frente os Wajãpi querem ser consultados sempre, sobre todos os assuntos que os afetam (Makaratu Wajãpi, vice-coordenador do Conselho das Aldeias Wajãpi-APINA, 1ª reunião de consulta).

Paralelo ao início da consulta com os Wajãpi, outros processos de consulta estão em vias de serem iniciados—ou têm sido reivindicados—seguindo protocolos indígenas. Como os processos de consulta que afetam os Juruna (Yudjá) (Chaves and Souza, 2018), os Mura (Borges, Branford e Torres, 2019a, 2019b), os Munduruku (Oliveira, 2019; Oliveira and Losekann, 2015), os Kayapó-Menkragnoti (Hirata, 2019) e os povos indígenas do Xingu (Instituto Socioambiental-ISA, 2019a). Outro caso relevante diz respeito à aplicação do Protocolo de Consulta ao Povo Waimiri-Atroari (Funai, 2019a; Povo Waimiri Atroari, 2018).

3.2 Aplicação de outros protocolos autônomos de consulta e consentimento

Quanto ao Protocolo Juruna, em 2017, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região-TRF1 suspendeu a licença de instalação da mineradora Belo Sun e reconheceu o dever do estado do Pará de consultar o Povo Juruna (Yudjá) a partir da aplicação de seu protocolo. Esta foi a primeira decisão judicial no Brasil advinda de um tribunal a reconhecer a aplicabilidade jurídica de um protocolo e se baseou, principalmente, nas normas de consulta estabelecidas na C169-OIT (TRF, 2017).

Garzón (2019) relata que, após referida decisão judicial, a empresa buscou iniciar um processo de consulta diretamente com os Juruna (Yudjá) sem a presença de órgãos públicos,

o que contraria as regras do protocolo Juruna que determina que a consulta deve ser realizada pelo Estado e que a empresa proponente pode ou não ser convidada para reuniões de consulta (Povo Juruna, 2017). A autora também reporta que, diante dessas circunstâncias, os Juruna notificaram o TRF1, a Funai e o Governo do Pará (responsável direto pela consulta), exigindo serem consultados de acordo com o seu protocolo e a construção de um plano a fim de implementar a consulta (Garzón, 2019)

Ademais, Garzón narra que os Juruna exigiram também participar da formulação das questões e da metodologia que guiarão os estudos de impacto ambiental, baseados na aplicação de seu protocolo. O site Xingu+, que faz um monitoramento das obras do projeto mineirão Belo Sun, relatou que, no ano de 2019, a empresa Belo Sun contratou uma consultoria a qual realizou os estudos de impacto do componente indígena (EIA-IC), sendo esses estudos protocolados na Funai em 2020. Entretanto, “estudos e informações solicitadas pelos indígenas Juruna (...) não foram realizados e não constam na versão final” desse relatório (Xingu+, 2020f). Mais recentemente, esse site informou que “comunidades indígenas da Volta Grande não aldeadas solicitaram consulta livre, prévia e informada (...), ainda sem resposta da FUNAI e da empresa” e que, em junho de 2020, relatórios técnicos de especialistas protocolados na Funai e na secretaria de meio-ambiente do estado do Pará indicaram “lacunas nos estudos do componente indígenas (EIA-CI) e falhas metodológicas que comprometem a análise de viabilidade do empreendimento” (Xingu+, 2020f). Enfim, o processo de consulta parece não ter sequer sido iniciado de modo devido e adequado até o momento do fechamento deste artigo.

Quanto ao Protocolo Mura, o Povo Mura deve ser consultado em breve acerca de um empreendimento mineirão proposto pela empresa Potássio do Brasil. A partir de uma ação civil pública iniciada pelo Ministério Público Federal do Amazonas, a Justiça Federal do Amazonas reconheceu o direito do Povo Mura de ser consultado sobre o empreendimento e, como parte de um acordo judicial, a empresa apoiou financeiramente a elaboração do Protocolo Mura (Azevedo 2019; Borges, Branford e Torres, 2019a, 2019b). Este protocolo foi elaborado de modo independente pelo Povo Mura, sem a participação da empresa nessa construção (Joca, 2020), tendo sido apresentado e entregue à Justiça Federal em 2019 (MPF, 2019c). Posteriormente, a Justiça Federal determinou que a empresa apresentasse um projeto do empreendimento detalhando os possíveis impactos e que custeasse uma assembleia a ser realizada pelo Povo Mura para discutir esse projeto assessorado por especialistas de sua confiança e pagos pela empresa (MPF, 2019a).

Quanto ao Protocolo dos Povos Indígenas do Xingu, em 2019, o governo federal brasileiro se comprometeu a realizar um processo de consulta sobre o plano de pavimentação da BR-242 (Xingu+ 2020a) e a construção da Ferrovia de Integração do Centro Oeste (FICO) baseado no protocolo dos Povos do Território Indígena do Xingu (Instituto Socioambiental-ISA 2019a, 2019b). Em uma audiência pública realizada na Câmara dos Deputados (Brasília), se discutiu o Plano de Consulta apresentado por lideranças dos povos indígenas do Xingu (ATIX, 2019), ocasião em que o governo federal reconheceu o seu dever de consultar os povos indígenas e comunidades tradicionais sobre essas obras (Xingu+, 2020c).

No que concerne aos protocolos dos povos Munduruku e Kayapó-Menkragnoti, ambos têm sido afirmados como instrumentos de autodeterminação e reclamados por esses povos em reivindicações ligadas ao exercício de seus direitos territoriais e socioambientais. Ademais, os Munduruku e os Kayapó-Menkragnoti têm demandado a aplicação de seus protocolos aliado à reivindicação do cumprimento do DCCLPI, como descrito a seguir.

Os Kayapó-Menkragnoti têm reivindicado a realização da consulta prévia nos casos relacionados ao licenciamento do projeto de mineração Coringa (que afeta a T.I. Baú) e à instalação de uma ferrovia (conhecida como Ferrogrão, que afeta terras Kayapó-Menkragnoti e de outros povos indígenas). No caso do Ferrogrão, em 2017, a Agência Nacional de Transportes Terrestres-ANTT, órgão ligado ao governo federal, se comprometeu a realizar a consulta aos povos afetados antes de enviar o projeto ao Tribunal de Contas da União-TCU.

No entanto, posteriormente, o governo federal expressou o entendimento de que o projeto já havia sido amplamente discutido durante audiências públicas realizadas entre outubro de 2017 e janeiro de 2018 (Hirata, 2019). Ainda que esse entendimento tenha sido adotado pelo Estado também em outros casos, a legislação brasileira reconhece que as audiências públicas não substituem o processo de consulta e consentimento; as audiências e as reuniões de consultas têm bases jurídico-políticas e propósitos distintos (Joca 2020; Pontes Jr. and Oliveira, 2015). As audiências públicas têm base no direito à participação da sociedade em geral (incluindo os povos indígenas) em processos de licenciamento ambiental, enquanto o Estado adota o direito à consulta como um direito diferenciado de povos indígenas nos termos da C169-OIT.

Seguindo sem observar o dever de consultar, em janeiro de 2019, o Ministro da Infraestrutura (governo federal) anunciou que a concessão do Ferrogrão estaria concluída até o início de 2020 (Miragaia and Caram, 2019). Em fevereiro de 2019, os Kayapó-Menkragnoti anunciaram que, se o projeto fosse enviado ao TCU sem que houvesse consulta, iriam levar o caso à justiça a fim de garantir a realização do DCCLPI (Hirata, 2019). Em junho, a ANTT foi obrigada a reabrir a fase de audiências públicas devido a uma ação judicial movida por outros atores (Xingu+, 2020b). No início de setembro, os Kayapó-Menkragnoti estiveram presentes em uma audiência pública realizada pela ANTT sobre o projeto do Ferrogrão, ocasião em que “entregaram seu protocolo de consulta, reiterando o direito a uma Consulta Prévia Livre e Informada e se retiraram da audiência” (Xingu+, 2020b). Após, ainda em setembro, a Funai emitiu um documento reconhecendo que apenas algumas terras Munduruku seriam afetadas pela ferrovia. Em novembro, o Instituto Kabu, organização Kayapó-Menkragnoti, questionou junto à Funai a exclusão de terras Kayapó e de outro povo indígena, os Panará.

Em fevereiro de 2020, o Ibama se manifestou junto à Funai reafirmando o entendimento de que apenas terras Munduruku seriam afetadas (Xingu+, 2020b). Em março, foi realizada uma videoconferência contando somente com a presença de representantes da Funai e de outros órgãos do governo federal, além das Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL) e da empresa de consultoria MRS Estudos Ambientais, a fim de dialogar sobre a construção de uma Plano de Consulta aos Munduruku sobre a Ferrogrão, indicando a data de julho de

2020 para a realização de uma “reunião de pactuação do Plano de Consulta, (...) se a pandemia do Coronavírus estiver controlada” (Funai, 2020).

O não-reconhecimento dos povos Kayapó-Menkragnoti e Panará como afetados pelo projeto Ferrogrão constitui uma violação ao DCCLPI desses povos, excluindo-os assim como sujeitos da consulta. Verifica-se esta mesma forma de violação do DCCLPI também em outros contextos, como no caso dos Juruna (Yudjá) que só foram posteriormente reconhecidos como afetados pelo projeto Belo Sun após realizarem pressões jurídico-políticas com o apoio do MPF e de outros parceiros (Chaves and Souza, 2018). À título de informação, ressalta-se que o povo Panará também possui um protocolo (Povo Panará, 2019).

No que concerne ao projeto Coringa, em 2020, a rede Xingu+, a qual os Kayapó-Menkragnoti pertencem, enviou um ofício para a presidência da Funai requerendo que a licença de operação desse projeto fosse suspensa até que a consulta aos Kayapó-Menkragnoti e os estudos de impacto ambiental da obra fossem realizados, requerendo também a aplicação de seu protocolo, dentre outros pedidos (Rede Xingu+, 2020). Após, a Funai informou que a reunião com os Kayapó-Menkragnoti sobre o referido projeto “não poderia ocorrer no momento devido a pandemia” (Xingu+, 2020d).

No caso do Protocolo Munduruku, uma tentativa de realização de consulta pelo governo federal com os Munduruku sobre o projeto São Luiz dos Tapajós foi considerada como não-adequada e de má-fé pelos Munduruku, os quais seguiram resistindo à implementação da hidrelétrica (Oliveira, 2016). Por fim, o governo brasileiro suspendeu o projeto (Ponsford, 2016). No entanto, a demarcação da T.I. Sawré Muybu ainda não foi concluída. Outros interesses econômicos parecem ainda pairar sobre essa T.I. Como exemplo, a Agência Pública informou que a Sawré Muybu concentra o número mais significativo de solicitações de exploração de mineração em terras indígenas desde 2011 (Anjos et al., 2020).

Além disso, os Munduruku tem publicamente resistido a implementação de outros projetos em suas terras (Nobrega, 2019). Quanto ao projeto Ferrogrão acima relatado, os Munduruku têm, em diversas ocasiões, se oposto à implantação desta ferrovia. Por exemplo, em janeiro de 2020, o Povo Munduruku denunciou, durante o Encontro dos Povos Mebengokré, que o Ferrogrão seria mais um projeto dentre outros que incentivam a morte de pessoas indígenas e beneficiam interesses econômicos de multinacionais, as quais, nas palavras dos Munduruku, “têm contribuído para aumentar as invasões dos nossos territórios e o derramamento de sangue indígena por estar comprando soja, carnes, madeira e minérios extraídos ilegalmente dos territórios indígenas” (Terra de Direitos, 2020). Nesse contexto, o protocolo Munduruku segue sendo reivindicado como instrumento de autodeterminação e exercício de direitos territoriais e socioambientais (Members of the Pariri Indigenous Association and Ipereğ Ayū Movement, 2017; Nobrega, 2019) e é um dos protocolos considerados como uma boa referência por outros povos na luta pelo DCCLPI no Brasil (Joca, 2020).

Quanto ao Protocolo de Consulta ao Povo Waimiri Atroari, em 2018, a Justiça Federal do Amazonas determinou que o governo federal não realizasse nenhum empreendimento de grande impacto na terra indígena do Povo Waimiri Atroari (autodenominados Kinja) sem que houvesse o consentimento prévio e vinculante dos Kinja. Referida decisão cita os protocolos

próprios de povos indígenas como guia para estabelecer como a consulta deve ser efetivada (Brasil, 2018). Poucos meses depois, os Kinja lançaram seu protocolo de consulta (Povo Waimiri Atroari, 2018).

Anteriormente, em 2017, enquanto os Waimiri-Atroari estavam em processo de elaboração de seu protocolo, a Justiça Federal do Amazonas havia reconhecido a obrigação do Estado brasileiro de consultar o Povo Kinja sobre a construção de uma linha de transmissão de energia chamada Linhão de Tucuruí (Farias, 2017) que passaria pelo território Waimiri-Atroari. Contudo, em março de 2019, o Ministério de Minas e Energia comunicou a decisão do governo federal em considerar o projeto do Linhão como uma alternativa de energia estratégica à soberania brasileira e à defesa nacional. Na prática, isso poderia afetar ou mesmo inviabilizar a consulta aos Waimiri Atroari (Farias, 2019).

Posteriormente, a partir de ações judiciais iniciadas pelo MPF, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) determinou que os Kinja deveriam ser consultado sobre a instalação da referida linha de energia (CIMI, 2019). O governo federal e a Funai, então, reconheceram (ao menos publicamente) o dever do Estado de consultar os Waimiri-Atroari (MPF, 2019b). Em notícias publicadas no site, a Funai passou a anunciar que a consulta está em andamento observando o protocolo Waimiri Atroari (Funai, 2019b, 2019b). No entanto, paralelo a isso, o governo federal tem manifestado que a obra do Linhão do Tucuruí deverá ser implementada em breve (Cruz, 2020; Paes, 2019), enquanto se registra denúncias por parte de grupos Waimiri-Atroari de que não está havendo a realização de uma consulta adequada (EJA, 2020).

3.3 O reconhecimento dos protocolos autônomos de consulta e consentimento pelo Estado

*The Special Rapporteur recommends that the Government
(...)
Acknowledge and support the proactive measures taken
by indigenous peoples to realize their rights,
including their right to self-determination.
This includes observing and responding to consultation
and consent protocols developed by indigenous peoples
in the context of the State duty to consult.
(Tauli-Corpuz, 2016: 21)*

Sob a perspectiva do reconhecimento formal pelo Estado brasileiro, até o presente momento, não há uma decisão judicial de repercussão geral, ou uma recomendação geral por parte do poder executivo federal, ou ainda uma legislação nacional reconhecendo a aplicabilidade dos protocolos como meio adequado para a realização da consulta e determinando a aplicação destes em quaisquer procedimentos de consulta. Resta, pois, indagar se esse

tipo de reconhecimento seria necessário a fim de se reivindicar a aplicabilidade dos protocolos no Brasil.

Ainda que se considere a importância de uma eventual decisão judicial nesse sentido, bem como a possibilidade de construção de uma recomendação ou legislação que reconhecesse a aplicabilidade dos protocolos (respeitando o direito dos povos de serem prévia e significativamente consultados sobre quaisquer medidas legislativas que os afetem diretamente), compreende-se que já há bases para o efetivo reconhecimento e aplicabilidade jurídica dos protocolos no país com base em normas constitucionais e dispostas na C169-OIT (Brito Silva, 2020; L. A. L. da Silva, 2019; Souza Filho, 2019; Erika M. Yamada, Grupioni e Garzón, 2019).

As decisões judiciais e administrativas que têm reconhecido a aplicabilidade dos protocolos têm adotado interpretação jurídica semelhante à esboçada acima (Glass, 2019). Essa interpretação também conflui com a compreensão expressa por vários protocolos, como os Juruna, Kayapó-Menkragnoti, Mura e Wajãpi que afirmam que os povos indígenas têm o direito de dizerem como querem ser consultados de acordo com o disposto na Constituição brasileira e na Convenção 169 (Povo Juruna, 2017; Povo Kayapó-Menkragnoti, 2019; Povo Mura, 2019; Povo Wajãpi, 2014). Destaca-se que os protocolos Juruna, Kayapó-Menkragnoti e Mura também citam a Declaração da Organização das Nações Unidas de 2007 como importante lei internacional que garante o direito à consulta e “o direito ao autogoverno” (Povo Mura, 2019: 14).

Efetivamente, o reconhecimento jurídico dos protocolos, até o presente momento, tem resultado da judicialização do direito à consulta no Brasil. Assim os protocolos têm sido reconhecidos em algumas decisões judiciais, como no caso dos protocolos Juruna e Mura, por exemplo.¹⁷ Este reconhecimento também é fruto da atuação do Ministério Público Federal-MPF, órgão do sistema de justiça que é responsável pela defesa de direitos sociais, difusos e coletivos e um dos principais atores na defesa de direitos de povos indígenas. O MPF tem desempenhado um papel central no reconhecimento dos protocolos, atuando ativamente na demanda pelo cumprimento do dever de consultar por parte do Estado e pela aplicação dos protocolos autônomos, seja diante do poder judiciário ou em processos de diálogo e negociação com o Estado e atores privados, como nos casos dos protocolos Wajãpi e Mura (Joca, 2020).

No que tange ao reconhecimento pelo poder executivo, em nível nacional, não há uma diretriz geral nem uma atuação uniforme do governo nesse sentido. Há casos em que órgãos governamentais sinalizaram o reconhecimento do direito à consulta, respeitando os protocolos elaborados pelos povos, como no caso dos Povos Indígenas do Xingu. E há o caso (único) da consulta com os Wajãpi na qual um órgão federal e um órgão estadual do estado do Amapá passaram a consultar os Wajãpi com base em seu protocolo. Ademais, a Funai, órgão do governo federal e principal responsável pela implementação de direitos indí-

17 Silva indica casos de reconhecimento judicial e aplicação de protocolos elaborados por povos e comunidades tradicionais em (Silva 2019).

genas (incluindo o direito à consulta), também tem reconhecido os protocolos como guias para a realização da consulta (Coordenação Geral de Licenciamento Ambiental CGLIC, 2019; Erica M Yamada e Oliveira, 2013). Este órgão tem afirmado o seu apoio institucional à elaboração de protocolos em seus relatórios anuais desde, pelo menos, 2015, onde se referem ao protocolo Wajãpi (Funai, 2015, 2016, 2017, 2018b, 2018a, 2019c),¹⁸ e tem declarado que vem acompanhando a consulta com os Kinja seguindo o seu protocolo de consulta (Funai, 2019b).

No que concerne à Funai, o movimento indígena tem historicamente reivindicado o fortalecimento desse órgão e a ocupação de seus cargos por pessoas com conhecimento e experiência na implementação de políticas públicas para povos indígenas (APIB, 2016). No entanto, nos últimos anos, a Funai tem sofrido um intenso processo de desmonte (APIB, 2016, 2017) o qual tem se agravado devido às recentes mudanças políticas no Brasil (APIB, 2019) e às práticas genocidas do atual governo (Milanez e Vida, 2020). Diante desse cenário, é necessário refletir sobre a atuação e a efetividade do apoio da Funai na implementação do DCCLPI em tempos presentes (Joca, 2020), sendo esta uma questão complexa que exigiria análises que estão para além do escopo deste artigo.

Para além do reconhecimento formal dos protocolos expressa em (algumas) decisões administrativas e judiciais, é essencial também investigar se e como a aplicação dos protocolos têm se efetivado na prática da consulta. Observando as aplicações dos protocolos descritas acima, ao que parece, os protocolos têm encontrado obstáculos e desafios jurídico-políticos relacionados à implementação tardia do DCCLPI no Brasil (Joca, 2020; Rojas Garzón et al., 2016). O primeiro grande obstáculo parece ser o basilar reconhecimento do dever de consultar por parte do Estado, como no caso dos Kayapó-Menkragnoti envolvendo a construção do Ferrogrão. Outro obstáculo parece se relacionar com o efetivo cumprimento do dever estatal de consulta. No caso dos Juruna, por exemplo, mesmo havendo uma decisão judicial que determina a realização da consulta com base em seu protocolo, aparentemente o processo de consulta ainda não foi adequadamente iniciado, enquanto o processo de licenciamento ambiental da obra avança.

Mais outro obstáculo parece revelar-se nas diferenças entre os discursos estatais de reconhecimento e o real cumprimento do dever de consultar. Na prática, quando o Estado afirma que está fazendo uma consulta esta tem se desvelado como não significativa e não adequada, sendo por vezes realizada de modo não-prévio, com práticas de coerção de liberdade decisória, e sem que as informações necessárias à decisão sejam devidamente acessadas pelos povos consultados (Monteiro, 2018). Considerando esses obstáculos e desafios, questiona-se, pois, qual tem sido de fato a contribuição dos protocolos para a concretização do direito à consulta e ao consentimento no Brasil.

18 A Funai consta como uma das organizações apoiadoras de alguns protocolos, como os elaborados pelos povos indígenas do Oiapoque, do Xingu, Juruna, Guarani Mbya, Waimiri Atoari, Kayapó-Menkragnoti e Yanomami e Ye'kwana.

4. Contribuições dos protocolos para a implementação do DCCLPI no Brasil

O presente capítulo se propõe a refletir sobre possíveis contribuições dos protocolos para o processo de implementação do DCCLPI no Brasil. Indica-se que essas contribuições podem se dar nos processos de elaboração dos protocolos e em sua aplicação como guia para a realização da consulta.

4.1 Contribuições nos processos de elaboração dos protocolos

O exercício coletivo de elaboração de um protocolo é delicado e profundo; entretanto, pode fortalecer os povos internamente e em suas articulações políticas diante do Estado e de outros atores, conforme indicam (Caporrino, 2020; Garzón, 2019; Oliveira, 2016) em suas investigações sobre a construção dos protocolos Wajãpi, Juruna e Munduruku. Ademais, a constituição de protocolos autônomos apresenta diversas oportunidades para os povos que os elaboram, tais como: apropriar-se de conceitos de consulta e consentimento expressos na legislação nacional e internacional; interpretar esses conceitos em diálogo com suas tradições e modos de organização; (re)discutir e, possivelmente, (re)significar suas normas, fortalecendo sua organização e acordos internos; e constituir coletivamente o conteúdo desses protocolos (Gomes et al., 2019; Erika M. Yamada, Grupioni, e Garzón, 2019).

Os conteúdos dos protocolos expressam a compreensão dos povos sobre o que é uma consulta adequada e significativa, como deve ser tomado o consentimento, quem tem o dever de consultar, como se dá a atuação de atores privados nas consultas, quando e como a consulta deve ser realizada, quando a consulta pode ser considerada como encerrada, etc. Por exemplo, os protocolos enunciam que o Estado brasileiro tem o dever de consultar os povos indígenas sempre que qualquer medida administrativa ou legislativa puder impactar suas vidas, terras e territórios. Declaram também que essa consulta deve ser prévia à decisão de se executar um projeto ou mesmo anterior ao planejamento de um empreendimento. Quanto às regras para realizar a consulta, informam que estas são as dispostas no documento e que a validade da consulta será determinada pelo cumprimento dessas regras. Dessa maneira, os protocolos estabelecem as regras para a consolidação da consulta, reivindicando o direito de cada povo estipular suas próprias normas, opondo-se assim (de maneira propositiva e inovadora no cenário brasileiro) à ideia de uma regulação geral ao direito de consulta.

4.2 A aplicação dos protocolos como guia para a realização da consulta

Erika M. Yamada, Grupioni e Garzón (2019) destacam que os protocolos de consulta são uma “expressão da autonomia dos povos indígenas e de sua abertura para o diálogo de boa fé com agentes do Estado” (Ibíd.: 29). Bem como reportam que esses protocolos têm contribuído para melhorar o debate sobre a implementação da consulta no Brasil, afirmando que “a exis-

tência de protocolos de consulta são o único avanço qualitativo entorno da aplicação deste direito, bem como do reconhecimento do direito dos povos indígenas decidirem sobre suas vidas e seus futuros, desde a promulgação da Constituição Federal em 1988” (Ibíd.: 34). No entanto, chamam a atenção para o fato de que o Estado deve realizar a consulta independentemente de o povo ou a comunidade terem um protocolo.

A observância dos protocolos pode ser também um meio para guiar a criação de espaços de diálogo e negociação entre o Estado e os povos de modos politicamente significativo e culturalmente adequado, como se afere das informações obtidas sobre o processo de consulta em curso com os Wajãpi. Assim como os protocolos e planos de consulta podem servir como instrumentos para exigir a realização da consulta e viabilizá-la através de normas que respeitem a autodeterminação dos diversos povos, como indicam as informações sobre os casos dos povos Juruna (Yudjá), Mura e do Xingu cujas consultas estariam por se iniciar. Ademais, os protocolos podem ser um instrumento para fortalecer as reivindicações por direitos territoriais e pelo cumprimento do DCCLPI, como no caso dos protocolos Munduruku e Kayapó-Menkragnoti.

Os protocolos também têm instigado reflexões jurídico-políticas acerca de sua aplicabilidade, com base no respeito ao direito próprio de cada povo, no que concerne a decisões que afetam esses povos, suas terras, territórios e o meio-ambiente onde vivem. Souza Filho e Silva compreendem que os protocolos são uma expressão da jusdiversidade que existe no Brasil (Silva, 2017; Souza Filho, 1998, 2019). Desse modo, expressam o entendimento de que os povos podem sistematizar suas normas em protocolos que devem ser reconhecidos pelo Estado e servir como guia em processos de consulta e consentimento. Souza Filho pondera que:

(...) os Estados nacionais estão obrigados a aceitar os procedimentos estabelecidos pelos povos porque quem consulta é o Estado cujas medidas afetarão ou poderão afetar direitos não apenas materiais, mas intangíveis dos povos, que o Estado desconhece. (...) Como só o povo pode dizer que é um povo, só ele pode dizer como forma sua vontade coletiva, só ele conhece suas prioridades, seus direitos intangíveis, sua forma de ser e seu sonho de futuro. Só ele pode consentir em mudar sua vida. (Souza Filho, 2019: 45)

Por sua vez, Oliveira observa as interações entre a “sensibilidade jurídica” do Estado brasileiro e a “sensibilidade jurídica” do Povo Munduruku no que concerne à compreensão sobre o DCCLPI. O autor investiga como os Munduruku usam estrategicamente a ordem jurídica estatal para integrá-la à sua sensibilidade jurídica a fim de enfrentar a política autoritária do Estado que busca implementar megaprojetos em terras indígenas sem a realização de um processo de consulta prévia e adequada (Oliveira, 2016, 2019).

A aplicabilidade dos protocolos como guia na implementação da consulta, sob uma perspectiva pluralista, também remete à necessidade de compreender e respeitar as tradições jurídicas de cada povo, assim como as interpretações e relações que esses povos

estabelecem com o direito e o sistema de justiça estatal. Por exemplo, ao tempo em que os Kayapó-Menkragnoti declaram que estão cientes de que têm o direito (reconhecido pelo Estado) de recorrer ao sistema de justiça estatal em caso de descumprimento de seus direitos pelo governo, também enunciam que, na defesa de *seus direitos* e exercício de *sua autodeterminação*, podem realizar ações de resistência. Por saberem que os não-indígenas nem sempre cumprem as leis que criaram, como as leis que reconhecem o DCCLPI, declaram que irão “lutar” por seus direitos através de ações que possam chamar a atenção dos *kuben*. Em seu protocolo, afirmam: “Nos juntamos e fechamos a rodovia correndo risco de vida para defender nossos direitos. (...) não temos medo. (...) Sabemos que temos direitos, mas o *kuben* nem sempre cumpre a lei. (...) Na defesa de nossos direitos, vamos trancar essa rodovia quantas vezes forem necessárias” (Povo Kayapó-Menkragnoti, 2019: 18-19).

Outro aspecto relativo à aplicabilidade diz respeito à interpretação das normas estabelecidas no protocolo no momento de sua aplicação. Compreende-se que esta interpretação, em última análise, deve se dar pelos povos que elaboraram seus protocolos. No decorrer da consulta, como enuncia o protocolo Munduruku, a fim de se realizar um processo real e significativo é preciso: “viver com a gente, comer o que a gente come. (...) ouvir nossa conversa” (Povo Munduruku, 2014a: 6). Nesse sentido, esforços de tradução e interpretação interculturais precisariam se dar de modo permanente, em diálogos e negociações efetivados nos processos de consulta e consentimento *com* os povos envolvidos, realizando-se a escuta atenta e respeitosa das interpretações feitas *por esses povos* sobre as normas presentes em seus protocolos.

Podem ocorrer também circunstâncias nas quais seja necessário aclarar regras dispostas nos protocolos. Como exemplo, o protocolo Munduruku enuncia que “nas assembleias, as nossas decisões são feitas depois de discussão: nós discutimos e chegamos a um consenso. Se for preciso, discutimos muito. Nós não fazemos votação. Se não houver consenso, é a maioria que decide” (Povo Munduruku, 2014b, p. 8). Contudo, este protocolo não fornece maiores detalhes sobre como se daria a aferição da decisão da maioria por um processo distinto da votação. Uma melhor interpretação desse enunciado por parte de proponentes não-indígenas, acredita-se, dar-se-ia em um processo de diálogo intercultural com os Munduruku (Oliveira, 2016); sendo que, em última instância, o Povo Munduruku é quem deve se pronunciar sobre o significado e a adequada aplicação dessa norma, respeitando a sua autodeterminação, o seu modo de organização político-social e as suas tradições jurídicas.

Finalmente, compreende-se que as contribuições aqui indicadas são apenas exemplificativas. Somente a efetiva aplicação dos protocolos elaborados por povos indígenas pode revelar outras potenciais contribuições desses protocolos para a plena implementação do direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado.

Conclusão

Os protocolos emergem em um contexto de fraca institucionalização e implementação do DCCLPI no Brasil, logo após uma tentativa frustrada do governo federal de regularizar o direito à consulta. Esta investida acabou por demonstrar que uma regulação nacional da consulta poderia servir para restringir esse direito e desconsiderar a diversidade de povos existentes no país. Nestas circunstâncias, o Povo Wajãpi, apoiado pela RCA e outros parceiros, inicia a elaboração de seu protocolo, publicizado em 2014. O processo de construção do protocolo Wajãpi indica que a constituição deste documento representa uma importante etapa de um longo processo através do qual o Povo Wajãpi tem buscado assegurar o controle de seu território, realizando a sua gestão territorial e socioambiental. Para tanto, os Wajãpi têm sido hábeis em fortalecer suas organizações internas e suas parcerias, afirmando continuamente a sua autodeterminação nas escolhas que afetam suas vidas, terras e entornos, inclusive através da elaboração, publicização e aplicação de seu protocolo. (Caporrino, 2020)

No caso dos povos Munduruku e Juruna (Yudjá), a elaboração do protocolo se apresentou como um modo de apropriar-se de direitos reconhecidos na legislação nacional e internacional em meio a situações de conflitos socioambientais que ameaçavam (e ameaçam) a garantia dos direitos territoriais desses povos. Nesses casos, os protocolos Munduruku e Juruna representam modos de afirmação de autodeterminação diante do Estado que já havia anteriormente falhado em assegurar seus direitos territoriais e realizar consultas adequadas com esses povos (Garzón, 2019; Oliveira, 2016).

Os exemplos dos protocolos Wajãpi, Munduruku e Juruna indicam os diversos contextos associados à elaboração de protocolos de consulta e consentimento por povos indígenas no Brasil, assim como são diversos os conteúdos relacionados aos protocolos. Contudo, uma análise documental dos protocolos Wajãpi, Munduruku, Juruna, Kayapó-Menkragnoti, Mura e dos povos do Xingu indicam que os protocolos têm manifestado as regras de consulta de cada povo, bem como buscado responder à desafios relacionados à não realização do DCCLPI pelo Estado brasileiro. Por exemplo, os protocolos expressam em que circunstâncias, quando e como deve se realizar a consulta, reivindicando o cumprimento do dever de consultar pelo Estado, nos termos dispostos pelos povos.

No que tange à aplicabilidade jurídico-política dos protocolos, algumas decisões judiciais e administrativas têm apontado para um nível ainda incipiente de reconhecimento estatal acerca da aplicabilidade dos protocolos. Entretanto, ainda que essas decisões sejam pontuais, os exemplos de reconhecimento têm aumentado significativamente. Se antes os protocolos eram somente citados como iniciativas inovadoras e estratégicas para exigir do Estado o cumprimento do dever de consultar (Garzón, Yamada e Oliveira, 2016; Tauli-Corpuz, 2016), hoje já se observa consultas em andamento (Caporrino, 2020) ou em vias de iniciar-se (Instituto Socioambiental-ISA, 2019b; MPF, 2019a) a partir da aplicação desses protocolos. Assim, o reconhecimento e aplicação efetiva dos protocolos vem alcançando níveis mais amplos, atravessando (de 2014 a 2020) diferentes governos e conjunturas políticas.

No entanto, diante de um contexto no qual o DCCLPI não tem sido adequadamente efetivado ou mesmo não realizado, a aplicação dos protocolos enfrenta obstáculos e desafios os quais confluem com os relacionados à efetivação do direito à consulta.¹⁹ Ao mesmo tempo, na demanda pela institucionalização do DCCLPI como política incorporada às práticas estatais, os protocolos podem ser um caminho para avançar na implementação desse direito de modo adequado aos padrões internacionais de direitos humanos (Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, 2018), respeitando a autodeterminação dos povos. Assim como o surgimento dos protocolos e sua incipiente aplicação se relaciona com outras questões igualmente relevantes para o campo dos direitos indígenas no Brasil, como debates sobre direitos territoriais e pluralismo jurídico.

No entanto, futuras pesquisas empíricas acerca da aplicação de protocolos em processos de consulta já concluídos poderiam oferecer campos de análise mais profícuos sobre: a) os atores; b) as inter-relações, as negociações e as dinâmicas de poder que se estabelecem envolvendo o Estado, os diferentes níveis de governo e órgãos governamentais, o sistema de justiça, os povos e suas organizações, empresas privadas e outros atores; c) as distinções entre os discursos públicos governamentais e as ações concretas do poder público no que tange à realização da consulta e do consentimento; d) as diferentes interpretações sobre os conceitos-chaves que perpassam a implementação do DCCLPI; e) as compreensões, críticas e perspectivas dos povos que elaboraram seus protocolos no que tange à aplicação destes; dentre outros fatores jurídico-políticos relacionados à implementação do DCCLPI por meio da aplicação de protocolos autônomos de consulta e consentimento. A observação e análise dessas questões poderiam ajudar a melhor compreender as potencialidades, os riscos e os desafios jurídico-políticos que, porventura, emergiriam da aplicação desses protocolos. ○

Referências

- Almeida, I. (2015):** *Um Análise Crítica-Comparativa Na Internalização Do Direito de Consulta Prévia e a Abordagem Dos Conceitos de Identidade e Multiculturalismo: Experiências Normativas e Jurisprudenciais Da Colômbia, Peru e Brasil*. Universidade Federal do Maranhão-UFMA.
- Anjos, A. et al. (2020):** *A Mineração Em Terra Indígena Com Nome, Sobrenome e CNPJ. El País*. Recuperado de: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-03-02/a-mineracao-em-terra-indigena-com-nome-sobrenome-e-cnpj.html?fbclid=IwAR2GYXvbOmnOFQlIkWPHIGC2K3UAMX2tb8fCSUNzieDeT04Lh3jDVKFnSak> (March 5, 2020).
- APIB, Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, Conselho Indigenista Missionário CIMI, and Associação Nacional dos Servidores da Fundação Nacional do Índio ANSEF (2012):** *Manifesto Contra Portaria 303 Da AGU*.
- Apina**
 2007 *Prioridades Dos Wajãpi Para 2007*.
 2008 *Prioridades Dos Wajãpi Para 2008*.

19 Para obter mais informações sobre os desafios e obstáculos na implementação do DCCLPI no Brasil, veja (Joca 2020; Rojas Garzón et al. 2016).

- Apina, Conselho Das Aldeias Indígenas Wajãpi:** *Apina Conselho das Aldeias Indígenas Wajãpi*. Recuperado de: <https://www.apina.org.br/index.html>
- Apina:** *Quem São Os Wajãpi. Apina*. Recuperado de: <https://www.apina.org.br/wajapi.html> (April 1, 2020b).
- Apina e Apiwata (2005):** *Como é Nosso Jeito de Viver e Como Planejamos Nosso Futuro*.
- Apina, Awatac, Apiwata e Iepé (2012):** *Mosikoa'y Rã Kô Plano de Ação Wajãpi*.
- Apina, Awatac e Iepé (2017):** *Plano de Gestão Socioambiental Terra Indígena Wajãpi*.
- ATIX (2019):** *A Aplicação Do Protocolo de Consulta Do TIX No Caso Do Licenciamento Da BR 242 e FICO*. Recuperado de: <https://ox.socioambiental.org/sites/default/files/ficha-tecnica//node/177/edit/2019-06/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20ATIX%20-%20BR%20242%20e%20FICO%20-%20sem%20v%C3%ADdeo-convertido.pdf> (July 22, 2020).
- Azevedo, R. (2019):** *Território Dos 'Flutuantes': Resistência, Terra Indígena Mura e Mineração de Potássio Em Autazes (AM)*. Universidade Federal do Amazonas.
- Borges, T., Branford, S. e Torres, M.**
- 2019a *Amazon's Mura Indigenous Group Demands Input over Giant Mining Project*. Mongabay. Recuperado de: <https://news.mongabay.com/2019/12/amazons-mura-indigenous-group-demands-input-over-giant-mining-project/> (January 10, 2020).
- 2019b *Mega-Mining Project Slated for Brazilian Amazon Sparks Controversy*. Mongabay. Recuperado de: <https://news.mongabay.com/2019/12/mega-mining-project-slated-for-brazilian-amazon-sparks-controversy/> (March 22, 2020).
- Brito, J. (2020):** *Protocolo Autônomo de Consulta Do Povo Indígena Krenak: Uma Releitura de(s)Colonial e Intercultural Da Constituição de 1988*. Master's Thesis. Universidade do Estado do Amazonas - Escola Superior de Ciências Sociais - PPGDA.
- Caporrino, B. (2020):** *Dos Que Flecham Longe: O Protocolo de Consulta e Consentimento Wajãpi*. Universidade Federal do Amazonas. Recuperado de: <https://tede.ufam.edu.br/handle/tede/7735> (March 24, 2020).
- Chaves, K., e Angelita Matos Souza (2018):** *De Belo Monte a Belo Sun, o Pará Como Espaço de Espoliação & Exceção: O Caso Da Resistência Yudjá*. In Universitat de Barcelona, Barcelona.
- CIMI (2019):** *Linhão de Tucuruí: TRF1 Decide Que Consulta Aos Indígenas é Indispensável Para Concessão de Licença*. Conselho Indigenista Missionário. Recuperado de: <https://cimi.org.br/2019/06/linhao-de-tucuru-i-trf1-decide-que-consulta-aos-indigenas-e-indispensavel-para-concessao-de-licenca/> (July 25, 2020).
- Coordenação Geral de Licenciamento Ambiental CGLIC (2019):** *Funai No Licenciamento Ambiental*. Recuperado de: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/licenciamento-ambiental/documentos/audiencias-publicas/26-06-19-rodrigo-bulhoes> (December 7, 2019).
- Cruz, E. (2020):** *Ministro Diz Que Licença Do Linhão Manaus-Boa Vista Deve Sair Em Abril*. Agência Brasil. Recuperado de: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-02/ministro-diz-que-licenca-do-linhao-manaus-boa-vista-deve-sair-em-abril> (July 25, 2020).
- Cunha, M., e Barbosa S. (Eds.) (2018):** *Direitos Dos Povos Indígenas Em Disputa*. São Paulo: UNESP.
- Diário do Amapá (2018):** *MPF Participa de Consulta Prévia Aos Wajãpi Sobre Mudanças Em Assentamento e Na Floresta Estadual Do Amapá*. Diário do Amapá. Recuperado de: <https://www.diariodoamapa.com.br/cadernos/cidades/mpf-participa-de-consulta-previa-aos-wajapi-sobre-mudancas-em-assentamento-e-na-floresta-estadual-do-amapa/> (June 2, 2020).
- EJA (2020):** *Extension of Tucuruí Transmission Line to Roraima, Brazil*. Environmental Justice Atlas. Recuperado de: <https://ejatlas.org/conflict/extension-of-tucuru-i-transmission-line-to-roraima-brazil> (July 20, 2020).
- Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples. (2018):** *Free, Prior and Informed Consent: A Human Rights-Based Approach - Study of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples. United Nations Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*. Recuperado de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/245/94/PDF/G1824594.pdf?OpenElement> (July 16, 2019).
- Farias, E.**
- 2017 *Justiça Anula Licença de Obra de Linhão Na Terra Dos Waimiri Atroari*. Amazônia Real. Recuperado de: <https://amazoniareal.com.br/justica-anula-licenca-de-obra-de-linhao-na-terra-dos-waimiri-atroari/> (July 26, 2020).

- 2019 *MPF Vai Questionar Na Justiça Decisão Que Torna Linhão Do Tucuruí Questão de 'Interesse Nacional*. Amazônia Real. Recuperado de: <https://amazoniareal.com.br/mpf-vai-questionar-na-justica-decisao-que-torna-linhao-do-tucuru-questao-de-seguranca-nacional/> (January 11, 2020).
- 2014 *Wajãpi Apresentam Iniciativa Pioneira de Consulta*. Funai. <http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/2954-wajapi-apresentam-iniciativa-pioneira-de-consulta> (June 1, 2020).
- 2015 *Relatório de Gestão Do Exercício de 2014*. Brasília: Funai.
- 2016 *Relatório de Gestão Do Exercício de 2015*. Brasília: Funai.
- 2017 *Relatório de Gestão Do Exercício de 2016*. Brasília: Funai.
- 2018a *Relatório Anual de Gestão 2018*. Brasília: Funai.
- 2018b *Relatório de Gestão de Exercício de 2017*. Brasília: Funai.
- 2019a *Governo Prossegue No Cumprimento Do Protocolo de Consulta Waimiri Atroari*. Fundação Nacional do Índio. <http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/5762-governo-prossegue-no-cumprimento-do-protocolo-de-consulta-waimiri-atroari> (December 20, 2019).
- 2019b *Presidente Marcelo Xavier Estreita Relações Com Os Waimiri Atroari Em Visita a Terra Indígena*. FUNAI. <http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/5638-presidente-da-funai-reafirma-compromisso-de-respeito-a-protocolo-de-consulta-em-visita-aos-waimiri-atroari> (March 22, 2020).
- 2019c *Relatório Anual de Gestão 2019*. Brasília: Funai.
- 2020 *Ata de Videoconferência Realizada Em 22 de Março de 2020 Emitida Pela Funai*. https://ox.socioambiental.org/sites/default/files/ficha-tecnica//node/142/edit/2020-04/Memoria_videoconferencia_20_03_20.pdf (July 23, 2020).
- Gallois, Dominique Tilkin (2011):** *Terra Indígena Wajãpi: Da Demarcação Às Experiências de Gestão Territorial*. Amapá: Iepé.
- Garzón, Biviany Rojas (2019):** *The Juruna (Yudjá) People's Protocol: A Response to a Hard-Learned Lesson*. In *Free Prior Informed Consent Protocols as Instruments of Autonomy*, (Eds). Cathal Doyle, Andy Whitmore, and Helen Tugendhat. Köln: Institut für Ökologie und Aktions-Ethnologie (INFOE) e. V., 32–46.
- Garzón, B., Yamada, E. e Oliveira, R. (2016):** *Direito à Consulta e Ao Consentimento de Povos Indígenas, Quilombolas e Comunidades Tradicionais*. Washington, D.C; São Paulo: DPLF, RCA.
- Glass, V. (Ed) (2019):** *Protocolos de Consulta Prévia e o Direito à Livre Determinação*. São Paulo: Rosa Luxemburgo.
- Gomes, J. et al. (2019):** *Protocolos de Consulta e Consentimento Prévio: Ideias Para a Elaboração de Protocolos de Consulta Prévia, Livre e Informada e de Consentimento*. Pará: FASE.
- Governo Federal (2015):** *Elaboração de Processos Para a Consulta Prévia Da Convenção 169 Da Organização Internacional Do Trabalho*. Recuperado de: <http://governoaberto.cgu.gov.br/a-ogp/planos-de-acao/2o-plano-de-acao-brasileiro/secretaria-geral-da-presidencia-da-republica/elaboracao-de-processos-para-a-consulta-previa-da-convencao-169-da-organizacao-internacional-do-trabalho> (December 7, 2019).
- Grupioni, L.**
- 2017a *Elaborações Indígenas Do Direito de Consulta No Brasil*. In *Povos Indígenas No Brasil 2011/2016*, (Eds.) Fany Ricardo and Beto Ricardo. Instituto Socioambiental.
- 2017b *Elaborações Indígenas Do Direito de Consulta No Brasil*. In *Povos Indígenas No Brasil 2011/2016*, (Eds.) Fany Ricardo and Beto Ricardo. Instituto Socioambiental.
- Hirata, T. (2019):** *Ferrogrão Será Alvo de Ação de Índios Contrários à Ferrovia Que Ligará Sinop a Porto No PA*. Folha de São Paulo. Recuperado de: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/02/ferrograo-sera-alvo-de-acao-de-indios-contrarios-a-ferrovia-que-ligara-sinop-a-porto-no-pa.shtml> (July 23, 2020).
- Iepé**
- 2017 *Protocolo de Consulta e Consentimento Dos Wajãpi Orienta Consulta Com Órgãos Governamentais*. UC Socioambiental. Recuperado de: <https://uc.socioambiental.org/noticia/178516> (June 2, 2020).
- 2019 *Do Protocolo Wajãpi à Consulta Prévia*. Amapá. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=mtRjVeYGLEM&t=482s> (July 16, 2019).
- 2020 *Wajãpi*. Instituto de Pesquisa e Formação Indígena-Iepé. Recuperado de: <https://www.institutoiepe.org.br/area-de-atuacao/povos-indigenas/wajapi/> (June 28, 2020).
- Instituto Kabu (2019):** *Kayapó-Menkragnoti Consultation Protocol*. <https://www.youtube.com/watch?v=t4CHp4-Nf4Uo> (April 25, 2020).

Instituto Socioambiental-ISA

- 2018 “Wajãpi.” *Povos Indígenas no Brasil*.
<https://pib.socioambiental.org/en/Povo:Waj%C3%A3pi> (April 1, 2020).
- 2019a Governo Reconhece Obrigação de Consultar Povos Indígenas Do Xingu. Socioambiental. Recuperado de: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/governo-reconhece-obrigacao-de-consultar-povos-indigenas-do-xingu> (July 16, 2019).
- 2019b *Xinguanos Entregam Ao Governo Plano de Consulta Inédito*. Socioambiental. Recuperado de: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/xinguanos-entregam-ao-governo-plano-de-consulta-inedito>.
- 2020 *Terra Indígena Wajãpi*. Terras Indígenas no Brasil. <https://terrasindigenas.org.br/pt-br/terras-indigenas/3901> (September 28, 2020).

Joca, P. (2020): *Politics of FPIC in Brazil*. Columbia Center on Sustainable Investment | Columbia Law School | The Earth Institute, Columbia University.

Joca, P., e Nóbrega, L. (2017): *Among Recoveries and Self-Demarcations: Indigenous Struggles for Natural Resources, Territories, and Rights in Brazil*.

Julião, C. (2018): *Os Povos Indígenas e o Estado Brasileiro: A Luta Pelo Território e o Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado a Partir Das Leis*. Museu Nacional.

Kaxuyana, A. (2017): *Protocolos de Consulta de Diferentes Povos Indígenas Na Amazônia São Instrumentos de Luta Pelos Direitos*. Entrevista Com Angela Amankawa Kaxuyana” ed. Shkrada Resk.

Members of the Pariri Indigenous Association and Ipereğ Ayü Movement (2017): *A Government of Death Is Plundering Our Ancient Munduruku Lands. Help Us Stop It*. The Guardian. Recuperado de: <https://www.theguardian.com/global-development/2017/apr/25/a-government-of-death-is-plundering-our-ancient-munduruku-lands-help-us-stop-it-brazil-amazon>.

Ministério das Relações Exteriores (2012): *Seminário Convenção 169 Da OIT: Experiências e Perspectivas – Brasília, 8 e 9 de Março de 2012*. Itamaraty. Recuperado de: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/2974-seminario-convencao-169-da-oit-experiencias-e-perspectivas-brasilia-8-e-9-de-marco-de-2012> (December 7, 2019).

Miragaia, M. e Caram, B. (2019): *Ministro Da Infraestrutura Anuncia a Concessão de Três Novas Ferrovias*. Recuperado de: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/01/ministro-da-infraestrutura-anuncia-a-concessao-de-tres-novas-ferrovias.shtml> (July 23, 2020).

Molina, L. (2017): *Terra, Luta, Vida: Autodemarcações Indígenas e Afirmação Da Diferença*. Dissertação de Mestrado em Antropologia Social. Universidade de Brasília.

Montambeault, F., Lima, L. e Joca, P.: CPLE et Protocoles de Consultation Autochtones Au Brésil : Trajectoires Comparées. Recherches amérindiennes au Québec.

Monteiro, I.

- 2015 Protocolos Comunitários: Multiculturalismo Em Foco. *Amazônia em Foco* 4(6), 34–48.
- 2018 *Qual Desenvolvimento? O Deles Ou o Nosso? : A UHE de Belo Monte e Seus Impactos Nos Direitos Humanos Dos Povos Indígenas*. Universidade de Brasília. Recuperado de: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/34052> (December 7, 2019).

MPF

- 2019a *MPF: Audiência Define Primeiras Etapas Para Consulta Ao Povo Indígena Mura Sobre Empreendimento Em Autazes (AM)*. MPF Ministério Público Federal. Recuperado de: [imprensa/noticias-am/mpf-audiencia-define-primeiras-etapas-para-consulta-ao-povo-indigena-mura-sobre-empreendimento-em-autazes-am](https://www.mpf.mp.br/am/audiencia-define-primeiras-etapas-para-consulta-ao-povo-indigena-mura-sobre-empreendimento-em-autazes-am) (July 23, 2020).
- 2019b *MPF: Governo Federal e Funai Se Comprometem a Cumprir Protocolo de Consulta Dos Waimiri Atróari Em Obra Do Linhão*. MPF Ministério Público Federal. Recuperado de: <http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/noticias-am/mpf-governo-federal-e-funai-se-comprometem-a-cumprir-protocolo-de-consulta-dos-waimiri-atroari-em-obra-do-linhao> (July 13, 2020).
- 2019c *MPF: Povo Mura Entrega Protocolo de Consulta à Justiça Federal No Amazonas*. MPF Ministério Público Federal. Recuperado de: <http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/noticias-am/mpf-povo-mura-entrega-protocolo-de-consulta-a-justica-federal-do-amazonas> (July 21, 2020).

Nobrega, C. (2019): *Alessandra Munduruku: ‘Empreendimentos São Instalados Dentro Da Nossa Casa e Somos Os Últimos a Saber*. Mongabay. Recuperado de: <https://brasil.mongabay.com/2019/11/alessandra-munduruku-empreendimentos-sao-instalados-dentro-da-nossa-casa-e-somos-os-ultimos-a-saber/> (July 21, 2020).

Oliveira, R.

- 2016 *A Ambição Dos Pariwat: Consulta Prévia e Conflito Socioambiental*. Universidade Federal do Pará.
 2019 *Os Protocolos de Consulta*. In *Protocolos de Consulta Prévia e o Direito à Livre Determinação*, São Paulo: Rosa Luxemburgo, 109–23.

Oliveira, R. e Losekann, C. (2015): *Deciding How to Decide: The Munduruku Indigenous Group and Political Participation in Brazil*. Open Democracy / ISA RC-47: Open Movements. Recuperado de: <https://opendemocracy.net/cristiana-losekann-rodrigo-oliveira/deciding-how-to-decide-munduruku-indigenous-group-and-political-> (September 8, 2019).

Paes, C. (2019): *Governo Federal Age Nos Bastidores Para Liberar Obras Da Linha de Transmissão Manaus-Boa Vista*. Recuperado de: <https://brasil.mongabay.com/2019/10/governo-federal-age-nos-bastidores-para-liberar-obras-da-linha-de-transmissao-manaus-boa-vista/> (July 26, 2020).

Paquicamba, Povo Juruna da Terra Indígena (2017): *Protocolo de Consulta Juruna (Yudjá) Da Terra Indígena Paquicamba Da Volta Grande Do Rio Xingu*. Brasil.

Ponsford, M. (2016): *After Dam Victory, Brazil's Munduruku Chief Appeals for Global*. Reuters. Recuperado de: <https://www.reuters.com/article/us-brazil-dam-landrights-idUSKCN10U0W2> (February 3, 2019).

Povo Juruna (2017): *Protocolo de Consulta Juruna (Yudjá) Da Terra Indígena Paquicamba Da Volta Grande Do Rio Xingu*.

Povo Kayapó-Menkragnoti (2019): *Protocolo de Consulta Dos Kayapó-Menkragnoti Associados Ao Instituto Kabu*.

Povo Munduruku

2014 *Protocolo de Consulta Munduruku*. Recuperado de: <https://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/07/Protocolo-de-consulta-Munduruku.pdf> (May 4, 2020).

2014a *Protocolo de Consulta Munduruku*.

2014b *Protocolo de Consulta Munduruku*. Recuperado de: <https://rca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/munduruku-final-2.pdf>

(September 6, 2019).

Povo Mura (2019a): *Protocolo de Consulta e Consentimento Do Povo Indígena Mura de Autazes e Careiro Da Várzea, Amazonas*.

Povo Panará (2019): *Protocolo de Consulta Do Povo Panará*. Guarantã do Norte, Mato Grosso: Associação Iakíó, Rede Xingu +, Instituto Socioambiental (ISA).

Povo Waimiri Atroari (2018): *Protocolo de Consulta Ao Povo Waimiri Atroari*.

Povo Wajãpi (2014a): *Protocolo de Consulta e Consentimento Wajãpi*. Recuperado de: https://rca.org.br/wp-content/uploads/2016/01/2014_protocolo_consulta_consentimento_wajapi.pdf (September 6, 2019).

Povos do Território Indígena do Xingu (2017): *Protocolo de Consulta Dos Povos Do Território Indígena Do Xingu*.

RCA - Rede de Cooperação Amazônica

2014 *Protocolo Próprio de Consulta Wajãpi é Apresentado a Órgãos Do Governo Federal*. Terras Indígenas no Brasil. Recuperado de: <https://terrasindigenas.org.br/en/noticia/143469> (June 1, 2020).

2017 *Orientações Práticas Para a Realização de Processos de Consulta Livre, Prévia e Informada Com Base Em Padrões Internacionais de Direitos Humanos*.

2018 *Contribuições Da RCA Sobre o Direito de Consulta e Consentimento Livre Prévio e Informado Para Estudo Temático Do Mecanismos de Expertos Sobre Direitos Dos Povos Indígenas Da ONU. Sobre a Rede de Cooperação Amazônica-RCA*.

Rede GTA Grupo de Trabalho Amazônico (2015): *Metodologia Para Construção de Protocolos Comunitários*. Recuperado de: http://www.fundovale.org/wp-content/uploads/2016/04/GTA_metodologia_ONLINE.pdf?fbclid=IwAR0VBmNrJ8CcciKspKietsabrUkF68gSd-j3W_MdFNIDyqapClXwFquiFro.

Rede Xingu+ (2020): *Ofício No 06/2020 – REDE XINGU+*. Recuperado de: https://ox.socioambiental.org/sites/default/files/ficha-tecnica/node/237/edit/2020-04/Of%C3%ADcio_n%C2%BA%2006_2020_REDE%20XINGU%2B.pdf (July 23, 2020).

Schumann, C.

2018a *Competing Meanings: Negotiating Prior Consultation in Brazil*. The Journal of Latin American and Caribbean Anthropology 23(3): 541–59.

2018b *Framing Prior Consultation in Brazil Ethnographic Perspectives on Limits of Participation and Multicultural Politics*. Transcript-Verlag.

- Silva, José Afonso (2016):** *Parecer Sobre o Marco Temporal*. Recuperado de: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf.
- Silva, L.**
- 2017 *Consulta Prévia e Livre Determinação Dos Povos Indígenas e Tribais Na América Latina: Re-Existir Para Co-Existir*. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
- 2019 *Sujeitos Da Convenção n. 169 Da Organização Internacional Do Trabalho (OIT) e o Direito à Consulta e Ao Consentimento Prévio, Livre e Informado (CCPLI)*. In *Protocolos de Consulta Prévia e o Direito à Livre Determinação*, São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 47–108.
- Souza Filho, C.**
- 1998 *Autodeterminação Dos Povos e Jusdiversidade*. In *En Defensa Del Pluralismo y La Igualdad Los Derechos de Los Pueblos Indios y El Estado*, eds. Ileana Almeida and Nidia Arrobo Rodas. Quito-Ecuador: Ediciones Abya, 241–60. Recuperado de: https://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1209&context=abya_yala.
- 2019 *A Força Vinculante Do Protocolo de Consulta*. In *Protocolos de Consulta Prévia e o Direito à Livre Determinação*, Sao Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 19–46.
- Tauli-Corpuz, V. (2016):** *Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples on Her Mission to Brazil*. United Nations Human Rights Council. Recuperado de: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/country/2016-brazil-a-hrc-33-42-add-1-en.pdf> (July 16, 2019).
- Terra de Direitos (2020):** *Em Encontro de Lideranças, Indígenas Munduruku Denunciam Ameaças Do Governo e Invasões No Território*. Terra de Direitos. Recuperado de: <https://terradedireitos.org.br/noticias/noticias/em-encontro-de-liderancas-indigenas-munduruku-denunciam-ameacas-do-governo-e-invasoes-no-territorio/23232> (July 23, 2020).
- TRF-1, Tribunal Regional Federal da 1ª Região (2017):** *Ministério Público Federal versus Empresa Mineradora Belo Sun*.
- Xingu+**
- 2020a *BR-242 - Trecho: Querência-MT - Nova Ubiratã - Lotes 5 a 11*. Recuperado de: <https://xingumais.org.br/obra/br-242-trecho-querencia-mt-nova-ubirata-mt-lotes-5-11> (July 23, 2020).
- 2020b *Ferrogirão (EF-170) - Trecho: Lucas Do Rio Verde/MT - Itaituba/PA*. Xingu+. Recuperado de: <https://xingumais.org.br/obra/ferrogirao-ef-170-trecho-sinop-mt-miritituba-pa> (July 23, 2020).
- 2020c *Fico (EF-354)*. Xingu+. Recuperado de: <https://xingumais.org.br/obra/fico-ef-354-trecho-agua-boa-mt-lucas-rio-verde-mt-lotes-6-11> (July 22, 2020).
- 2020d *Mineração Coringa (Chapleau)*. Xingu+. Recuperado de: <https://xingumais.org.br/obra/mineracao-coringa-chapleau> (July 23, 2020).
- 2020e *Mineração Onça Puma*. Xingu+. <https://xingumais.org.br/obra/mineracao-onca-puma> (July 23, 2020).
- 2020f *Mineração Volta Grande (Belo Sun) - Ficha Técnica*. Xingu+. Recuperado de: <https://xingumais.org.br/obra/mineracao-volta-grande-belo-sun> (July 20, 2020).
- Yamada, E. e Oliveira, L. (2013):** *Convenção 169 Da OIT e o Direito à Consulta Livre, Prévia e Informada*. Funai/GIZ. Brasília.
- Yamada, E., Benzl, L., e Rojas, B. (2019):** *Protocolos Autônomos de Consulta e Consentimento: Guia de Orientações*. São Paulo: RCA.
- Zelic, J. (2017):** *Em Evento Inédito, Wajápi Discutem Propostas Do Inkra e IEF Que Afetam o Entorno Da Terra Indígena*. Fneei. <http://fneei.org/2017/05/19/em-evento-inedito-wajapi-discutem-propostas-do-inkra-e-ief-que-afetam-o-entorno-da-terra-indigena/> (June 1, 2020).

CAPÍTULO 5

PROTOCOLO DEL PUEBLO YAGÁN EN CHILE

Salvador Millaleo Hernández

Introducción

Durante siglos, las comunidades de todo el mundo han desarrollado y utilizado una amplia gama de protocolos, procedimientos, reglas y prácticas para guiar sus interacciones dentro de sus comunidades, entre comunidades, con actores externos y con el medio ambiente (Aguilar, 2016: 398).

Sin embargo, en el ámbito de la gobernanza global, ha sido reciente el reconocimiento de los protocolos comunitarios. Por ejemplo, el Protocolo de Nagoya, en su artículo 12.1, exige que los países apoyen el desarrollo de protocolos comunitarios. La proliferación de protocolos, por ejemplo, en el área de propiedad intelectual y conocimiento indígena es muy importante pero no sorprendente, debido a las dificultades para establecer e implementar mecanismos legales de protección que respeten el derecho consuetudinario indígena.

Los protocolos comunitarios son documentos desarrollados por las comunidades locales para registrar, entre otras cosas, información sobre sus prácticas, instituciones, derecho consuetudinario, derechos y visiones del desarrollo (Parks, 2018: 87–88). Por su parte, Bavikatte, Robinson y Oliva los definen de la siguiente manera (2015: 20):

“Una herramienta legal de convivencia desarrollada colectivamente por una comunidad. Está dirigido a aquellos que desean involucrar a la comunidad y busca articular el modo de vida, la historia, las costumbres y los procesos de toma de decisiones de la comunidad. Comienza un diálogo que va más allá de una interacción puramente instrumentalista o de valor de uso y se embarca en la construcción de una relación. A través de su protocolo comunitario, una comunidad le dice al oyente: si desea acceder a nuestras tierras, biodiversidad y conocimiento, entonces necesita escuchar nuestra historia, debe comprender qué significan estas cosas para nosotros, cuáles son nuestros valores y cómo tomamos decisiones.”

Natural Justice se ha referido a los protocolos bioculturales, el cual lo ha definido como, “generalmente determinado por una comunidad autodefinida con una conexión cercana a un territorio específico o área que es la base de su identidad, cultura, idioma y formas de vida. Dicho protocolo es documentado, desarrollado y utilizado de manera participativa por esa comunidad y, en su caso, con el apoyo de organizaciones confiables y de larga data. Son diseñados para promover el reconocimiento apropiado y el apoyo para comunidades específicas y sus formas de vida habituales y administración de su territorio o área. Están basados en valores, estándares, procedimientos, derechos y responsabilidades establecidos en las leyes y políticas consuetudinarias, nacionales e internacionales” (Schrumm & Jonas, 2012: 14).

Estos protocolos han sido desarrollados para enfrentar la creciente amenaza de decisiones que impactan los territorios de las comunidades. Según Makagon et al. (2016: 3), “los pueblos indígenas y las comunidades locales pueden verse profundamente afectados por los efectos de las políticas nacionales y los proyectos de desarrollo. A menudo, las decisiones relacionadas con estas políticas y proyectos se toman sin aportes significativos de las comunidades que tendrán los impactos más directos. Esta falta de participación en la planificación e implementación de proyectos puede llevar a una serie de problemas, incluidas graves violaciones de los derechos humanos.”

El proceso de desarrollo y uso de un protocolo comunitario involucra reflexión y deliberación colectiva, documentación y comunicación participativa, empoderamiento legal y movilización social. Los protocolos pueden servir como plataforma para hacer valer los derechos según el derecho consuetudinario, nacional e internacional. En este sentido, puede corresponder al ejercicio y generación de contenido del derecho de autodeterminación. Este es el caso de los pueblos indígenas.

Los protocolos corresponden a desarrollos híbridos, que recuperan las normas consuetudinarias de los propios sistemas normativos de las comunidades en cuestión, pero que los vinculan con las normas jurídicas estatales y del derecho internacional. Esto constituye un proceso de traducción recíproca, donde los principios desarrollados en el derecho internacional apoyan la validez de los protocolos ante el derecho estatal interno, las cuales a la vez son desarrolladas en los protocolos ante la insuficiente en los contenidos o en la aplicación de las reglas estatales. El propósito de los protocolos implica, en este sentido, siempre una doble función, proveyendo una articulación normativa de la comunidad y procurando su proyección hacia agentes externos, para regular la relación de la comunidad con ellas. En general responden a una intervención externa que busca ayudar a la comunidad a enfrentar otras amenazas o problemas. El rol que cumplen en la regulación de las relaciones con agentes externos puede ser defensivo o aspiracional. En el primer sentido, los protocolos procuran defender a las comunidades respecto a agentes, a menudo económicos, que quieren acceder a recursos valiosos dentro de los territorios comunitarios. En el segundo sentido, pueden servir como una herramienta de desarrollo propio de las comunidades.

Los protocolos comunitarios constituyen un repertorio de contenciosidad disponible para la acción colectiva de las comunidades frente a amenazas de agentes externos (Park, 2020: 155). Como tales, promueven un proceso de entendimiento, acuerdo cooperativo y traducción

entre sí de las diferentes visiones involucradas. Para ello, debe ser posible un diálogo significativo entre las comunidades y los agentes externos concernidos, de modo que, cuando una comunidad no tenga expectativas razonables de que se pueda lograr dicho diálogo intentará otro repertorio de acción colectiva.

El objetivo de los protocolos es proporcionar la base para el diálogo con actores externos al explicar cómo las comunidades toman decisiones, sus objetivos y creencias y otros asuntos. Así es como los protocolos ofrecerían un poder compensatorio para las comunidades en relaciones, a menudo, de un gran desbalance de poder.

Cada protocolo comunitario será único para la comunidad que lo desarrolla. Sin embargo, se ha tratado de identificar elementos comunes en los procesos de su elaboración.

Los protocolos se refieren a menudo a: respetar ciertas formas de comportamiento, establecer nuevos tipos de relaciones, crear nuevas formas de negociación, fomentar una mejor comprensión, compartir ideas y experiencias, establecer términos de propiedad impulsados por la comunidad. A menudo, los procesos de protocolos comunitarios abordan uno o más de los siguientes elementos:

- La identidad de la comunidad, la historia de origen y los valores y normas fundamentales.
- Relaciones entre cultura, idioma, espiritualidad, leyes consuetudinarias, prácticas de uso de recursos, conocimiento tradicional y sus territorios y áreas.
- Instituciones consuetudinarias, procesos de toma de decisiones, procedimientos de ingreso a la comunidad y otros aspectos del autogobierno.
- Desafíos y preocupaciones y cómo la comunidad preferiría abordarlos
- Planes y prioridades de desarrollo definidos localmente
- Derechos y responsabilidades específicos en los usos consuetudinarios, estatales y el derecho internacional
- Convocatoria a otros actores.

Para Makagón (2017), podemos distinguir tres fases en la construcción de los protocolos comunitarios:

- Comienzo: el proceso comienza con el concepto de protocolos comunitarios que se introducen en una comunidad que podría ser útil para abordar sus necesidades particulares. Las necesidades de la comunidad podrían ser defensivas o aspiracionales.
- Debate Interno: luego, la comunidad se someterá a un proceso para decidir si desean desarrollar un protocolo. Si así lo deciden, el proceso pasa a una fase de reuniones. Esto supone el intercambio y compartición de información, generando estímulos para la diagnosis participativa de la situación de la comunidad que se quiere procesar mediante la elaboración de un protocolo. Aquí jugará un rol central, la determinación del marco normativo estatal e internacional que es aplicable a los problemas que son relevados en las discusiones.

- Elaboración: si hay acuerdos en la necesidad y contenidos, puede elaborarse un protocolo, el cual es hecho de alguna manera público, para que sea conocido por parte de los actores externos, tanto aquellos que se quiere regular, como los agentes estatales y/o internacionales.

Park (2020: 73 y ss), ha desarrollado un modelo de cuatro elementos para una análisis comparativo de protocolos comunitarios. Si bien, Louise Park se concentra en los protocolos de participación de beneficios, estas dimensiones tienen, a nuestro parecer un alcance general:

- Reconocimiento, entendido de varias maneras en relación con los actores externos y dentro de las propias comunidades. Se trata de reconocimiento de actores externos a la comunidad, no es solo el reconocimiento formal (político o legal) de las autoridades, sino también en modos más informales, de las formas de vida, los conocimientos tradicionales o las cosmovisiones de las comunidades. También el reconocimiento al interior de las comunidades es un tema central, y a menudo se refiere al valor y la voz dada a los diferentes grupos dentro de las comunidades. Este reconocimiento interno de la diversidad resulta clave para evitar percepciones de la captura por una la élite comunitaria y para elaborar protocolos efectivos.
- Apoyo de actores no estatales y la organización de comunidades como necesario para que las comunidades comiencen a alcanzar sus objetivos en un sentido práctico. La variedad de actores que brindan apoyo, su proximidad geográfica y presencia en las comunidades, y la duración de las relaciones, tienen cierta influencia en el progreso realizado para asegurar los objetivos de las comunidades. Por su parte, los modelos de organización comunitaria afectan los procesos dependiendo de cuán organizada sea la comunidad. Cuanto más organizada jerárquica y formalmente la comunidad, más progreso se logra hacia los objetivos establecidos de la comunidad.
- Gobernanza y las garantías procesales: todos los casos tienen lugar en contextos complejos, y esta complejidad se traduce en la necesidad de que los actores externos garanticen las condiciones para los procedimientos de manera que las comunidades pueden actuar para asegurar sus objetivos.
- Distribución de beneficios no monetarios y la visión de la distribución de beneficios como un proceso: las comunidades no enmarcan la distribución de beneficios como un resultado, evento o contrato, sino como un proceso continuo de comprensión y diálogo recíproco, donde las definiciones de beneficios necesariamente cambian con el tiempo a medida que evolucionan las necesidades de la comunidad.

1. Consulta previa y autodeterminación

La consulta previa no es solo un derecho procesal de participación o toma de decisiones, sino que está unida íntimamente con el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas.

Ahora bien, el destino de las consultas indígenas en América Latina ha sido la reducción de su relevancia y alcance, ya sea por las regulaciones legales o administrativas de implementación o las debilidades de la ejecución práctica de los procesos de consulta. La consulta ha experimentado un vaciamiento de sentido respecto de sus finalidades como uno de los instrumentos de la autodeterminación indígena. Alguna parte de ello también ha tenido que ver con que los Estados han abdicado de conducir las consultas indígenas y han permitido que sean asumidas por las empresas que llegan a acuerdos previos con comunidades, no garantizando la ausencia de manipulación y mala fe, así como la transparencia, completitud y efectividad de la información, así como la equidad de los acuerdos alcanzados.

Desde la perspectiva de la Declaración de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas de 2007, la consagración de los derechos de participación, consulta y consentimiento de los pueblos indígenas, constituyen una operativización de la autodeterminación en cuanto a la relación de las comunidades con agentes externos.

Considerando que mantener y desarrollar las instituciones internas, incluidas las estructuras internas de gobierno y toma de decisiones, es fundamental para el derecho a la autodeterminación, los pueblos indígenas involucrados a través de los procesos de consulta previa deben disfrutar del derecho a participar a través de las instituciones propias, de su elección y diseño. El control indígena y la aceptación de las instituciones representativas, incluidas las que representan a los pueblos indígenas durante las negociaciones con los proponentes del proyecto es una derivación necesaria de la autodeterminación. Precisamente aquí es donde se manifiesta que la autonomía, como la mayor realización de la autodeterminación (art. 4º de la Declaración), cobra mayor importancia para determinar, desde la autoridad de control indígena, los aspectos de los procesos de consulta para que cumplan los objetivos de la autodeterminación.

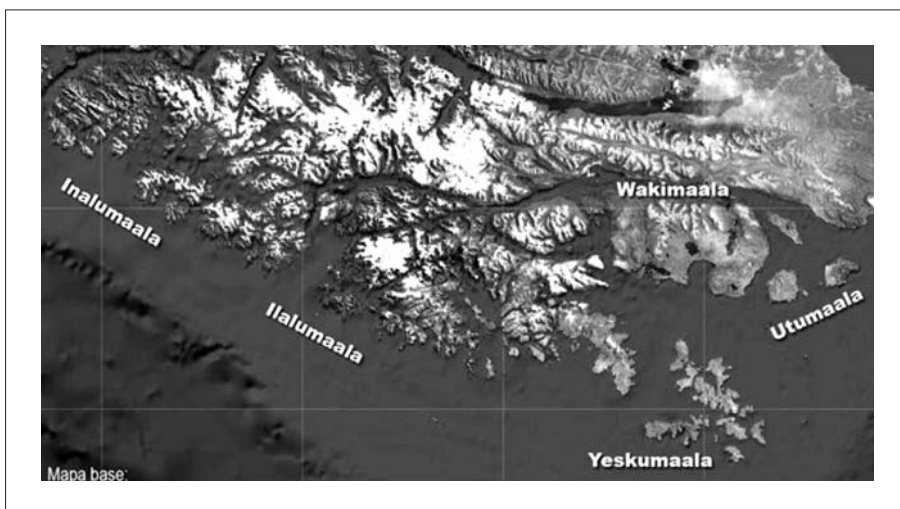
2. Pueblo y maritorio Yagán

El Pueblo Yagán es quizás el pueblo más austral del mundo (Pérez, 2014: 60). De acuerdo al censo de 2017, se autoidentifican como Yaganes, 1.600 personas. El etnónimo del Pueblo Yagán es una atribución que hicieron los europeos en sus encuentros. La palabra “Yagán” se originaría en la abreviación de “Yashgashaga”, denominación indígena de un sector en la bahía de Murray, el cual habría sido abreviado por Thomas Bridges, misionero anglicano.

Martín Gusinde usaba el concepto Yámana. Según Gusinde, Yámana significa “nuestro pueblo”, palabra con la cual se autodesignaban (1951: 118). Sin embargo, de acuerdo con el lingüista Oscar Aguilera, esta palabra se refiere en su lengua al “hombre”, pero no como concepto genérico, sino que referido a los varones y opuesto a *Kippa* o *xippa*, Mujer. Por esa razón, este concepto es rechazado por el Pueblo Yagán en la actualidad (Aguilera, 2000: 234).

Existen 5 subdivisiones en el Pueblo Yagán (Ibíd.; Comunidad Yagán et al., 2019, p. 14): *Inalimaala*, *Llumaala*, *Yeskumaala*, *Wakimaala*, *Utumaala*. Entre estas cinco parcialidades había intercambios, aunque se verificaban en ocasiones extraordinarias. Dentro de cada par-

Mapa 1 – Identidades yagán



Fuente: Comunidad Yagán et al., 2019: 14.

cialidad, los grupos tenían posibilidades de movimiento ilimitado. Estas 5 subdivisiones tenían expresión en una distribución dialectal. Sin embargo, no tenían una mayor importancia, ya que los grupos no se aventurarían en el territorio de otros grupos, excepto por razones económicas: buscar comida, compartir una ballena varada, intercambiar bienes o recolectar corteza para fabricar canoas, materiales (piedras) para hacer fuego, etc. Los cinco grupos de dialectos se subdividieron en grupos locales, que estaban interrelacionados en base al parentesco de sangre o el matrimonio. Cada subgrupo tenía su propio territorio y nombre, derivado del lugar en el que vivía (Martín Gusinde Museum, 2008: 15).

Las parcialidades territoriales, son descritas por el historiador Mateo Martinic de la siguiente manera (2005, p.19):

- *Wakimaala*: la gente que habitaba el distrito más favorable y poblado en ambas bandas del Beagle desde Yendegaia hasta la longitud de Puerto Róbal en Navarino y el Murray en toda su extensión, incluyendo el fiordo Ponsonby de la isla Hoste.
- *Utumaala*: los canoeros que habitaban al oriente desde Puerto Williams y la isla Gable hasta el grupo de Picton, Lennox y Nueva.
- *Inalumaala*: cazadores bravíos y temidos del occidente. que deambulaban por ambos brazos del canal Beagle desde punta Divide hasta el Brecknock.
- *Ilalumaala*: habitantes del frente oceánico sudoccidental y de las correspondientes aguas interiores, desde la bahía Cook hasta el Falso Cabo de Hornos.
- *Yeskumaala*: poblaban el archipiélago del Cabo de Hornos.

El hábitat ancestral del Pueblo Yagán consiste en las isla Navarino e Islas del Cabo de Hornos, así como la costa norte del Canal del Beagle. Esta zona está estructurada hoy en día dentro del Estado de Chile como comuna de Cabo de Hornos. Su hábitat iba desde el Canal Beagle hasta el Cabo de Hornos, centrándose en las costas, islas y aguas al sur de la península de Brecknock, colindando con los espacios del Pueblo Kawasqár por el oeste.

El aislamiento geográfico y complejidad de acceso a la isla Navarino y el Archipiélago del Cabo de Hornos, han contribuido a que sus ecosistemas marinos y terrestres representen uno de los pocos sistemas insulares del planeta que permanece en gran medida libre de impactos humanos directos. Este relativo aislamiento ha protegido el desarrollo de una rica biodiversidad, permitiéndole ser el hábitat de los bosques más australes del mundo, con un área extensa de bosques templados, esto es, los bosques magallánicos sub-antárticos o subpolares, conformándose en un gran pulmón para el planeta (Rozzi et al., 2005). A esto se suma su condición como “*cumbre sur*” del continente americano, hito biogeográfico mundial, al compartir ambas áreas un clima riguroso y constituir “referencias geográficas que definen la topografía del globo terrestre y no tienen réplica alguna en el mundo entero” (Rozzi et al., 2005: 3).

De acuerdo a Gusinde (1951: 118), los Yaganes:

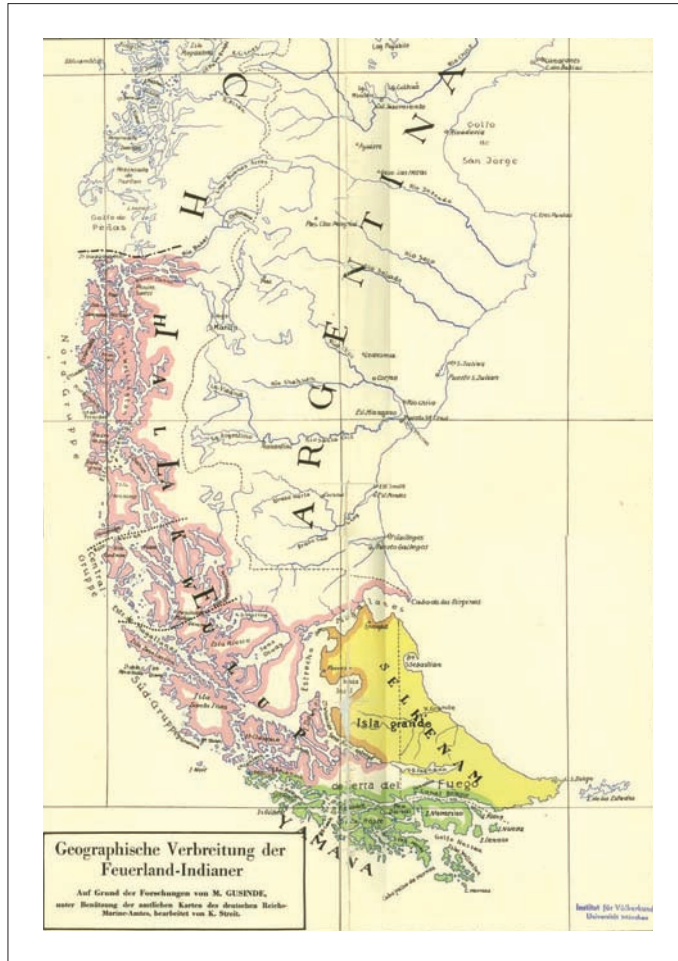
“... dominan todo el litoral e islas situados entre la costa norte del Canal de Beagle y las rocas del Cabo de Hornos. Dicho con más exactitud: constituye la frontera norte para los Yámanas la ancha faja de tierra situada al sur de la Isla Grande de la Tierra del Fuego, entre la bahía Aguirre al este y la salida occidental del Canal de Beagle por la península de Brecknock. Cinco grupos, que sólo en raras ocasiones se han relacionado entre sí, se han ido separando unos de otros con exactos límites geográficos. Cada familia aislada sabía orientarse perfectamente en el laberinto de islas de su estrecha patria, moviéndose a lo largo de sus costas con sus canoas; sólo en caso de extrema necesidad se aventuraban a penetrar en el interior de las islas. Ningún indicio pone de manifiesto que hayan vivido allí antes otros indígenas. Nuestros Yámanas son los primeros y únicos pobladores del archipiélago del Cabo de Hornos y, por ello, los habitantes más meridionales de la tierra.”

Estos parajes fueron habitados desde hace más de 7 mil años. En particular, la localidad de Imiwaia – al norte del Canal Beagle – tiene evidencias de ocupación desde hace 7.840 años. Según algunos estudios el Sitio Imiwaia 1 tiene evidencias de poblamiento por grupos cazadores recolectores desde el holoceno temprano (Caruso et al., 2017).

Su forma de vida se caracteriza por la caza y la recolección. Pasaban gran parte de su vida arriba de su *anan* (canoa de corteza de árboles) o en pequeños y precarios campamentos de chozas de pieles y armazón de palos a orillas del mar. Se organizaban en bandas entrelazadas por parentesco y estas bandas se distribuían por las costas de los diferentes sectores de pesca y caza.

Las actividades de caza les proporcionaban una gran seguridad alimentaria, mediante la caza de los lobos marinos y de las nutrias, lo que también les proporcionaba vestimenta.

Mapa 2 – Ubicación del Pueblo Yagán en el Cono Sur



Fuente: Gusinde, M. (1931)

Los Yaganes mantuvieron una estructura social igualitaria, con una división del trabajo por roles de género (Fiore & Varela, 2009). Las mujeres eran las encargadas de bucear en las gélidas aguas de los canales australes en busca de mariscos. Los hombres buscaban leña, recolectaban bayas vegetales y cazaban lobos marinos.

Los Yaganes no tenían una autoridad superior a la del jefe de familia. La familia biológica fue la unidad política gobernante. Sus miembros tenían un profundo sentido de libertad individual, no recibiendo ningún hombre órdenes de otro (Martín Gusinde Museum, 2008: 14). Sobre la familia estaba la familia extensa, generalmente por vía de los parientes paternos, donde se ayudaban entre sí y vivían en el mismo lugar cerca de la familia del hombre (Ibíd.: 15).

Los Yaganes cazaron a los grandes cetáceos, las focas y ballenas, las nutrias y algunas especies de aves marinas, sobre todo los cormoranes y pingüinos. La recolección de huevos, la caza de aves con arco y la caza con arpón de los pingüinos y la pesca de peces mayores les proporcionaron, junto a las actividades anteriores, su subsistencia en armonía con las posibilidades de su entorno natural, estando integrados en él y desarrollando un elevado conocimiento de los espacios geográficos de los archipiélagos al sur de la Tierra del Fuego.

Una de las características principales del Pueblo Yagán fue la profunda especialización o adaptación alcanzada hacia la vida en el mar y los canales fueguinos. De acuerdo a Mateo Martinic (2005: 27):

“Viviendo como lo venían haciendo por generaciones en un medio natural muy difícil y marginal, habían desarrollado notablemente sus facultades y sentidos, con los que conseguían enfrentarse con éxito a las distintas contingencias y circunstancias por las que de ordinario debían pasar. Habían obtenido - como los otros aborígenes meridionales - un conocimiento admirable sobre la determinación del tiempo y eran excelentes observadores de la naturaleza y de sus variados hechos y fenómenos, respecto de cuya ocurrencia disponían de una satisfactoria explicación mítica o mágica. No les eran desconocidas algunas nociones astronómicas, y así sabían de los movimientos de los astros del firmamento y seguían sus distintas fases e individualizaban estrellas y constelaciones.”

Los Yaganes no tenían asentamientos fijos, sino que estaban siempre disponibles para la movilidad para buscar fuentes de alimentación. Por ello se les llamó los “nómades del mar”. Debían moverse en dicho entorno todos los días en busca de comida y para obtener los materiales que necesitaban para fabricar sus herramientas y utensilios. Para ello, las canoas le eran indispensables.

Los artefactos de navegación marítima más antiguos se fabricaron con la corteza de haya de hoja perenne. Estos fueron reemplazados más tarde por canoas de madera, a veces hechas de un solo tronco ahuecado o de tablas clavadas juntas, al estilo europeo. La canoa de corteza se fabricó con tres tiras de corteza cosidas, una para el fondo de 1,2 a 2,5 cm de grosor y otra para cada lado. Las canoas de corteza tenían entre 4 y 7 metros de largo (5 metros en promedio), aproximadamente 1 metro de ancho y 60 cm de profundidad en el punto medio. Las canoas se hicieron en primavera porque la corteza fresca y flexible estaba más disponible en ese momento.

Mientras navegaban, cada miembro de la familia ocupaba su lugar habitual: el hombre se inclinaba hacia adelante con sus dardos y arpones; en el centro se sentaron los niños alrededor del fuego y la leña; y la mujer se sentó detrás sola, remando con un solo remo. Antes de partir, los miembros de la familia ratificaban el propósito de su viaje. Todos permanecían lo más quietos posible, con el fin de evitar que la nave volcara (Museo Martín Gusinde, 2008: 20).

Su forma de ocupación del territorio y uso de los recursos de acuerdo con sus patrones culturales los representa como activadores de servicios ambientales, a partir de consideraciones cosmogónicas que regulaban las relaciones de acceso y uso de la naturaleza, las cuales consideraban como recíprocas. Su forma de vida "(...) no destruía la fauna ni los bosques y plantas, por lo que permitía que la gente permaneciera asentada, durante miles de años, en áreas circunscritas, como lo hicieron los Yagán y sus vecinos" (Chapman, 2012: 27).

Norma elemental de su convivencia era la reciprocidad y redistribución, lo que permitía relaciones de horizontalidad y una mínima jerarquización.

Los Yaganes recorrían sus territorios, vigilando para evitar una posible violación de la propiedad consuetudinaria por miembros de otra parcialidad. Se reconocía el dominio grupal sobre los recursos naturales del sector que les correspondía, salvo en el caso de la varadura de ballena, o cuando existía la necesidad de obtener bienes que se encontraban en determinados lugares, siendo entonces de acceso y aprovechamiento común y libre -como bosques con árboles de troncos apropiados para la fabricación de canoas y yacimientos de pedernal-. Sucedió lo mismo en situaciones de privación extrema, cuando una familia debía buscar alimentos donde pudiera encontrarlos. Se reconocía la propiedad común sobre los edificios ceremoniales del *laxaus* – *Chiejaus*- y el *Kina* (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, 2008: 506-507).

La llegada de los europeos, en el siglo XIX, implicó la caza de lobos marinos y ballenas, afectando a los Yaganes, los que tuvieron que asegurar su alimentación mediante la intensificación de la recolección de mariscos, la pesca y la caza de nutrias.

A pesar de que el contacto de los Yagán con europeos se remonta a 1578, después que la expedición de Francis Drake se ve arrastrada por una tempestad al sur del Cabo de Hornos, es en los últimos dos siglos que el contacto europeo impactó fuertemente sobre el Pueblo Yagán. En el siglo XVII las expediciones de los holandeses Wilhem Schouten y Jacobus Le Maire descubren oficialmente en 1616 el Cabo de Hornos. Ocho años después, Jacques L'Hermite exploró y descubrió nuevos lugares del archipiélago, y aportaron las primeras informaciones sobre los Yaganes. Desde entonces se va creando un imaginario europeo basado en relatos, dibujos y fotografías, adjudicándoles conceptos como canibalismo, primitivismo, horror u otros términos que determinaron la disposición de los exploradores posteriores (Salaazar, 2017: 59).

Con la llegada de cazadores loberos, y la toma de posesión de las tierras australes por parte de Chile el 21 de septiembre 1843, a través del Capitán inglés John Williams, se posibilitó la construcción del fuerte Bulnes y después la fundación de Punta Arenas.

A través de muchos esfuerzos de la South American Missionary Society, en 1869, logran misioneros anglicanos instalarse en la localidad de Ushuaia. Luego, los anglicanos instalan y trasladan varias misiones en diversos puntos del archipiélago, hasta que, en 1916, cierran la misión de Bahía Douglas, la última existente, al sur de la isla Navarino. En la costa norte del Canal de Beagle central se estableció en octubre de 1884, una delegación del gobierno argentino, organizando una subprefectura.

La misioneros anglicanos y la presencia estatal desarticularon la forma de vida tradicional del Pueblo Yagán, transformando el entorno en que se sustentaban y formando el asentamiento sedentario y su dependencia del capitalismo.

Los misioneros persuadieron a muchos Yaganes de instalarse en las cercanías de las misiones. A través de la entrega de alimentos e implementando un modo de vida sedentario, fueron minando la autonomía alimentaria de este pueblo y transformando sus costumbres. Para los Yaganes que se mantenían al margen de la Misión, los anglicanos instalaron nuevas misiones en lugares más alejados del archipiélago. Hacia fines del siglo XIX, llega población europea, chilena y argentina en busca de oro. El tránsito habitual de loberos y raqueros modificó definitivamente la realidad del archipiélago.

Los Yaganes sobrevivientes, tras el cierre de la Misión de la Bahía Douglas, en general se establecieron en torno al área del canal Beagle, canal Murray y seno Ponsomby. No obstante, siguieron manteniendo una alta movilidad, y continuaron navegando, dedicados a la caza de nutrias y lobos, y en excursiones junto con chilotes y otros extranjeros, desarrollando así, a lo largo del siglo XX un modo de vida semi-nómada (Comunidad Yagán et al., 2019).

A partir de 1891, la gobernación de Magallanes otorgó sucesivas concesiones provisorias de los terrenos de isla Navarino en favor de colonos particulares, como la propia Isla Navarino a favor de Pedro García y Roberto Fernández, en marzo del mismo año, la de isla Lennox a Carlos Williams. En 1896 se conceden 40 hectáreas de la isla Picton a Thomas Bridges, para que allí construyese un aserradero, la que años más tarde se extendió a toda la isla para la crianza de ganado. Para comienzos del siglo XX, las tierras ancestrales de los Yaganes tanto del sur como del norte del Beagle fueron ocupadas por extranjeros. De acuerdo a Harambour y Barrena (2019), la violencia colonial contra los Yaganes fue principalmente privada. Esta no fue coordinada por autoridades de la Iglesia católica, del Estado y del capital, como sucedió en la Tierra del Fuego contra los selknam. Tuvo más bien la forma de un terror creciente, practicado al margen de la legalidad (Ibíd.: 29).

La colonización en el sur austral no implicará la total desaparición de los pueblos canoeros, solo porque estos eran geopolíticamente marginales en relación con la industria ganadera (Harambour & Berrena, 2019: 27).

Gusinde calculaba que en el siglo XIX existían entre 2.500 y 3.000 Yaganes. Sin embargo, fueron duramente afectados por las enfermedades – tuberculosis y sarampión - que se propagaron desde las estaciones misionales. Como en ellas, se reunían los Yaganes durante casi todo y, a la vez, sobre todo en Usuahia, recalaban muchos barcos argentinos. Esto sucedió especialmente en las últimas dos décadas del siglo XIX. Los Yaganes disminuyeron hasta mediados del siglo XX a poco más de 50 personas (Gusinde, 1951: 121). La sedentarización forzada a finales del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, provocó la muerte masiva de la mayor parte de la población yagán, de manera que al final del siglo XX, no quedaban más de cien personas (Comunidad Yagán et al., 2019).

En 1953, se fundará en la isla Navarino Puerto Luisa, la actual ciudad de Puerto Williams, como una base de la Armada de Chile, con el objetivo de “chilenizar la zona” (Serrano, 2006). La Armada ejercerá su poder sobre el territorio y sobre la debilitada comunidad Yagán, tal

como antes lo habían hecho los misioneros, controlando las acciones de las familias Yaganes (Comunidad Yagán et al., 2019: 32-33).

Con la amenaza de guerra entre Chile y Argentina por el control del Canal Beagle, en 1978, la Armada de Chile tomó control de todo el maritorio de los Yaganes. Además de la llegada de numeroso personal militar, grandes espacios e islas fueron transformados en campos minados inaccesibles hasta la actualidad. Esto significó el final de la navegación tradicional y la pérdida de todos los animales que tenían aún en sus asentamientos, el cierre y término del contacto con las poblaciones de la ribera norte del canal Beagle, restricciones y controles a todas sus actividades tradicionales y el sometimiento total a la Armada de Chile para el Pueblo Yagán (Ibíd.: 34).

La mitología yagán está relacionada con la presencia de los héroes culturales y seres míticos, que son los hermanos Yoalox y su hermana. A ellos se les atribuye el conocimiento dado a los hombres sobre cómo fabricar y utilizar armas y herramientas, así como el fuego. Estas entidades que existieron en el pasado distante, crearon el mundo sobrenatural y se manifestaron en eventos y fenómenos naturales.

Los mitos cosmológicos Yaganes incluyen una historia de la gran inundación. La mujer-Luna (Hánuxa) causó la inundación porque estaba llena de odio contra el pueblo, especialmente hacia los hombres, porque habían tomado la ceremonia de la mujer secreta kina y la habían hecho propia. En ese entonces las mujeres dominaban por magia y astucia hasta que los hombres, en una reunión, decidieron hacerse cargo del mundo.

La luna cayó al mar. A consecuencia de ello, se levantó la superficie. Los únicos sobrevivientes de la inundación fueron los habitantes de la Isla Gable (frente a Puerto Williams en el canal Beagle) que se desprendió del lecho del océano y flotó sobre el mar. Pronto se sumergieron las montañas de los alrededores y los pobladores de la Isla Gable, al mirar en derredor no vieron más que océano hasta el confín del horizonte y también, dicen, el Sol se hundió en el mar. La isla se ancló de alguna manera y, cuando eventualmente apareció la luna, emergió con su carga de seres humanos, guanacos y zorros, poblando nuevamente el mundo.

Del diluvio solo unos cuantos sobrevivieron, las que estaban en cinco cumbres de las montañas. La creación de todo lo existente es Watauinewa. Esta se presenta como la deidad principal en las creencias Yaganes y era representado por el arcoiris en el cielo, el que da la vida y la quita, y el proveedor de todas las plantas y animales. Se trataba de un creador y ser bondadoso, por el cual no demostraban temor, porque no castiga, solo ayuda.

Creían en seres sobrenaturales como los temidos caníbales, los espíritus del agua *Lakúma* y el gigante *Hánnush*. Tenían muchos espíritus, unos benignos y otros malvados. Algunos de estos son: *Yetaite* (espíritu maligno de la tierra), *Ulamineska* (espíritu de las montañas y bosques), *Haniaka* (espíritu del norte), *Wongoleaku* (espíritu del mar), *Lachuwakipa* (espíritu femenino que protege la casa Kina), *Asapakaiaaka* (espíritu del cielo y del Sur), y otros (Museum Martín Gusinde, 2008: 31).

Los Yaganes tenían una concepción fundamental de vida, desde la infancia hasta la muerte, acompañaba al yagán el siguiente principio: nosotros, hombres y mujeres, ante todo debemos ser buenos y útiles a la comunidad (Moreno & Verdún, 1994: 36). Existe la creencia anti-

gua de que las almas de los muertos vuelan hacia el este y de allí en especial regresan de noche al canal Beagle, lo que los chamanes aseguran poder percibir.

Ojeda et al., han reflexionado sobre los diversos valores que tienen algunos elementos de la biodiversidad local para el Pueblo Yagán. En particular, “los moluscos habrían tenido un alto valor instrumental para el Pueblo Yagán por su uso como alimento, con fines estéticos y decorativos, elaboración de herramientas y material básico para la construcción de viviendas. También se puede identificar un valor intrínseco a los invertebrados del intermareal en la cultura yagán. Los registros etnográficos dan cuenta de una capacidad de observación, emoción y reflexión que en ocasiones implicaban un sentido ético.” (2018: 169). En el hábitat intermareal donde buscaban los moluscos, los Yaganes tenían experiencias de empatía con otros no humanos, por ejemplo, cuando encontraban una *lapa gigante del intermareal*, a quien consideraban dueña del lugar, y por tanto debían tratar con respeto (Ibíd.: 172). El Pueblo Yagán sanciona el comportamiento o hábitos como el egoísmo y promueve el sentido del respeto y empatía, valores vigentes hasta la actualidad.

El territorio yagán es concebido como un maritorio. El maritorio se refiere a un concepto que aborda dinámicas territoriales en contextos archipelágicos, de mar protegido o mar interior, donde la presencia marítima se confunde con la terrestre de manera intersticial (Álvarez et. al, 2019). El concepto se refiere al carácter dendrular de los paisajes y ecosistemas archipelágicos, en el cual las poblaciones se adecuan a las particularidades del entorno sin imponer una morfología en el habitar, de una manera transicional y no disruptiva. Se observa cómo las labores productivas, los asentamientos y la comunicación entre los habitantes se hacen similares al paisaje (Ibíd.: 118). El maritorio refleja la idea de un espacio vivido por quienes lo habitan y usan, incorporando las formas de habitar, transitar y producir de grupos culturales que se desarrollan en íntima relación con el mar y el bordemar, formando un todo indisociable (Blanco et al., 2019: 46).

Sin embargo, las empresas extractivas – pesqueras y salmoneras - de los recursos marítimos están poniendo en crisis la integración entre entorno y comunidades que supone el maritorio, disolviendo su integridad.

Hayward definirá el concepto como *acuapiélago*, entendiéndolo como “*Un conjunto de los espacios marinos y terrestres de un grupo de islas y sus aguas adyacentes “las sociedades” (...) que existen en un lugar en el que los espacios acuáticos entre y alrededor de un grupo de islas se utilizan y navegan de una manera que Está fundamentalmente interconectado y es esencial para la ocupación de la tierra por parte del grupo social y sus sentidos de identidad y pertenencia.*” (Hayward, 2012: 5).

El concepto de maritorio se ha usado en específico para referirse a los pueblos indígenas canoeros del sur austral, debido a los usos de navegación ancestral que han hecho de los espacios marítimos. Por ello, se concibe el maritorio como el espacio archipelágico en el que se congregaron las poblaciones canoeras nómades impactadas traumáticamente por la llegada de conquistadores y colonizadores europeos (Cárdenas & Grace-Hall, 1991). En la perspectiva de los pueblos nómades australes como el Kawesqár y el Yagán, el paisaje habitado y sentido no estaba separado entre tierra y mar. Por ello, Tamayo definirá el maritorio como

“territorio entre mar y bordemar que establecían las sociedades indígenas, siendo el espacio central de desarrollo cultural” (Tamayo, 2011: 15).

Ahora los Yaganes están profundamente restringidos en el uso de su maritorio. Por una parte, muchas de las prácticas de pesca, caza y extracción de mariscos, se encuentran restringidas por leyes chilenas que no consideran las particularidades de los pueblos originarios, sus formas de vida ancestrales ni las necesidades que surgen de vivir en territorios tan particulares como el territorio Yagán. Los Yagán ya no pueden cazar lobos marinos, nutrias, ni aves. Además, “la declaratoria permanente de su territorio como zona de Marea Roja también les impide mariscar bivalvos. Esto ocurre a pesar de que la mayor parte del tiempo la toxina no se encuentra presente, siendo más bien una norma preventiva ante la inexistencia de laboratorios locales que pudieran hacer más expeditos los análisis para desinfectar determinadas áreas” (Comunidad Yagán et al., 2019: 38).

Lo anterior no se vio limitado por la Declaración de Reserva de la Biósfera en 2005, pese a ser la primera de Chile que se nomina después de la Estrategia de Sevilla (1995), la cual exige una mayor integración de las dimensiones humanas en el manejo del territorio y un vínculo entre la conservación de la diversidad cultural y biológica; ni tampoco por la creación del Área de Desarrollo Indígena de Cabo de Hornos – Por Decreto N° 279 del Ministerio de Planificación, de 28 de abril de 2006.

3. Conflictos socioambientales

El conflicto socio-ambiental más relevante que ha estado vigente en los últimos años en el maritorio de los pueblos australes, incluido el Pueblo Yagán, es el que ocurre con la salmónica cultura, industria hace años presente en el sur de Chile.

Según IndexSalmon, en la región de Magallanes hay 125 concesiones ligadas a la Agrupación de Concesiones de Salmónidos.¹ A julio de 2020, ya existían 133 concesiones. Las compañías que lideran las concesiones son Nova Austral (27), luego Acuimag (26); en tercer lugar Cermaq (16); en cuarto, Acuicola Cordillera (9); en quinto, Salmones Islas del Sur y Australis (8). El resto de posiciones las ocupan Multiexport, Cámeron, Bluriver, Trusal, Salmones Alpen, entre otras.

De acuerdo a Héctor Kol, en 2012, la producción salmonífera en Magallanes era de poco más de 33 mil toneladas, equivalente a cerca del 3% de la producción nacional, en tanto que, para 2016, la cifra se incrementó a 68 mil toneladas (Kon, 2018, p.2). Esto muestra un evidente crecimiento de la industria salmonera en el Sur Austral de Chile, planteando Kol que “el crecimiento de la industria salmonera en Chile depende actualmente de su expansión geográfica hacia Magallanes”, ya que las propias consecuencias de la industria salmonera, la cual llevó ictiopatologías virales, bacterianas y parasitarias a las regiones de Los Lagos y

1 <https://laderasur.com/articulo/amenaza-de-las-salmoneras-en-canal-beagle-las-claves-para-comprender-el-conflicto/>

Aysén, produjeron una situación de colapso sanitario y ambiental que obligan a dicha industria a buscar nuevos ambientes sanos donde operar, como es el caso de la región de Magallanes en el extremo sur de Chile (Ibíd.).

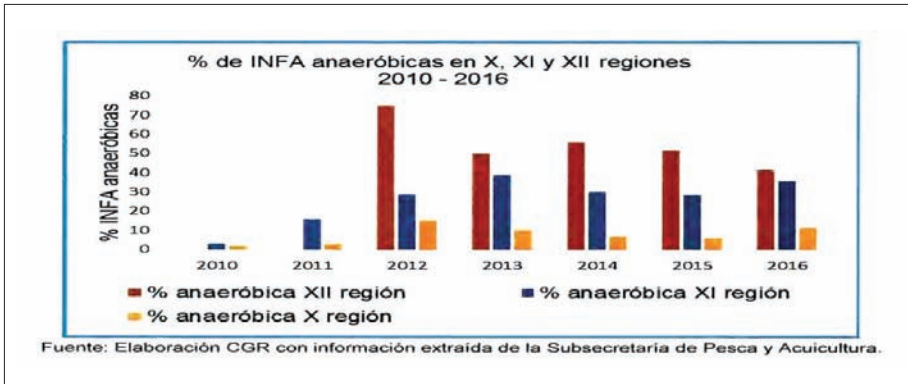
En la comuna de Cabo de Hornos existen a 2019, 32 proyectos de inversión que han requerido ingresar por el sistema de evaluación de impacto ambiental de los cuales 13 de ellos son proyectos ligados a la industria del Salmón (Recurso de Protección, rol 386-2019). En el año 2019, la Subsecretaría de Pesca reporta 139 concesiones aprobadas en la región de Magallanes, dentro de un total de 1.796 a nivel nacional. La mayoría de las concesiones se concentra en la comuna de Natales (Golfo Almirante Montt), sector Río Verde (Seno Skyring) y, en menor medida, frente a Isla Dawson. La operación de dichas concesiones está a cargo de 24 empresas de las cuales el mayor porcentaje corresponde a Nova Austral (18%), seguida de ACUIMAG (17%) y CERMAQ Chile (11%).

Según la Información de la Contraloría General de la República, determinaba que entre 2013 y 2015, en la XII Región de Magallanes existían 48 centros de actividades de cultivo acuícola. De ellas, el 53 % presentaba condiciones anaeróbicas (CGR, 2016, p.2). La condición anaeróbica implica que la capacidad de asimilar desechos se ha afectado negativamente. Esta capacidad de asimilación de desechos es la capacidad del fondo marino de procesar los desechos orgánicos de la salmonicultura.

Esto implica un detrimento evidente de las condiciones ambientales, en cuanto se traduce en la disminución del oxígeno disponible para la sustentación de los recursos hidrobiológicos. Según el citado informe, se añade que “no es posible descartar que el incremento de concesiones acuícolas en las regiones con presencia de fiordos, aumente la presión sobre los sistemas marinos por la mayor entrada de nutrientes, la producción de sedimentos, el uso masivo de productos farmacéuticos y sustancias anti-incrustantes que la industria acuícola utiliza, lo que supone una probable amenaza para las comunidades sensibles, que podrían desaparecer antes de haber sido estudiadas.” (Ibíd.)

De acuerdo al Informe IDEAL (Marín et al., 2019: 42-43), la salmonicultura desarrollada en la región de Magallanes puede casuar los siguientes impactos ambientales:

- Puede afectar negativamente los servicios de regulación al interior del ecosistema, por ejemplo, a través de su efecto sobre la composición de la trama trófica y la capacidad de procesar desechos por parte de componentes específicos de dicha trama trófica.
- La condición anaeróbica, es decir, aquella en que el servicio ecosistémico se encuentra afectado, es más frecuente que la condición aeróbica en la cual el servicio ecosistémico no se encuentra afectado.
- Existen centros de cultivo que tardan al menos cuatro años en recuperar el servicio ecosistémico de asimilación de desechos, lo cual sugiere que esas áreas son vulnerables e imponen límites a los ciclos productivos que un centro puede mantener.
- En un estado anaeróbico, las comunidades marinas afectadas serían menos diversas y con dominancia de algunas especies.

Gráfico 1 – Información Ambiental (INFA) de acuiculturas en regiones XI y XII

- Los fondos blandos en las zonas donde se emplazan los centros de cultivo tienen una tolerancia limitada a la producción de salmónidos puesto que su capacidad de degradar los desechos orgánicos producidos se ve afectada, posiblemente debido a la disminución de la diversidad de organismos bentónicos como consecuencia de los cambios en variables químicas del sedimento y la columna de agua.

Otros efectos de salmonicultura que se han considerado son:²⁻³

- Los cultivos de salmón pueden reducir hasta un 50% de la biodiversidad que habita en el sustrato marino cercano a los cultivos, y aumentar la presencia de aves carroñeras, de basura marina flotante y de antibióticos, el titular del proyecto no ha presentado información sobre la forma en que se hará cargo de estos riesgos, así como tampoco del impacto en las actividades económicas locales, considerando que los salmones pueden consumir invertebrados y peces de interés comercial, como la anchoveta, la sardina, camotillo, pejerrey o merluza de cola.
- En el caso de la Comuna Cabo de Hornos, existen ecosistemas insulares que no están afectados por especies exóticas, que se verán amenazados con los altos índices de fuga que registra la industria.
- El efecto más grande de esta industria es la emisión de nitrógeno y fósforo al sistema marino. Se estima que entre 60 mil toneladas de nitrógeno y 8 mil toneladas de fósforo pueden llegar al ambiente marino por efectos del cultivo del salmón. Estos nutrientes extras llegan al mar, lo que podría generar potenciales floraciones de algas nocivas.

2 <https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/03/29/lecciones-no-aprendidas-del-impacto-de-la-industria-salmonera-en-la-zona-austral/>

3 <https://ieb-chile.cl/noticia/antecedentes-para-la-conservacion-y-exclusion-de-la-salmonicultura-en-la-reserva-de-la-biosfera-cabo-de-hornos/>

En este contexto, es importante señalar que el Pueblo Yagán ha tratado de recuperar la pesquería tradicional de mariscos en la zona y este potencial efecto salmonero terminaría con poner una lápida en su reivindicación del acceso a la alimentación marina local.

- La salmonicultura también puede implicar la concentración de la propiedad del borde costero, con la consiguiente expulsión de los pescadores artesanales y pueblos indígenas, como se observa en la tramitación de las concesiones de acuicultura para algas, donde 95% de las solicitudes corresponden a una sola empresa (Kelp Chile Centro A).
- Otro efecto es la contaminación por antibióticos, pesticidas y basura:
 - La acuicultura del salmón chileno tiene una de las más altas tasas de consumo de antibióticos por tonelada cultivada en el mundo.
 - Hay también un uso excesivo de pesticidas para el control de parásitos de salmones (*Caligus* o piojo marino), lo que puede traer efectos en la fijación de carbono del fitoplancton.
 - El aumento de la basura marina flotante en los canales y fiordos patagónicos está correlacionado con la presencia de cultivos de salmones. La abundancia de plástico puede alcanzar desde 250 ítems diferentes de plástico por kilómetro. El 80% de la basura flotante es poliestireno expandido, que es intensamente ocupado en la industria del salmón.

En el Canal Beagle, en el hábitat del maritorio Yagán, existe un conjunto de proyectos en ejecución o esperando su aprobación. Según el mapa elaborado por Kol, existen en Navarino, a 2018, cuatro puntos geográficos con concesión acuícola otorgada, Proyecto Técnico aprobado y evaluación ambiental disponible, en tanto 3 puntos corresponden a proyectos en trámite, sin concesión acuícola aprobada y sin Proyecto Técnico aprobado, pero considerados viables por la Subsecretaría de Pesca.

En el Informe IDEAL de 2019, se observan las siguiente distribución de las concesiones acuícolas:

El Canal de Beagle se ha transformado en un área de disputa, en la cual la comunidad yagán defiende su maritorio ancestral en torno a la isla de Navarino, *Hualalanuj*. En particular, desde enero de 2019, se pareció la llegada de jaulas para salmones en la caleta de pescadores de la ciudad. Mediante esta operación, la empresa Pesquera Cabo Pilar, filial de Nova Austral, intentó reactivar concesiones de 2005 que ya se encontraban caducadas. A partir de esos sucesos, las comunidad indígena, junto a la sociedad civil, ONG, la comunidad científica y algunos organismos públicos se articuló en un rechazo a las salmoneras. En abril de 2019, el alcalde de Cabo de Hornos exigió al Servicio Medio Ambiental (SMA) la caducidad de 13 concesiones en la zona.⁴

4 <http://www.ovejeronoticias.cl/2019/04/alcalde-de-cabo-de-hornos-solicito-la-caducidad-de-trece-concesiones-salmoneras-emplazadas-en-la-reserva-de-la-biosfera-y-territorio-Yagan/>

Mapa 3 – Concesiones Acuícolas en Canal Beagle

- Íconos y polígonos rojos: proyectos con concesión acuícola otorgada, Proyecto Técnico aprobado y evaluación ambiental disponible.
- Íconos y polígonos verdes: proyectos en trámite, sin concesión acuícola aprobada y sin Proyecto Técnico aprobado, pero considerados viables por el SUBPESCA.



Fuente: Marín et. al., 2019: 41

A partir de la información sobre ese rechazo y los posibles efectos dañinos de las salmoneeras se dio a conocer la información a través de medios alternativos (Blanco et al., 2019). Como una de las formas de protección, la comunidad yagán de Bahía Mejillones, quienes presentaron una solicitud de Espacio Costero Marítimo de Pueblos Originarios en junio de 2019, para el reconocimiento de los usos tradicionales del maritorio.

La vida de Isla Navarino se sustenta hoy en día en gran medida en la pesca artesanal de centolla y centollón y en un incipiente turismo de intereses especiales, asociado a la ciencia y la conservación de los ecosistemas sub-antárticos (Blanco et al., 2019).

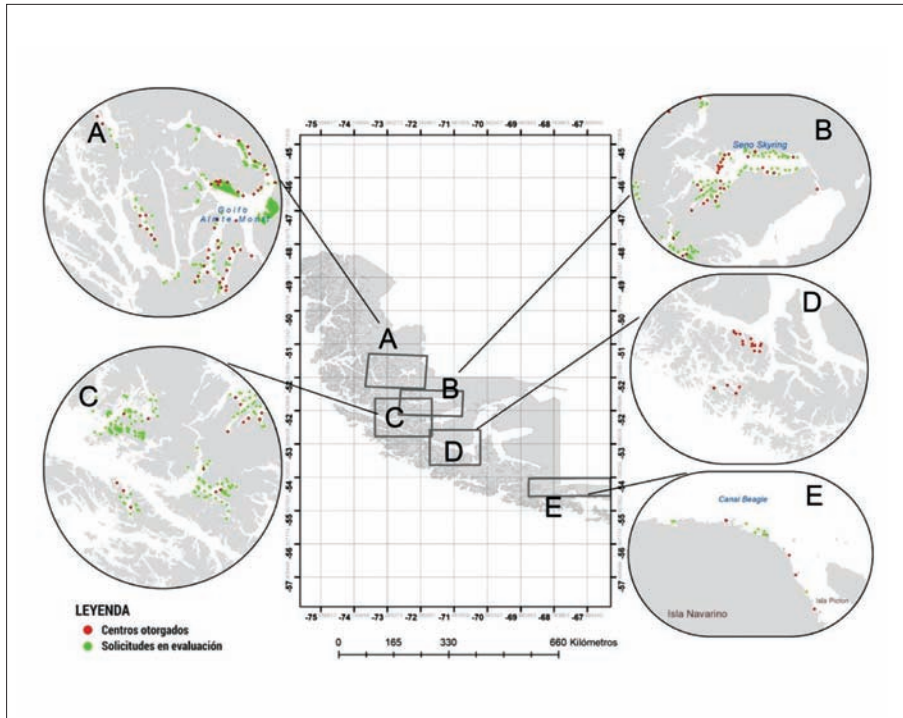
Las organizaciones territoriales han buscado plantear una estrategia binacional junto con agrupaciones de Argentina, como el Foro para la Conservación para el Mar Patagónico y Áreas de Influencia de Argentina para hacer contrapeso a las salmoneeras.

En torno a se conflicto, el dirigente David Alday declaró:⁵

“Tenemos antecedentes muy crudos respecto a la salmoneera, documentado no solamente a través de documentales sino de los servicios públicos del país, sobre todo de

5 <https://www.eldiariodelfindelmundo.com/noticias/2020/03/05/85750-integrante-de-la-comunidad-Yagán-gráfico-la-lucha-contra-las-salmoneeras>

Mapa 4 – Concesiones Acuícolas en Magallanes



Fuente: Marín et. al., 2019: 41

lo que fue la catástrofe que ocurrió en el sector de Magallanes en el año 2016 que fue la más grande del sector salmonero con el respaldo y el encubrimiento del estado, ... esta industria ya rompió y eliminó toda la biodiversidad de Chiloé y se están acercando hacia el extremo sur porque tienen aguas más puras y con más oxígeno. Las empresas apuntan a ocupar todo el borde costero de la isla, y seguramente irán más hacia el oeste ocupando los espacios que tenemos y que separan la Isla Navarino con Isla Hoste, porque buscan lugares con fiordos y bahías en donde ellos puedan trabajar”.

La comunidad yagán declaró a su vez:

“Cuando decidimos comprometernos con la defensa de los mares patagónicos y decir un no rotundo a la salmonicultura, muchos pensaron que estábamos locos. Nos dijeron también que sería imposible sacar a la industria que ya había instalado sus primeras jaulas en el territorio Yagán. Aún recuerdo la primera vez que nos reunimos en Puerto Williams y parecíamos tener todo en contra. Sin embargo, la fortaleza nos la dio la convicción y sabiduría de la comunidad, el unirnos por un objetivo común para proteger estas

maravillosas aguas y ecosistemas australes. Y la comunidad lo logró, tuvimos el privilegio de contar con su confianza y poder construir juntos un territorio libre de salmonicultura. Quienes hoy queremos una patagonia libre de salmonicultura, tenemos los argumentos, la evidencia científica, las vías legales para mostrar por qué estamos en el camino correcto. Pero más importante que todo ello, tenemos el anhelo de construir formas de desarrollo que no atenten ni contra el medio ambiente ni contra las personas.”⁶

En ocasiones previas, la comunidad había declarado:⁷

“El Pueblo Yagán tiene claro sus derechos y de qué forma fueron intento de vulneración por quienes hoy están usurpando de forma ilegal su territorio. La merma en nuestros derechos ha sido sistemática, como por ejemplo la prohibición de navegar, por fiordos y canales libremente, que solo hoy se hace a través de la pesca artesanal y proyectos que nos permiten de vez en cuando revitalizar ese contacto umbilical con nuestro mar, la prohibición de llegar a las islas donde algunos de nuestros miembros han nacido y tienen un lazo de por vida, todo respaldado por las instituciones de este país presentes en nuestra isla.”

Dentro de las principales críticas de la comunidad yagán está la ausencia de una consulta indígena, la incertidumbre legal al encontrarse las Resoluciones de Calificación Ambiental otorgadas a los diversos proyectos ya caducadas, y falta de transparencia en el comportamiento de las empresas y los organismos públicos. El 18 de abril de 2019, se presentó ante la Corte de Apelaciones de Punta Renas un recurso de protección interpuesto por Greenpeace y otras personas en contra de Pesquera Cabo Pilar S.A., sociedad de propiedad de Nova Austral S.A., en su calidad de titular de cuatro concesiones de acuicultura en el Paso Picton, comuna de Cabo de Hornos (Causa Rol 369-2019), debido a no cumplir con las normas constitucionales y legales en la forma que se expresa, incurriendo en actos antijurídicos que vulneran las garantías constitucionales de igualdad ante la ley, de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y en el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado, que contempla la Constitución Política de la República.

En los fundamentos del recurso, se plantea que los cultivos salmoneros se ubican dentro de territorios prístinos de una Reserva de la Biósfera Cabo de Hornos, que adquiere esta categoría mediante la aprobación que efectuare el consejo Internacional de Coordinación del Programa sobre Hombre y la Biosfera de la UNESCO, en su reunión anual del 27 de junio de 2005.

El recurso solicitó también una orden de no innovar, aduciendo el grave e irreversible impacto que causa que se introduzcan organismos de especies exóticas en parajes prístinos, que son el sustento de nuestro desarrollo es que vengo en solicitar se decrete orden de no

6 COMUNIDAD INDIGENA Yagán DE BAHIA MEJILLONES, TERRITORIO Yagán SIN SALMONERAS, Carta al Director, 12 de agosto de 2020, Radio Polar: http://www.radiopolar.com/noticia_159379.html

7 COMUNIDAD INDÍGENA Yagán Y SU TERRITORIO ANCESTRAL, Carta al Director, 19 de mayo de 2019, Radio Polar: https://radiopolar.com/noticia_150052.html

innovar, mandando a detener el transporte y movimiento de alevines de salmónidos a las jaulas arbitrariamente ilegalmente ingresadas en el Canal de Beagle, comuna de Cabo de Hornos, suspendiendo con ello el acto cuyos efectos son vulneratorios de los derechos de quienes represento, mientras se conoce y falla el presente recurso.

En el escrito que solicita la reposición de la orden de no innovar, los recurrentes manifiestan que: “los proyectos que se pretenden ejecutar en el Canal de Beagle, pertenecen a una misma empresa y sus impactos son sobre un mismo maritorio, cuentan con una autorización ambiental de más de 15 años, y una totalidad de 8 Resoluciones de Calificación Ambiental, lo que evidentemente transgrede los presupuestos básicos de un sistema ambiental, basado en el principio preventivo respecto de los impactos socio ambientales, pues, conforme a lo recién transcrito actualmente esta formulación de estrategia caería bajo hipótesis de fraccionamiento, y de caducidad debido la información ambiental con la que se calificó favorablemente no es fiable transcurrido 15 años de la autorización más antigua y 7 años de la más reciente. Cabe sobre este punto señalar que, los proyectos de cultivo acuícola intensivo se insertan, en el mar y especialmente las jaulas se comportan como un sistema abierto, donde el enriquecimiento orgánico de la columna de agua y de fondo marino, altera la composición química de en un territorio sumamente particular.”

La empresa recurrida sostuvo que no era efectivo que los proyectos, concesiones de acuicultura, correspondientes a las resoluciones de la Subsecretaría de Marina N°s 1310, 1314, 1465 y 1570, del año 2005, e inscritas en el Registro Nacional de Acuicultura, bajo los Folios: No 6548, 6459, 20005 y 2015, vayan a causar graves e irreversibles impactos ambientales, porque todas ellas se ubican en “Áreas Apropriadas para el ejercicio de la Acuicultura”. En cuanto a la Isla Navarino, las Áreas Apropriadas para el ejercicio de la Acuicultura se encuentran definidas en la Carta S.H.O.A. N° 17 “Límite Internacional del Canal Beagle (Islote Koegel a Cabo San Pío)”, 2a Edición de 1982, escala 1:80.000, datum local y Carta S.H.O.A. No 13.141 “Canal Beagle Bahía Virginia, Caletas Silva y Róbal”, 1a Edición de 2001, escala 1:10.000, datum WGS-84. En esta “Zonificación del Borde Costero” se consideró que las Áreas Apropriadas para el ejercicio de la Acuicultura en la Isla Navarino se encuentran en el Área de Transición Marítima de la Reserva de la Biósfera Cabo de Hornos, donde se permite actividades económicas como la acuicultura y la pesca. Adicionalmente, descarta los impactos ambientales, en cuanto las concesiones correspondientes se sujetaron a una evaluación ambiental previa, mediante Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA), que fueron calificadas favorablemente por la Autoridad Ambiental de la época.

La causa fue resuelta el 6 de junio de 2020, rechazando el recurso de protección constitucional, por aspectos formales, debido a que fue deducido de manera extemporánea y por recurrentes que no eran titulares de la acción, sin pasar a analizar el fondo del agravio a los derechos apelados por el recurrente.

Un problema adicional surge del Dictamen N° 8913 N20, de la Contraloría General de la República, el cual validó la entrega de concesiones de salmón Atlántico (*Salmo salar*) en aguas de la Reserva Nacional Kawésqar, en la austral Región de Magallanes y Antártica Chi-

lena.⁸ El dictamen del Contralor cita el artículo 158º de la Ley General de Pesca y Acuicultura, la que permitiría las operaciones de acuicultura industrial en aguas de las reservas nacionales. A su vez, indica que en relación a las operaciones de la industria salmonera que únicamente su desarrollo puede ser autorizado en la medida que dichas iniciativas sean compatibles con los objetivos de conservación y protección ambiental en el área. Dicho dictamen desarrolla argumentos que son también aplicables al maritorio Yagán.

Además de la acuicultura, las principales amenazas a las formas de vida yagán están dadas, al menos en parte, por las actividades del turismo y de la investigación científica. Ambas clases de actividad normalmente no han contado con un marco regulatorio que contemplen directrices jurídicas o éticas para el respeto a los derechos colectivos del Pueblo Yagán. Los proyectos científicos y turísticos en Isla Navarino son considerados como formas de extractivismo inmaterial o intelectual. El turismo se ha incrementado y fortalecido incorporando aspectos culturales del Pueblo Yagán a las descripciones de las atracciones que ofrecen los lugares de Puerto Williams y el Paso del Beagle. Por otra parte, el desarrollo de diversos proyectos científicos, normalmente de parte de las ciencias de la vida, para estudiar los elementos de la biodiversidad de la zona, han empezado a incorporar los conocimientos tradicionales indígenas del Pueblo Yagán a la hora de valorar dichos elementos.

De acuerdo a Rozzi et al. (2006), el archipiélago de Cabo de Hornos se destaca a nivel mundial por sus singularidades ecológicas. Allí se encuentran los ecosistemas forestales más australes del planeta. Éstos representan a su vez, uno de los escasos bosques templados no fragmentados en el mundo, por lo cual ha sido identificada como una de las áreas silvestres más prístinas del mundo. La singularidad de la biodiversidad de esta zona ha sido de interés para el trabajo de científicos y exploradores por largo tiempo, como un territorio único que ha cobrado una alta importancia debido a sus condiciones ideales como laboratorio al aire libre sin equivalencia, dada su ubicación casi diez grados más al sur que la región de fiordos y bosques templados más australes de Nueva Zelanda (Soto-Gutiérrez, 2019, p.59). Esto fue uno de los aspectos que fundamentó que fuera declarada como reserva de la biosfera.

El reconocimiento de la zona de Cabo de Hornos como un hotspot de la biodiversidad a nivel mundial para la flora de líquenes, musgos y hepáticas ha hecho que se incremente el llamado ecoturismo científico o “turismo con lupa”. Este turismo permite apreciar las interacciones ecológicas y la belleza de la brioflora austral y a la vez promueve estadías más prolongadas, proveyendo una fuente de ingresos sustentable para la comunidad local de la Reserva de Biosfera Cabo de Hornos.⁹

El Parque Etnobotánico Omora del Programa de Conservación Biocultural Subantártica (PCBSA) coordinado por el Parque Omora-Universidad de Magallanes, Instituto de Ecología y Biodiversidad y University of North Texas, está ubicado a tres kilómetros de Puerto Williams,

8 <https://elpinguino.com/noticia/2020/06/17/autorizan-otorgar-concesiones-de-acuicultura-en-la-reserva-nacional-kawesqar?fbclid=IwAR0R7xH6JbDFLG7feV509KLXob1iyJjXs9pExBaT9MIWNtp8QVd0JfCBFSM>

9 Turismo con Lupa. http://www.umag.cl/facultades/williams/?page_id=387

Isla Navarino. Con el apoyo de la Universidad de Magallanes, este lugar nació en el año 2000 como punto de investigación, educación y conservación del paisaje.¹⁰

El Parque Etnobotánico Omora ha asumido un papel importante en la comunicación del valor del patrimonio biológico y cultural austral a través de numerosas publicaciones, talleres y materiales de divulgación. El programa del Parque Etnobotánico Omora cuenta a nivel técnico-científico con científicos de Chile, América Latina y el resto del mundo con elevadas calificaciones académicas-profesionales, quienes publican en revistas especializadas y obtienen proyectos significativos para educación, investigación y conservación (Rozzi et al, 2006, p.21).

Allí se implementa el Ecoturismo Científico que se pone en valor a través de la guía de investigadores especialistas que poseen un conocimiento científico y filosófico previo de 1) las comunidades y relaciones ecológicas de Cabo de Hornos y 2) de filosofía ambiental, apelando a una actitud particular y la comprensión que puede alcanzar el receptor de la actividad. Las visitas guiadas permiten a los visitantes observar comunidades en miniatura de líquenes, helechos y hongos y a los insectos que viven en los ríos.

Estas actividades están organizadas de la siguiente manera:

- la creación de innovadoras infraestructuras que conforman 3 circuitos turísticos:
 - Los Bosques más Australes del Planeta
 - Circuito de los Bosques en Miniatura del Cabo de Hornos en el Parque Etnobotánico Omora
 - Habitantes Sumergidos en los Ríos del Cabo de Hornos.
- la publicación de materiales ilustrados sobre los bosques en miniatura del Cabo de Hornos,
- la implementación de una colaboración público-privada para la gestión administrativo-financiera del turismo científico sustentable, y
- la difusión del destino subantártico y la nueva actividad del Ecoturismo científico.

A lo anterior, hay que agregar otras formas de turismo recreacional:

“En cuanto a la clase de atractivos de la zona, se realizan actualmente, o podrían realizarse a futuro, actividades turísticas como trekking, cabalgatas, escaladas, actividades de caza y pesca, yatismo, canotaje, turismo histórico - étnico, como realizar paseos históricos por las zonas de asentamientos coloniales de las misiones que vieron a la isla durante este siglo y el siglo pasado, además de promover de manera conjunta, el conocimiento de la cultura yaghán como los primeros habitantes de la zona más austral de la tierra y Agro-turismo, como paseos con actividades y comidas típicas de la zona”.¹¹

10 Chile apuesta por el turismo científico, Lunes 7 de julio de 2014. Disponible on line in: <https://www.thisischile.cl/chile-apuesta-por-el-turismo-cientifico/>

11 <http://www.ptowilliams.cl/Turismo.html>

De acuerdo al Plan de Desarrollo Turístico 2015-2020 (Municipalidad de Cabo de Hornos, 2014, p.88), los turistas que visitan la comuna de Cabo de Hornos y, en particular, la Isla Navarino, donde mora la comunidad yagán, se caracterizan por provenir principalmente de Francia, Alemania y Chile. Por su parte, los pasajeros de cruceros que transcurren algunas horas por la ciudad, provienen de Alemania y Estados Unidos. Estos pasajeros, poseen elevados niveles de escolaridad, estando casi la mitad de ellos ya jubilados. La motivación principal de los turistas que visitan la isla es conocer el lugar, en el entendido que se trata de una de las zonas pristinas más australes del planeta y que ofrece una experiencia de visita diferente de las rutas turísticas masivas. El principal atractivo turístico es la actividad del trekking en la cadena montañosa de los Dientes de Navarino.

La otra gran amenaza a la forma de vida del Pueblo Yagán la constituye la industria de salmonicultura.¹² Dicha industria se ha expandido a la zona recientemente, con cuatro proyectos y 138 jaulas de cultivo de salmones que se instalaron en el canal Beagle, cuya primera fase ha estado liderada por la empresa Nova Austral.

Para el Pueblo Yagán, dicha industria, instalada en medio de la reserva de la biosfera, no es sustentable, ni tiene un comportamiento amigable ni un compromiso con el medio ambiente. La industria salmonera ha tenido su expansión al Canal Beagle, sin previa consulta sobre las iniciativas, vulnerando el medio ambiente y la cosmovisión de los pueblos indígenas del territorio, en contravención del derecho a la consulta previa del Convenio N° 169.¹³

4. Protocolo yagán de 2017

4.1. Génesis del Protocolo yagán

En 2017 fue elaborado por las comunidades del Pueblo Yagán un “Protocolo de Buenas Prácticas para la protección del Patrimonio cultural Yagán”. Este protocolo de origen comunitario constituye un estándar cuya legitimidad se conecta con el derecho internacional de los derechos humanos.

La elaboración del Protocolo yagán correspondió a un proyecto piloto de la Subdirección Nacional de Pueblos Originarios de la Subsecretaría del Patrimonio del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio. De acuerdo a la SNPO (2017), este piloto respondió al cumplimiento de “los compromisos contraídos por el Estado de Chile en materia de derechos humanos indígenas, en especial propender al ejercicio del Derecho Colectivo de Integridad Cultural de los Pueblos Indígenas”. En particular, la SNPO perseguía que se implementaran, a través del protocolo con lineamientos para la aproximación de terceros a su patrimonio cultural, los derechos culturales por parte del Pueblo Yagán amparados por el Convenio N° 169 de la OIT,

12 Comunicado contra las salmoneras en territorio ancestral Yagán, 25 de julio de 2019. Disponible on line in: <https://www.mapuexpress.org/2019/07/25/comunicado-contra-las-salmoneras-en-territorio-ancestral-Yagan/>

13 Comunidad Yagán de Puerto Williams rechaza instalación de salmoneras, 29 de enero de 2019. Disponible on line in: <https://radio.uchile.cl/2019/01/29/comunidad-Yagan-de-puerto-williams-rechaza-instalacion-de-salmoneras/>

y las Declaraciones de Derechos Humanos de Pueblos indígenas de UN 2007 y Americana 2016, y que esto sucediera mediante un proceso colectivo y participativo en el cual la Comunidad Indígena Yaghán de Bahía Mejillones.

David Alday, entonces presidente de la Comunidad Yaghán de Bahía Mejillones declaró entonces:

“...hace unos meses se ha elaborado un protocolo que lleva por nombre “Protocolo de Buenas Prácticas para la Protección del Patrimonio Cultural Yaghán”, en el marco del Convenio 169 de la OIT, vigente en Chile desde 2009. El ejercicio y protección de los derechos indígenas debe realizarse de forma integral, por tanto se debe tener presente que dentro de los derechos mínimos intangibles de los pueblos indígenas, se encuentra el derecho a la integridad cultural, consagrado en el Convenio 169”.¹⁴

Esta reivindicación la presentó la comunidad en el contexto de la exhibición en una página de la red social Facebook de fotografías de osamentas de ancestros de la comunidad. Entonces Alday presenta el reclamo, presentando a su vez el protocolo como su fundamento, así como las motivaciones que estarían detrás de su elaboración:

“Algunos con complejos de Darwin, queriendo pasar a llevar a una comunidad presente, como es la comunidad Yaghán, toman lo que para ellos es un posible despegue o descubrimiento en sus carreras.

Además, de las preocupaciones por las condiciones en que se encuentra nuestro pueblo en el aspecto social, por los compromisos incumplidos de las autoridades de este país, debemos agregar otra preocupación, que es el cuidado y protección de nuestro patrimonio una vez más extraído y exhibido sin ningún tipo de permiso y poco cuidado. Patrimonio que históricamente ha sido mostrado en distintos puntos del planeta, a veces sin saber cómo se obtuvieron.

Este caso, es uno de estos, que se obtienen registros, los que seguramente serán exhibidos en alguna charla de ‘grandes descubridores’. Hoy debemos estar enfocados en conservar, no en extraer y menos exhibir de una forma grotesca e irresponsable, como lo hizo esta persona, que sin pensar o siquiera apelando a sus estudios, el daño que significa para un pueblo el ver los restos de sus ancestros, publicados como si fuera un trofeo, o un gran descubrimiento. Duele el alma y asusta que en este tema las autoridades han puesto poco y nada de atención; estamos preocupados de cuánto nos dejará el turismo y por dónde pasarán los cruceros o dónde ponemos la próxima es-

14 La Prensa Austral, Comunidad Yaghán denuncia que fotos de osamentas de sus ancestros fueron difundidas por Facebook, publicado el miércoles 30 de agosto de 2017. Disponible on line in: <https://laprensaaustral.cl/cronica/comunidad-Yaghán-denuncia-que-fotos-de-osamentas-de-sus-ancestros-fueron-difundidas-por-facebook/>

estructura que albergará al turista. Sin detenernos a pensar en dónde estamos parados. En estos sitios, se debe tener una visión de protección y conservación, forma de vida y pensamiento de nuestro pueblo.

A pesar del dolor, que como pueblo sentimos hoy, sabemos que somos los primeros que debemos estar presente en estas situaciones de total irresponsabilidad y falta de ética hacia nuestro pueblo. Estas acciones lo único que saca a la luz, es la falta de seguridad e ignorancia con respecto a la memoria y honra de los pueblos originarios”.

Alday opone los conceptos de “conservar” y de “extraer”. El objetivo de la comunidad es conservar su patrimonio cultural, frente a los intentos de extraer ese patrimonio, una de cuyas posibles consecuencias en su exhibición descuidada, desregulada u ofensiva, respecto de los valores de la comunidad. El turismo y la toma de fotos ilimitada sobre objetos de valor cultural para el Pueblo Yaghán son una amenaza a la integridad de la cultura yaghán, y pueden “pasar por encima” de sus valores, violentándolos, sin que la autoridad realiza sus funciones protección respecto de su cultura, significados y forma de vida.

De acuerdo a la SNPO, los objetivos de la elaboración del Protocolo yaghán consistieron en:

- Reconocer, describir y localizar su patrimonio cultural.
- Definir de manera colectiva el uso, manejo y difusión de su patrimonio cultural, plasmando estos lineamientos en un protocolo de buenas prácticas, que permitió al propio pueblo manifestar su voluntad colectiva respecto de cómo terceros deben aproximarse al patrimonio cultural yaghán, siendo la comunidad quien definió quiénes y de qué manera pueden acceder a su patrimonio cultural, si pueden utilizarlo y/o compartirlo y de qué manera pueden hacerlo.

El Protocolo yaghán está inspirado en los protocolos de acceso al conocimiento que se derivan de la experiencia de protocolos comunitarios basados en el Protocolo de Nagoya, de manera que se regule un procedimiento que realice la autodeterminación mediante el consentimiento para la realización del acceso respectivo.

Los trabajos de elaboración del documento comenzaron en abril de 2017, “cuando el entonces el ex Departamento de Pueblos Originarios, actual Subdirección, envía de acuerdo a los estándares de trabajo con la Comunidad Yaghán, la ficha de solicitud de reuniones y una minuta informativa con la propuesta para la implementación del citado piloto. Una vez confirmada la solicitud, el equipo de trabajo se traslada a Puerto Williams el mes de mayo del mismo año, integrado por José Ancan Jara, entonces Jefe del ex Departamento de Pueblos Originarios y actual Subdirector Nacional de Pueblos Originarios, Daniela Abarzúa Órdenes, abogada y coordinadora nacional de la Subdirección, Pamela Alvarado Balfor, apoyo en contenidos de la Subdirección y Blas Flores Águila, encargado de la región de Magallanes de la Subdirección.” (SNPO, 2017: 2).

Las primeras reuniones de trabajo con la Comunidad Yagán se realizaron los días martes 9 y sábado 13 de mayo de 2017, en la sede de la comunidad ubicada en Villa Ukika, con una convocatoria ampliada a todos sus integrantes.

En la primera reunión del 9 de mayo de 2017, “el equipo de la Subdirección realizó la presentación del Piloto de protección del patrimonio cultural indígena del Pueblo Yagán a la comunidad. La comunidad aceptó esta propuesta, estableciéndose en forma conjunta las temáticas y la metodología de trabajo. Se realizó un diálogo en el cual, de manera colectiva y autodeterminada, la comunidad definió los elementos que identificaron como parte de su patrimonio cultural. Asimismo, identificaron los problemas y conflictos más relevantes y recurrentes que afectaban a cada uno de estos elementos, estableciendo también la situación ideal de cómo terceros deberían aproximarse al patrimonio cultural yagán. Este diálogo dio lugar a los lineamientos del protocolo. En esta reunión, el equipo de la Subdirección asume la tarea de sistematizar la información recabada de este diálogo, para ser presentada a la comunidad de manera organizada y así finalizar el documento en la siguiente reunión.” (Ibíd.).

De acuerdo al SNPO (Ibíd.), en “la segunda reunión, el equipo de la Subdirección presenta la información sistematizada y la comunidad sanciona y se define la versión definitiva del Protocolo de buenas prácticas para la protección del patrimonio cultural indígena yagán, el cual cuenta con una introducción en relación a los derechos culturales colectivos amparados en el Convenio N° 169 de la OIT y bajo los cuales se elabora y que son ejercidos mediante la aplicación de este protocolo, seguido por la definición elaborada por la comunidad de los elementos que conforman el patrimonio cultural indígena yagán, para finalizar con las directrices establecidas para cada elemento del patrimonio señalado.”

4.2. Obligaciones en el Protocolo yagán

El Protocolo yagán contiene las siguientes obligaciones:

1. Obligaciones de Acceso: destinadas a franquear el acceso a ciertos objetos o aspectos inmateriales de la cultura yagán, o para la realización de proyectos.

- **Objetos inmateriales:**

- Relatos sobre cultura y patrimonio yagán: se impone la obligación de contar con autorización de comunidad y recurrir a comunidad como primera fuente.
- Registro audiovisual y fotográfico, de carácter colectivo de la comunidad Yagán o de individuos de la comunidad requiere consentimiento previo, libre e informado.
 - Autorización será válida sólo para fines explícitamente informados
 - Debe quedar copia íntegra de registro en manos de comunidad o de persona que participó.

- Utilización de fotografías antiguas o contemporáneas, iconografía, audios, videos, o cualquier tipo de registro, deben contar con consentimiento colectivo o individual de la comunidad, familias o personas involucradas.
 - Registro de conocimientos de cualquier miembro de la comunidad con consentimiento previo
 - Retribuir de manera justa la entrega de conocimientos
- Para la **consulta previa a la realización de proyectos**: En Proyectos de diversa naturaleza, de personas o entidades públicas o privadas:
- Información Previa:
 - solicitudes de reuniones con minuta explicativa y documentos de base, con la menos 1 semana de antelación.
 - Explicación en reuniones de propósito, naturaleza, objetivos, ejecutores, forma de implementación y fuentes de financiamiento de proyecto
 - Participación de la Comunidad en todas las etapas del proceso
 - Consulta con la comunidad.
 - Debe existir flexibilidad para modificar el proyecto.
 - Derecho a declinar o retirarse del proyecto en cualquier etapa
 - Debe aclararse qué sucederá con material que haya sido proporcionado por la comunidad.
 - Retribución justa para la comunidad cuando sus aportes sean significativos en proyectos de investigación o creación.

2. Obligaciones que corresponden al Control o Propiedad Cultural:

- Agentes culturales: En actividades turísticas, el relato histórico debe estar a cargo de guías de la comunidad Yagán
- Entidades públicas y privadas, incluyendo medios de comunicación deben corregir información errónea acerca de Pueblo Yagán
- Obligación – formulada como un llamado – a quienes tengan registros con elementos del patrimonio cultural yagán de restituirlos.
- Propiedad cultural: Artesanías de origen yagán son parte del patrimonio yagán y de propiedad del Pueblo Yagán.
- Sólo sus integrantes podrán elaborar y comercializar artesanías que señalen que son de origen yagán.

3. Obligaciones de trato:

- Tratamiento con respeto a autoridades tradicionales, dirigentes e integrantes de comunidad Yagán
- Goce de los mismo derechos y oportunidades que el resto del país, contribuyendo a eliminar diferencias materiales de una manera compatible con aspiraciones y formas de vida yagán.

4. Territorio Yagán:

- Reivindicación del ejercicio al derecho al territorio
- Reivindicación de la navegación ancestral

La generación de protocolos comunitarios, elaborados y controlados por las propias comunidades indígenas se ha transformado en una tendencia política en las últimas décadas, en ausencia de nuevas leyes de protección de los intereses indígenas en materia de propiedad intelectual, conocimientos tradicionales y patrimonio cultural en general. Estos protocolos orientan a los gobiernos, las instituciones culturales y los organismos profesionales a gestionar el almacenamiento y manejo del material cultural indígena.

Con protocolos propios, las comunidades, en ejercicio de sus autodeterminación, deciden cuándo y cómo interactúan con personas fuera de la comunidad. The Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies Guidelines for Ethical Research in Indigenous Studies, sugieren que, cuando sea práctico, se debe establecer un protocolo entre la comunidad y aquellos que interactúan, ya sea a través de la investigación o el comercio con la comunidad (AIATSIS, 2012).

En el principio 5 de las Directrices Éticas de Investigación en Estudios Indígenas, en la segunda versión revisada, se indica

“Principio 5 – Los conocimientos, prácticas e innovaciones indígenas deben ser respetados, protegidos y mantenidos... Aplicando el principio, Reconocer y proteger el conocimiento indígena de acuerdo con las perspectivas, protocolos y valores culturales de los pueblos indígenas.”

Algunos protocolos pueden no ser directamente vinculantes, en términos jurídicos, pero puede elevarse su estatus usando diversas formas contractuales del derecho privado, al momento de desarrollarse los acuerdos relativos al consentimiento informado. La repetición de acuerdos que contengan las provisiones de un protocolo lo convierte también en derecho consuetudinario, según la estructura de fuentes del derecho correspondiente al país. En cualquier caso, los protocolos comunitarios corresponden al ejercicio del derecho humano de los pueblos indígenas a su autodeterminación. En el caso del Protocolo yagán, el lenguaje es directamente normativo, basándose en las reglas y principios del derecho internacional, aunque luego se

formulen las obligaciones precisas como “directrices” o guías de comportamiento, antes que como obligaciones directas.

Los protocolos permiten que las partes marginadas y privadas de sus derechos participen en los procesos de toma de decisiones, y sean tratados con respeto y valorados como titulares y custodios del conocimiento cultural. El desarrollo de protocolos refleja una atención crítica a las condiciones iniciales de incorporación y utilización del conocimiento indígena, así como a cómo estas viejas prácticas pueden ser reinterrogadas y alineadas de manera más apropiada para incluir a los pueblos indígenas como líderes y como colaboradores activos con perspectivas legítimas (Anderson, 2011, p.1).

Se puede usar un protocolo – tal y como sucede con el Protocolo yagán - para (Anderson, 2006, p.4):

- Reconocer los continuos intereses indígenas en propiedad intelectual,
- Establecer estándares comunitarios sobre cómo se debe realizar la investigación,
- Establecer nuevos tipos de controles sobre cómo se puede acceder a los materiales culturales,
- Construir mejores relaciones entre las comunidades y otras organizaciones indígenas.

4.3. Utilización del Protocolo yagán

Basados en este protocolo, la comunidad Yaghán de Bahía Mejillones en la Isla de Navarino, presentó un reclamo en septiembre de 2018 a la Secretaría Regional Ministerial (SEREMI) de Bienes Nacionales sobre el uso de materias primas de los lugares los artesanos Yaganes extraen la materia prima para la elaboración de su ancestral artesanía, “EL JUNCO”, fibra que crece en los turbales, los que se encuentran en los alrededores de la comuna de Navarino. La futura expansión de la comuna hacía temer que dichos lugares podrían ser deteriorados.¹⁵

También se ha empezado a usar el protocolo en las relaciones del Pueblo Yagán con el programa científico del Parque Omora de la Universidad de Magallanes, determinando, en primer, lugar que los científicos del programa hicieran devolución a la comunidad de Bahía Mejillones de los artículos e investigaciones científicas que empleaban aspectos de sus conocimientos tradicionales, lo cual sucedió en enero de 2020. En segundo lugar, se ha acordado para futuras investigaciones establecer mejores estándares de trabajo que respeten íntegramente el Protocolo.

La comunidad yagán de Bahía Mejillones ha procurado difundir el protocolo y presentarlo a todas las autoridades públicas y organismos que trabajan en sus hábitats. Hasta ahora, el respeto del protocolo se ha circunscrito a los órganos que contribuyeron a su generación, en el departamento de patrimonio del Ministerio de las Culturas, y al Programa Científico Omora

15 Radio Polar, Protección a Turbales de Isla Navarino y Patrimonio Cultural Yagán, 4 de enero de 2019. Disponible en línea en: http://www.radiopolar.com/noticia_147210.html

que decidió sujetarse al Protocolo yagán. Algo similar se está procurando con el Museo Antropológico Martín Gusinde de Puerto Williams.

Este tipo de protocolo, como otros que han surgido de las comunidades indígenas en la experiencia internacional, responden a las necesidades de protección de las diversas formas de amenaza al patrimonio cultural, de índole científica o económica principalmente. Esta defensa del patrimonio asume la premisa del rol de guardadores de la naturaleza que tienen los pueblos indígenas. Los indígenas se constituyen guardadores o cuidadores no porque tengan privilegios como poseedores de conocimiento, sino más bien porque están en la posición de tener responsabilidades que forman la comunidad socio-ambiental (White et al., 2015, p.25).

Los protocolos comunitarios pueden ser usados para establecer estándares comunitarios en torno a la circulación del conocimiento y el uso para otros fuera de la comunidad, especialmente aquellos individuos u organizaciones que desean establecer relaciones de investigación con una comunidad.

El Protocolo yagán considera las obligaciones del protocolo como aplicaciones de sus derechos ancestrales derivados de su autodeterminación antes que como una herramienta de negociación con terceros.

El Protocolo yagán, es evidentemente un protocolo biocultural de acceso al conocimiento, antes que un protocolo de consulta. Las obligaciones relativas a la consulta de proyectos ocupan un lugar secundario respecto del acceso a conocimientos tradicionales y aspectos inmateriales del patrimonio cultural del Pueblo Yagán.

Se trata de un protocolo que establece deberes procedimentales que señalan condiciones de acceso para que las intervenciones elementos propios vinculados al patrimonio cultural yagán no sean apropiados o desfigurados por terceros cuando se aproximen a él o lo usen.

Sin embargo, el Protocolo yagán se concibe como un ejercicio del derecho a la autodeterminación del Pueblo Yagán proyectado en su patrimonio cultural y otras dimensiones relativas a proyectos que los puedan impactar. Por ello, tiene un potencial expansivo, aunque no haya tenido un uso relevante fuera del ámbito de las políticas desplegadas por las agencias de patrimonio cultural del Gobierno o los programas científicos que están desplegados en los territorios Yaganes. Efectivamente, sus principios también regulan diversos aspectos relevantes del turismo, el cual constituye una industria creciente al Sur de Punta Arenas. La habilitación turística creciente de los parques naturales de la zona, implica una posible expansión del ámbito del protocolo, en la medida que la comunidad yagán logre su respeto por las autoridades y los operadores turísticos.

Sin duda el mayor desafío consistirá en la proyección del Protocolo yagán para una regulación y gobernanza del maritorio yagán. Por ahora la estrategia principal ha sido el rechazo a la salmoneras que han buscado instalarse en el Canal Beagle, pero la posibilidad abierta por la solicitud de un ECMPO para el Pueblo Yagán en 2019, reclamando los usos consuetudinarios de navegación, genera nuevas posibilidades de ejercicio autónomo para los Yaganes. ○

Referencias

- Aguilar, N. (2016):** Community Protocols as Tools for Resisting Exclusion in Global Environmental Governance. *Revista de Administração de Empresas*, 56(4), 395-410. Aguilera, O. (2000). En torno a la Estructura Fonológica. Del Yagán. *Fonología De La Palabra. Onomazein*, Nº 5, 233-241.
- AIATSIS - Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies (2012):** *Guidelines for Ethical Research in Australian Indigenous Studies*. Canberra: Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies.
- Álvarez, R., Ther-Rios, F., Skewes, J., Hildago, C. (2019):** Reflexiones sobre el concepto de maritorio y su relevancia para los estudios de Chiloé contemporáneo. *Revista Austral de Ciencias Sociales*, Nº 36, 115-126.
- Anderson, J. (2011):** *Protocols and Guidelines for Ethical Engagement with Indigenous and Local Communities*. New York: WIPO Briefing for Estée Lauder.
- Bavikatte, K., Robinson, D. F. and Oliva, M. J. (2015):** Biocultural community protocols: dialogues on the space within. *IK: Other Ways of Knowing*, Vol. 1, Nº 2, 1–31.
- Blanco, G., Harambour, A., Barrena, J., Mellado, M. (2019):** Las Disputas sobre el Maritorio Austral y la Revitalización de las Identidades Canoeras. En: IDEAL (ed.), *La Región de Magallanes y Antártica Chilena frente al Cambio Global*. Reporte regional preparado por el Centro de Investigación Dinámica de Ecosistemas Marinos de Altas Latitudes (IDEAL) de la Universidad Austral de Chile (UACH). Valdivia: Universidad Austral & IDEAL.
- Cárdenas, R.; Grace-Hall, C. (1991):** *Chiloé: manual del pensamiento mágico*. Santiago: Imprenta Olimpho.
- Caruso, L.; Zangrando, F.; Piana, E. (2017):** Primeros Datos sobre el Uso de Recursos Leñosos durante el Holoceno Temprano en el Canal Beagle: Estudio Arqueobotánico del Sitio Imiwaia I (Tierra Del Fuego, Argentina). *Magallania*, Vol. 45, Nº 2, 242-253.
- Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2008):** *Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas*. Santiago: Gobierno de Chile.
- Comunidad Yagán; Sepúlveda, C.; Álvarez, R.; Serrano, A.; Núñez, D.; Montaña, Á. (2019):** *Solicitud de Espacio Costero y Marino de Pueblos Originarios Yagán USI, Estudio de Usos Consuetudinarios*. Upushwea.
- Contraloría General de la República [CGR] (2016):** *Informe Final N° 211, de 2016, Sobre Auditoría al Cumplimiento de las Funciones que le encomienda la Normativa a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura respecto al Desarrollo de las Actividades de Acuicultura*.
- Fiore, D.; Varela, M. (2009):** *Memorias de papel. Una arqueología visual de las fotografías de pueblos originarios fueguinos*. Buenos Aires: Dunken.
- Gusinde, M (1931):** *Die Feuerland Indianer; Ergebnisse meiner vier Forschungsreisen in den Jahren 1918 bis 1924*. Mödling: Anthropos.
- Gusinde, M. (1951):** *Hombres Primitivos en la Tierra del Fuego (De Investigador a Compañero de Tribu)*. Sevilla: Escuela de Estudios Hispano-Americanos.
- Harambour Ross, A.; Barrena, J. (2019):** Barbarie o justicia en la Patagonia occidental: las violencias coloniales en el ocaso del pueblo kawésqar, finales del siglo XIX e inicios del siglo XX. *Historia Crítica*, Nº 71, 25-48.
- Hayward, P. (2012):** Aquapelagos and aquapelagic assemblages. *Shima: The International Journal of Research into Island Cultures*, Vol. 6, Nº 1, 1-11.
- IED (2012):** Biodiversity and culture: exploring community protocols, rights and consent. *Participatory Learning and Action* Nº 65. London: IED.
- IWGIA (2019):** *Protocolos Autonómicos de Consulta Previa, Nuevos caminos para la libre determinación de los pueblos indígenas en América Latina*. Copenhagen: GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO SOBRE ASUNTOS INDÍGENAS – IWGIA.
- Kol, H. (2018):** *Estado de la Salmonicultura Intensiva en la Región de Magallanes*. Estudio elaborado para la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA) con el apoyo de la Fundación Waitt. Santiago: Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente & CODEFF.
- Marín, S.; Vergara, X.; Bozzeda, F.; Campos, G.; Blanco, G. (2019):** La Salmonicultura en la Región de Magallanes y sus Efectos en el Espacio Marino-Costero. In: IDEAL (ed.), *La Región de Magallanes y Antártica Chilena frente al Cambio Global*. Reporte regional preparado por el Centro de Investigación Dinámica de Ecosistemas Marinos de Altas Latitudes (IDEAL) de la Universidad Austral de Chile (UACH). Valdivia: Universidad Austral & IDEAL.

- Martin Gusinde Museum (2008):** *Yaghan's, Explorers and Settlers: 10,000 Years of Southern Tierra del Fuego Archipelago History*. Puerto Williams: Martin Gusinde Anthropological Museum.
- Martinic, M.**
 1981 *Tierra de los Fuegos*. Punta Arenas: Artegraf.
 2005 *Crónica de las Tierras al Sur del Canal Beagle*. Punta Arenas: La Prensa Austral.
- Makagon, J.; Von Braun, J.; Cocchiario, G.; James, S. (2017):** *Balancing Scales, Community Protocols and Extractive Industries, Lessons from Argentina, India, Kenya and Zimbabwe*. Heinrich Böll Stiftung.
- Moreno, M.; Verdún S., M. (1994):** *Patrimonio Aborígen*. Auto editado. Chile.
- Municipalidad de Cabo de Hornos (2014):** *Plan de Desarrollo Turístico 2015-2020: Turismo Sustentable en Cabo de Hornos*. Puerto Williams: I. Municipalidad de Cabo de Hornos.
- Ojeda, J.; Rozzi, R.; Rosenfeld, S.; Contador, T.; Massardo, F.; Malebrán, J.; González-Calderón, J.; Mansilla, A. (2018):** Interacciones bioculturales del Pueblo Yagán con las macroalgas y moluscos: Una aproximación desde la filosofía ambiental de campo. *Magallania*, Vol. 46, N° 1, 155-181.
- Parks, L.**
 2018 Challenging power from the bottom up? Community protocols, benefit-sharing, and the challenge of dominant discourses. *Geoforum* N° 88, 87–95.
 2020 *Benefit-sharing in Environmental Governance, Local Experiences of a Global Concept*. New York: Routledge & Earthscan.
- Pérez, A. (2014):** *Sociedades Originarias, Patagonia, Pasado y Presente*. Buenos Aires: Vásquez Mazzini Editores & Fundación de Historia Natural Félix de Azara.
- Rozzi, R.; Massardo, F.; Berghöfer, A.; Anderson, C. B.; Mansilla, A.; Mansilla, M.; Plana, J.; Berghöfer, U.; Araya, P. y Barros, E. (2006):** *Reserva de Biosfera Cabo de Hornos. Documento Base para la Incorporación del Territorio Insular del Cabo de Hornos a la Red Mundial de Reservas de Biosfera*. PROGRAMA MAB – UNESCO, Punta Arenas: Ediciones Universidad de Magallanes.
- Salazar Urrutia, M. (2017):** La Cultura Yámana y la Misión Científica del Cabo de Hornos: Imágenes de un Registro Pionero, 1882-1883. *Revista Notas Históricas y Geográficas*, N° 18, 58-75.
- Subdirección Nacional de Pueblos Originarios [SNPO] (2017):** *Minuta Piloto de Protección del Patrimonio Cultural Indígena Yagán, Protocolo de buenas prácticas para la protección del patrimonio cultural indígena yagán*. Santiago: Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.
- Shrumm, H.; Jonas, H. (eds.) (2012):** *Biocultural Community Protocols: A Toolkit for Community Facilitators*. Cape Town: Natural Justice.
- Soto-Gutiérrez, P. (2019):** *Cabo de Hornos, Territorio Remoto en Tensión Intereses Estratégicos versus Crecimiento Urbano*. Tesis presentada al Instituto de Estudios Urbanos y Territoriales, Facultad de Arquitectura, Diseño y Urbanismo de la Pontificia Universidad Católica de Chile, para optar a título de Magister en Asentamientos Humanos y Medio Ambiente. Santiago: Pontificia Universidad Católica.
- Subpesca (2020):** *Listado de concesiones de acuicultura de salmónidos por agrupación de concesiones en las regiones X, XI y XII* (Julio 2020). Valparaíso: Subpesca. Recuperado de: <http://www.subpesca.cl/portal/619/w3-article-103129.html>
- Tamayo, M. (2011):** *Las vetas de un saber mestizo. Maestros de ribera de Hualaihué*. Valdivia: Kultrún.
- White, K.; Brewer, J.; Johnson, J. (2015):** Weaving Indigenous science, protocols and sustainability science. *Sustainability Science*, Vol. 11, N° 1, 25-32.

CAPÍTULO 6

PROTOCOLOS AUTONÓMICOS DE CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA: RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS A LA AUTONOMÍA Y LA AUTODETERMINACIÓN EN PUEBLOS Y COMUNIDADES ÉTNICAS DE COLOMBIA

Diana Alexandra Mendoza

Introducción

Tras la falta de garantías en la cabal aplicación de la Consulta Previa y el Consentimiento Libre, Previo e Informado –derechos colectivos fundamentales de los pueblos y comunidades étnicas introducidos en el sistema jurídico colombiano a través del Convenio N° 169 de la OIT y la Ley N° 21 de 1991–, se encubre un fenómeno de mayor alcance: la tácita destitución de los derechos a la autonomía y la libre determinación también reconocidos a estos pueblos en sus territorios por los sistemas de derecho nacional e internacional.

Este efecto paradójico de menoscabo de unos derechos esenciales para la pervivencia de los pueblos y comunidades étnicas a instancias de la Consulta Previa, ha podido apreciarse después de casi tres décadas de ser aplicada profusamente en Colombia y consiste en que durante estos años, la parti-

La consulta previa en crisis

“La consulta indígena está viviendo una profunda crisis en la región [América Latina], y básicamente la crisis se ha generado como producto de que este derecho no ha sido relevante a la hora de garantizar los derechos de los pueblos indígenas y se ha transformado, finalmente, en un instrumento administrativo por medio del cual se ha dado luz verde a los proyectos de inversión en los territorios. Entonces, la consulta indígena ha caído en una situación de descrédito a nivel regional, al punto de que, hoy día, prácticamente ningún pueblo indígena quiere someterse a este proceso”

(Abogada Nancy Yáñez F. en 2019)

cipación en asuntos periféricos que pueden afectarlas han capturado el tiempo y la preocupación de cientos de comunidades étnicas sin que esta participación les haya permitido ejercer el derecho a decidir libremente si consienten o no las obras, proyectos o medidas administrativas y legislativas que afectarán sus territorios, ni tampoco incidir en el desarrollo de las intervenciones consultadas a la luz de las prioridades que hayan establecido para su sociedad, cultura, territorio y recursos colectivos.

1. El descrédito de la Consulta Previa

“La pasamos de consulta en consulta, dejando de lado nuestras responsabilidades materiales y espirituales con nuestras familias, nuestros Pueblos y con la madre tierra. Unos vienen por unas cosas y otros por otra, pero el territorio es uno solo y está vivo. Es como si uno viniera por el hígado, otro por el cerebro, otro por el corazón, otro por las venas, otro por los brazos. Será que es lo mismo completo que en pedazos”.

(Pueblo Kogi, En OACNUDH, 2013)

Una de las dificultades que se constata luego de miles de consultas previas realizadas en territorios étnicos es que, en lugar del derecho a una genuina participación que implicaría, entre otras cosas, la efectiva toma de decisiones en ejercicio de su autonomía, a menudo la CP se ha convertido en una ceremonia formal obligatoria que se convoca a la manera y en los tiempos establecidos por la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio de Interior¹ y las empresas, con el fin de dar por notificadas las decisiones que el Gobierno y los particulares han tomado de antemano, especialmente cuando se trata de grandes obras de infraestructura o proyectos extractivos.²

Los mismos marcos legales, mecanismos administrativos y arquitecturas institucionales ingenizadas por los gobiernos revelan que, por regla general, la consulta previa se convoca luego de haberse predeterminado la intervención en los territorios colectivos y de haber ultimado concesiones, licitaciones, subastas, contratos, estudios técnicos y toda suerte de decisiones que comprometen la vida de las comunidades sin que hubieran sido informadas desde el momento en que fueron concebidas. En otras palabras, la consulta previa se puede comparar a un teatro donde se escenifica la presentación en sociedad de unas intervenciones que ya fueron decididas o acordadas entre el gobierno y los particulares y, si es que las hay, se infor-

1 La Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior fue creada mediante el Decreto 2893 del 11 de agosto de 2011. Sin embargo, el actual gobierno nacional decidió fortalecerla y, mediante Decreto 2353 de 26 de diciembre de 2019, pasó a convertirse en la nueva Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa integrada por 3 subdirecciones: Subdirección Técnica de Consulta Previa; Subdirección de Gestión de Consulta Previa; Subdirección Corporativa.

2 Solo con corte a abril de 2020, el Ministerio de Interior informa que hay 10.200 procesos de Consulta Previa activos en el País. Ver: <https://www.portafolio.co/economia/las-consultas-previas-virtuales-enfrentan-a-gobierno-y-procuraduria-540033>

ma sobre la modalidad y monto de las compensaciones o “beneficios” que también son previamente establecidos.

A lo largo de las últimas décadas, el sector extractivo que ha sido objeto del mayor número de consultas previas es, de lejos, el de hidrocarburos (68% de las consultas), incluyendo en este conteo actividades de licenciamiento, exploración, explotación e infraestructura relacionada (oleoductos, permisos de vertimiento, etc.). Esto se explica por el vigoroso desarrollo de este tipo de proyectos en territorios colectivos étnicos a lo largo y ancho del país, solo siendo marginales en los territorios de la Amazonia interior debido especialmente a que se trata de áreas ambientalmente protegidas (reserva forestal, parques nacionales naturales, etc.).

El sector extractivo que le sigue es el de la minería, en el cual tienen gran peso los procesos de consulta previa llevados a cabo en torno a los megaproyectos de carbón y ferroníquel en fase de licenciamiento, extracción, producción, desarrollo de infraestructura asociada, o por efecto de intervenciones de alto impacto ambiental tales como el desvío de cauce de algunos ríos. Paradójicamente, y pese a que la minería de metales preciosos es una actividad ampliamente extendida en territorios indígenas de diversas regiones del país, los registros indican que solo ha sido objeto de consulta previa en pocas oportunidades.

Otro sector relevante asociado a la extracción y uso de recursos naturales es el eléctrico (8,5% de las consultas). En este grupo, están especialmente las obras de infraestructura y operación de hidroeléctricas, centrales y redes eléctricas, pero esta contabilidad aún no incluye el elevado número de consultas que se están llevando a cabo en torno a los proyectos de parques eólicos y otras energías alternativas.

Dos casos emblemáticos relacionados con la producción energética que aún ocasionan graves impactos en los territorios étnicos son la represa de Urrá en el departamento de Córdoba, y el embalse de La Salvajina en el Norte del Cauca. Estos proyectos produjeron drásticos daños al territorio, las fuentes hídricas y la biodiversidad, pero también a los sistemas sociales, económicos, culturales, ambientales y, en suma, a la autonomía y la autodeterminación de las comunidades indígenas y negras de estas regiones.

Pero como se señaló anteriormente, las innumerables consultas llevadas a cabo en Colombia, lejos de haber demostrado su eficacia a la hora de salvaguardar los derechos colectivos integrales de los pueblos y comunidades étnicas del país, han terminado aumentando su

Inicio y finalidad de la consulta previa

“[...] toda medida administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la potencialidad de afectar territorios 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”. (CC Sentencia T-129/11. Subrayado fuera de texto)

vulneración de forma similar a lo que ocurre en los demás países de Latinoamérica en los cuales se implementa desde su adhesión al Convenio N° 169 de la OIT (Yáñez, 2019).

Diferentes acontecimientos recientes sirven para confirmar cómo la esencia, no solo participativa, sino autónoma de la Consulta Previa, ha caído cada vez con más fuerza en la teatralidad, especialmente cuando se trata de consultas relacionadas con proyectos extractivos. Un ejemplo reciente de ello es la adjudicación para instalación y operación de 6 parques eólicos en territorios colectivos indígenas del pueblo Wayúu de la Guajira incluidos en una subasta de energías renovables finalizada en octubre de 2019 (Energía Estratégica Latam, 2019). Sólo con posterioridad a esa fecha, y ya andando sobre los compromisos adquiridos por parte del Gobierno nacional, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior y las empresas beneficiadas iniciaron las consultas previas valiéndose de un mecanismo exprés denominado eufemísticamente “Guajira consulta y actúa” que fue concebido, avalado y promocionado por el Gobierno sin la participación de las comunidades indígenas.

“El esfuerzo administrativo de la Dirección de Consulta Previa, ya no será ir a 185 reuniones de forma independiente, sino que el GEB [Grupo de Energía de Bogotá] en su ejercicio propio en el territorio (SIC) ha estimado que este número de comunidades se van a agrupar en 24 colectividades, con lo que se estaría hablando solamente de 24 consultas previas [...] El Ministerio del Interior desarrollará la estrategia ‘Guajira, consulta y actúa’, en la que participará el GEB, junto con otras empresas del sector minero energético, para fijar una única línea de acción, de modo tal que esas compensaciones o medidas de manejo que se terminen acordando con las comunidades no sean aisladas, sino que sean esfuerzos conjuntos que se van a sumar a la oferta institucional del Gobierno Nacional”. (Ibid.; Revista Portafolio, 2019)

Las obligaciones que contraen los gobiernos con los particulares desde antes de efectuar las consultas, no solo constituyen una omisión de los principios de buena fe y anticipación que deben observarse en una CP, sino que dan nacimiento a nuevos derechos otorgados a terceros que pueden llegar a ser reivindicados en la eventualidad de algún tipo de tropiezo o suspensión de las intervenciones. En este sentido, el hecho de entregar o concesionar obras o proyectos desde antes de las consultas afecta la posibilidad de éxito en la salvaguarda judicial de los derechos fundamentales colectivos porque introduce los nuevos derechos adquiridos por terceros como factor determinante en la ponderación por parte de los jueces. Así lo anticipa la misma Corte Constitucional:

“A la hora de determinar el remedio judicial correspondiente y valorar las actuaciones que se desarrollan en el marco de la consulta previa, [...] se deben ponderar y explorar los siguientes elementos: (i) la posición y las propuestas de los actores, (ii) el comportamiento de la empresa y en particular si ésta tuvo o no la debida diligencia frente a los derechos del grupo étnico, (iii) cuál es la mejor forma de garantizar los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de

los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud-, (iv) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; (v) **los derechos de terceros que podrían verse afectados por la suspensión o, por el contrario, por la continuación del proyecto**, y (vi) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano”.³

Igualmente relevante es que durante la fase de suscripción de acuerdos con las comunidades en procesos de Consulta Previa, las empresas y el Gobierno suelen proponer obras, pagos o proyectos comunitarios que se condicionan a la aprobación de las mismas empresas sin discriminar si se trata de inversiones por mitigación, pago por arriendos, compensaciones o la participación en beneficios operacionales. En realidad, se trata de pagos predeterminados y estandarizados en “modelos de negocio” o, incluso, en retribuciones que están previstas en la Ley y no responden a un proceso genuino de valoración de impactos en los tiempos y con la información que ello exigiría, tomando en cuenta la duración, la magnitud y la intensidad de las afectaciones. Un ejemplo de esta ambigüedad en pagos y compensaciones está ampliamente documentada por Indepaz a propósito de los acuerdos que han suscrito las comunidades wayúu con las empresas que instalarán y operarán los parques eólicos:

“A las empresas les corresponde realizar todas las obras y acciones de ‘prevención, corrección, mitigación, recuperación y restauración eficaces’ y, aparte, entregar a la comunidad las compensaciones con valores sustentados. El pago por el uso del territorio, por servidumbres y participación en las utilidades debe ser completamente diferente y adicional a los anteriores conceptos de gasto de inversión. [...] En los acuerdos, la categoría ‘inversión voluntaria’ de las empresas en las comunidades se utiliza con diverso contenido y se superpone a las de ‘compensación obligatoria’ y ‘obras de competencia del Estado’. Si se considera necesario incluir el capítulo de ‘inversión voluntaria’, las empresas deben cuidar que los recursos destinados a esa inversión sean adicionales a las obligaciones de gasto por impactos, compensaciones o pagos por derechos territoriales o por vinculación laboral”. (Posso, Barney, 2019)

2. El Covid-19 en la escena de la Consulta Previa

En abril de 2020, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH expidió la Resolución 1/2020 con el fin de recomendar a los Estados de las Américas que las medidas que se adopten para la atención y contención de la emergencia desatada por el virus COVID-19, deben observar el pleno respeto de los derechos humanos.

3 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU123/18. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU123-18.htm>

Específicamente en relación con los derechos de los pueblos indígenas, este organismo hizo una serie de recomendaciones especiales para el manejo de cuatro asuntos centrales: i) el respeto irrestricto al apartamiento de los pueblos en aislamiento voluntario; ii) la garantía redoblada del derecho a la atención en salud con pertinencia cultural y articulada a las medicinas tradicionales; iii) la divulgación de información sobre la pandemia en idiomas propios y con facilitadores interculturales, y iv) un llamado a abstenerse de promover iniciativas y realizar consultas previas:

“[Recomienda] 57. Abstenerse de promover iniciativas legislativas y/o avances en la implementación de proyectos productivos y/o extractivos en los territorios de los pueblos indígenas durante el tiempo en que dure la pandemia, en virtud de la imposibilidad de llevar adelante los procesos de consulta previa, libre e informada (debido a la recomendación de la OMS de adoptar medidas de distanciamiento social) dispuestos en el Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales y nacionales relevantes en la materia”. (CIDH, 2019)

Pero tan solo unos días antes de la publicación de estas recomendaciones de la Comisión Interamericana, el Gobierno nacional y las empresas, lejos de inhibirse de implementar iniciativas y proyectos extractivos, habían pretendido continuar su desarrollo y, con ello, el desmonte de las garantías del derecho a la CP. En efecto, la llegada de la pandemia del coronavirus y las medidas de confinamiento promulgadas por los gobiernos nacional y locales dio lugar a que el Mi-

Pronunciamiento en rechazo a la Circular Externa del Ministerio del Interior

“Las Organizaciones Indígenas de la Mesa Permanente de Concertación [...] RECHAZAMOS categóricamente la circular CIR29020-19DMI-1000 expedida por el del Ministerio del Interior, por medio de la cual se establece el “uso de medios virtuales para la realización de Consulta Previa de medidas legislativas y administrativas, para la prevención de contagios del COVID-19”.

Lo anterior, por ser abiertamente inconstitucional y violatoria del derecho fundamental a la Consulta Previa, Libre e Informada, tal como está consagrado en el Convenio 169 de la OIT, [...]

Denunciamos, que dicha circular fue expedida de manera inconsulta con los pueblos indígenas, violando el principio de buena fe, [...] La mala fe en la expedición de dicha circular se denota, además, en el hecho de haber sido expedida el día 27 de marzo de 2020, sin una información previa, verás y oportuna; haciéndola pública solo hasta el día 15 de abril de 2020.

A ello se suma, el hecho de que el gobierno Nacional justifique la expedición de dicho Acto Administrativo, en el marco de las medidas conducentes a prevenir y detener el COVID-19, cuando en realidad pretende extender dicha medida a todo proyecto, obra, labor o actividades extractivas, para que puedan desarrollarse en los territorios indígenas mientras dure el aislamiento preventivo obligatorio, más no, en el marco de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, social y Ecológica para atender la crisis humanitaria”.

nisterio de Interior, en acuerdo con empresarios interesados, expidiera un acto administrativo inconulto (circular externa) mediante el cual se establecía un mecanismo inédito de consulta previa virtual que, supuestamente, permitiría el avance de obras y proyectos sin afectar los estándares de la consulta. Decía la circular:

“Recomendar, promover y permitir el uso de herramientas tecnológicas y canales virtuales, para que en la mayor medida posible y de manera libre e informada, se adelanten consultas previas de proyectos, obras y actividades, y de medidas legislativas y administrativas, con las comunidades indígenas, Rom, negras, afrocolombianas, rai-zales y palenqueras, mientras dure el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia por causa del COVID-19.” (Ministerio de Interior Colombia, 2020)

Este mecanismo que evidentemente contravenía los principios y los mínimos estándares de la Consulta Previa, fue lanzado por el Gobierno nacional valiéndose de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República para legislar durante el Estado de Excepción declarado en virtud de la pandemia. Y aunque esta circular que autorizaba la utilización de medios virtuales para desarrollar las consultas en territorios étnicos fue revocada gracias a la presión de las organizaciones indígenas, sectores sociales, ambientalistas y la Procuraduría General de la Nación, revela claramente cómo el Gobierno colombiano actual continúa reduciendo la CP a un mero requisito formal que puede aplicarse obviando la Constitución, la ley, y los mínimos estándares internacionales establecidos en la materia.

“La Procuraduría General de la Nación pidió a la ministra del Interior, Alicia Victoria Arango Olmos, revocar la Circular Externa CIR2020-29-DMI-1000 del 27 de marzo del 2020 sobre el uso de mecanismos virtuales para la legalización de consultas previas, por ser abiertamente contraria a la Constitución, a la ley y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. [...] Para la Procuraduría, la circular atiende la necesidad de adelantar la consulta como tramite, más no como derecho fundamental del cual el Estado es garante, toda vez que la consulta virtual como se establece en el acto administrativo, “no es un procedimiento pertinente y adecuado para llegar a un acuerdo con las autoridades representativas de los pueblos y las comunidades, que en cada caso puede ser diferente”. (Procuraduría Colombia, 2020).

En Colombia, como vemos, no son pocas las señales del ocaso de los derechos fundamentales a la Consulta Previa y su derecho correlativo, el Consentimiento Libre, Previo e Informado. Y así lo han señalado las organizaciones, pueblos y comunidades étnicas que han venido replanteándose la CP, no solo como mecanismo de participación y diálogo intercultural, sino como un derecho bisagra que debería permitir la realización de todos los derechos fundamentales de los que son acreedores. Desde luego, estas consideraciones pasan por un posicionamiento desde la autonomía y la libre determinación asumidos también como derechos fundamentales

menoscabados por la proliferación de consultas inocuas, y la incapacidad vinculante del Consentimiento Libre, Previo e Informado.

3. Los derechos a la autonomía y la libre determinación

Las facultades de gobernar, administrar y aplicar justicia en los territorios colectivos de acuerdo a sus usos, costumbres y sistemas de derecho, son constitutivas del derecho a la autonomía de los pueblos y comunidades étnicas en Colombia. Este derecho es reconocido en la Constitución Política a través de los Artículos 246º y 330º, pero igualmente por la jurisprudencia constitucional y otras normas como el Decreto Constitucional Nº 1953 de 2014 que crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de su administración.⁴ El Artículo 10º de esta norma enlaza la autonomía y la libre determinación, estableciendo como uno de sus principios de interpretación que:

“Autonomía y libre auto-determinación:

Es el ejercicio de la ley de origen, derecho mayor o derecho propio de los Pueblos indígenas, que con fundamento en sus cosmovisiones les permite determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, ejercer funciones jurisdiccionales, culturales, políticas y administrativas dentro de su ámbito territorial, el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus territorios y vivir sus planes de vida, dentro del marco de la Constitución Política y de la ley”.

El núcleo de la autonomía y la libre determinación

“El núcleo esencial de la autonomía y autodeterminación de las comunidades indígenas, según las jurisprudencia constitucional, recae en la potestad de gestionar y satisfacer sus intereses propios en el marco territorial que habitan (artículo 287 CP), por consiguiente, cualquier interferencia del Estado debe, primero, estar fundamentada en la Constitución y la ley; segundo, tratar de medidas útiles y necesarias para la protección de los derechos fundamentales o colectivos involucrados; y, tercero, ser las medidas menos gravosas para la autonomía política de dichas comunidades étnicas. Así, el Estado tiene que reconocer, respetar y proteger estos derechos y, por consiguiente, asume obligaciones positivas y negativas, pues le corresponde “tanto facilitar esa gestión (de autogobierno) como abstenerse de interferir indebidamente en la toma de las decisiones” (Corte Constitucional, Sentencia T-063 de 2019)

Ahora bien, el derecho a la libre determinación entró al Bloque de Constitucionalidad por conducto de instrumentos internacionales, especialmente el Convenio Nº 169 de la OIT (Ley 21 de 1991 en el ordenamiento interno), siendo posteriormente demarcado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en perspectiva de su protección. Al respecto, ha dicho el Tribunal que la garantía de este derecho depende, a su vez, de un encadenamiento de garantías para otros

4 Disponible en <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1376173>

derechos: “El derecho a la libre determinación comprende al menos tres ámbitos de protección ligados a distintos factores de interacción de las comunidades étnicas [...]”.⁵

Imagen 1 – Libre determinación, autonomía y participación en Colombia

Participación	Libre determinación	Autogobierno
<p>Se manifiesta:</p> <ul style="list-style-type: none"> • En el derecho a la consulta previa de todas las decisiones que les conciernan directamente y • En un derecho general de participación respecto de otras decisiones que les afecten indirectamente. 	<p>Comprende:</p> <ul style="list-style-type: none"> • El derecho de las comunidades étnicas a participar en la toma de decisiones políticas; • La posibilidad de participar a través de los representantes elegidos según las tradiciones y prácticas de cada comunidad; • El derecho de las comunidades étnicas a determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno; • El derecho a darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; • El derecho de adoptar las decisiones internas o locales que estime más adecuadas para la conservación o protección de sus fines. 	<p>Garantiza:</p> <ul style="list-style-type: none"> • El pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y, en los casos apropiados, obliga a proporcionar los recursos necesarios para este fin. • Permite a las autoridades indígenas ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial; • Garantiza que los territorios indígenas sean gobernados por autoridades o instancias según sean los usos y costumbres de la respectiva comunidad.

Fuente: elaboración propia a partir de Corte Constitucional, Sentencias C-882/11 y T-693/11

Es cierto que los enunciados constitucionales, legislativos y jurisprudenciales establecen garantías para el ejercicio de los derechos a la participación (consulta y consentimiento previo, libre e informado), el autogobierno y la libre determinación, pero la realidad muestra que la misma CP enmascara el declive de la autonomía y la libre determinación y disminuye su eficacia como los verdaderos bastiones del Estado multicultural.

Respecto al derecho a la libre determinación y el autogobierno -circunscritos a las acepciones constitucionales y de ley antes esbozadas-, bien puede afirmarse que han sufrido un ostensible menoscabo. De hecho, es frecuente el menosprecio de las formas de representación y autoridad que han determinado los pueblos en sus territorios, al punto de que muchos procesos de CP han generado conflictos graves de representación interna y desestructuración

5 Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-882/11, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria-/2011/C-882-11.htm>

de las formas de gobierno propio debido a prácticas corruptas, amañadas o descuidadas por parte del Estado y los particulares, lo cual incluso ha obligado a las comunidades a interponer recursos de amparo en los cuales ponen en conocimiento la mala fe y las afectaciones a sus autoridades e instituciones de gobierno:

“La comunidad indígena se quejó de que **las empresas accionadas confunden intencionalmente a sus miembros y/o propician su división, cooptando a algunos de sus líderes e incluso ofreciéndoles dádivas económicas para que renuncien a defender los intereses de aquélla, hechos todos que afectan su gobernabilidad interna.** A este respecto mencionaron dos casos específicos, de líderes que con anterioridad ejercieron el cargo de Capitán Mayor del resguardo, el primero de los cuales, durante los procesos de consulta previa adelantados en el año 2009 solicitaba al Ministerio de Ambiente concluir rápidamente esos procesos, sin importar que la comunidad no hubiera podido expresarse adecuadamente durante ellos, y, el segundo, quien recibió donativos por parte de tales empresas e intentó continuar ejerciendo su cargo después de concluido su período, con el propósito de favorecer los intereses de estas últimas”. (Corte Constitucional, Sentencia T-764/15)⁶

Por otra parte, es un hecho que entre los miles de procesos de CP llevados a cabo en Colombia en materia de obras o proyectos extractivos –hay excepciones entre las consultas adelantadas sobre temas administrativos y legislativos–, ninguno de ellos ha sopesado o to-

Constitución Política y autonomía

ARTICULO 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

ARTICULO 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades [...]

ARTICULO 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.

ARTICULO 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

- 1. Gobernarse por autoridades propias.*
- 2. Ejercer las competencias que les correspondan.*
- 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.*
- 4. Participar en las rentas nacionales.*

6 Disponible en https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-764-15.htm#_ftnref6

mado en cuenta el derecho a que los pueblos y comunidades étnicas prioricen su opción de desarrollo y los planes o proyectos de vida de sus territorios aunque estos se vean amenazados por las intervenciones de los terceros.

En este sentido, las comunidades no han sido libres para adoptar las decisiones internas que estiman más adecuadas para la conservación o protección de sus fines y, en últimas, nunca han podido lograr el desistimiento de alguna obra o proyecto en un proceso de CP porque hayan argumentado y demostrado que su postura responde a la defensa de sus propios intereses colectivos, culturales, ambientales y de desarrollo. Esto significa que, como lo afirma Rodríguez (2014), “[...] no atender la decisión de los pueblos indígenas implica vulnerar tanto su derecho a la autodeterminación como su derecho a la autonomía”.

4. Los protocolos autonómicos de Consulta Previa en Colombia

“...La Consulta Previa es un derecho fundamental a través del cual se protegen otros derechos, pero contrario al propósito con que fue creada, se ha llevado al mercantilismo; porque el territorio y todos los derechos que se ponen en juego en una Consulta se volvieron objeto de negocio económico. De esta manera también se ha contribuido al despojo y a la desterritorialización de los pueblos afro descendientes en el país.”
(Comunidades negras del Palenque, En OACNUDH, 2013)

4.1. Una respuesta al vaciamiento de la consulta y el consentimiento

Como hemos dicho, en Colombia se advierte una situación muy peculiar en relación con el ejercicio del derecho a la participación a través de la consulta previa porque al tiempo que se han dado avances jurídicos que resultan favorables a los intereses de los pueblos y comunidades étnicas y se han llevado a cabo miles de consultas, son evidentes el bajo cumplimiento de estándares en su aplicación y los nulos efectos vinculantes de las propuestas o decisiones de las comunidades cuando son adversas a la intervención, es decir, la inviabilidad fáctica del derecho al Consentimiento Previo Libre e Informado como correlato de la Consulta Previa so pretexto de que no existe un derecho al veto.

Siendo que el consentimiento es solución de continuidad y finalidad de la CP, hace alrededor de una década la jurisprudencia constitucional fue un poco más allá de lo que en su momento consideró el Convenio N° 169 de la OIT y estableció que el consentimiento era una decisión de los pueblos étnicos que podría ser vinculante cuando estaban abocados a daños importantes en su territorio, sociedad, recursos y cultura.

“[...] esta corporación aclara 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.**" (Corte Constitucional, Sentencia T-376/12)⁷

Sin embargo, en un lanzamiento al vacío de los derechos a la CP y al CPLI, la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional colombiana ha ido declinando la eficacia de los dos derechos y restándoles fuerza vinculante, dejándolos básicamente reducidos, la consulta previa, a un proceso de diálogo intercultural, y el consentimiento libre, previo e informado, a una selección del daño menos lesivo.

[...] la consulta previa debe seguir unos criterios generales para que no exista violación de tal derecho fundamental: (i) su objetivo debe ser el de alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades; (ii) el principio de buena fe, que debe guiar la actuación de las partes; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados; **(iv) la consulta constituye un proceso de diálogo y no un derecho de veto de las comunidades.** Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto y a la diversidad de los pueblos.

Es de destacar el adelanto reciente que se ha hecho en materia de consentimiento libre, previo e informado como requisito de la consulta. En la sentencia T-129 de 2011 fijó los criterios para la obligatoria búsqueda del consentimiento libre, previo e informado de las comunidades en algunos casos. **En estos eventos -señaló esta Corte- las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva para ellas:** a) Cuando la medida implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad. (b) Cuando esté relacionada con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas. (c) Cuando representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma". (Corte Constitucional, Salvamento de voto, Sentencia T-313/16)⁸

Cabalgando sobre este marco jurisprudencial, el gobierno nacional ha consolidado durante los últimos años un "protocolo estatal" de Consulta Previa que se fundamenta en la Guía para la

7 Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-376-12.htm#_ftnref68

8 Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-313-16.htm>

Realización de la Consulta Previa, reglada en la Directiva Presidencial N° 10 de 2013,⁹ acto administrativo inconsulto que a pesar de tener muy baja jerarquía jurídica y ser rechazado por los pueblos y comunidades étnicas y sus organizaciones representativas, ha marcado el rumbo de la consulta y el consentimiento hasta el presente (ONIC, 2019). De allí que, con este librito en mano, los funcionarios de la Dirección de Consulta Previa dan inicio a las consultas previas advirtiendo a las comunidades étnicas que la CP “no constituye un derecho al veto”, y que en la eventualidad de inasistencia a un proceso consultivo por parte de la comunidad, el gobierno determinará la viabilidad de la obra o proyecto luego de la aplicación de un “test de proporcionalidad” mediante el cual determinará los impactos y fijará las medidas de manejo, obviamente, sin participación alguna de los pueblos o comunidades afectadas.¹⁰

Ahora, en caso de que la comunidad rechace de plano la intervención como fruto de su propia evaluación, serán las entidades y las empresas las que determinarán la “alternativa menos nociva”, y solo el eventual aniquilamiento de la comunidad, dará lugar a la reformulación del proyecto.

“Si se requiere el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad, según lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, la DCP debe asegurarse de informar las entidades competentes del sector sobre su deber de explorar las alternativas menos nocivas para las comunidades étnicas. Si de dicho proceso resulta que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento y desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine. En este caso, se convocará a una reunión con un comité de respuesta inmediata, o con el comité previsto en el CONPES PINES de ser el caso, para revisar posibilidades de reformulación del proyecto, y establecer la fecha final de cierre de la consulta”. (Directiva Presidencial N° 10 de 2013)

Así entonces, ante el declive en el contenido de estos derechos, y luego de décadas de experiencias negativas con los procesos consultivos, las comunidades y organizaciones indígenas, afrocolombianas, raizales y palenqueras continuaron reivindicando su derecho fundamental a ser consultadas e incidir en los asuntos que afectan sus territorios, sociedades y culturas, pero ahora, sabiendo que los mecanismos de la CP y el CLPI están en entredicho, anteponen la autonomía y la libre autodeterminación como derechos fundamentales que deberían enmarcar la CP en tanto representan una verdadera garantía para su pervivencia en el marco del Estado-nación.

En esta dirección, pueblos y comunidades entre los que se cuentan los arhuaco, nasa, y algunos afrocolombianos de los departamentos del Valle del Cauca y el Cauca, han pasado a plantearse la autonomía y a la libre autodeterminación como verdaderos fundamentos del re-

9 Disponible en: https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/12_directiva_presidencial_ndeg_10_del_07_de_noviembre_2013_4.pdf

10 Las entidades convocadas por el Ministerio de Interior para la aplicación del “test de proporcionalidad” del cual se desconocen pormenores, han sido la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo; la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, ANLA; y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, ICANH.

lacionamiento con el Estado, haciéndolos explícitos en nuevos instrumentos que se conocen como mandatos o protocolos autónomos de relacionamiento y consulta previa.

La historia de este tipo de instrumentos se remonta a más de una década, cuando en escenarios de encuentro e intercambio, las comunidades y sus organizaciones empezaron a proponer salidas autónomas para los problemas inherentes a las consultas, el principal de ellos, su falta de fuerza vinculante. En ese entonces, algunas comunidades y organizaciones reivindicaron sin éxito, su derecho a oponerse y vetar cualquier intervención que pudiera lesionar sus sociedades y territorios, pero sus decisiones fueron totalmente ignoradas por el Gobierno nacional.

“Seguimiento y veto. [...] 5.5 Si en un territorio colectivo, **se implementa un proyecto que fue inconsulto, las comunidades étnicas podrán frenar la ejecución de dicho proyecto**, hasta tanto no se cumpla con los procedimientos para el adecuado ejercicio de consulta previa.

5.6 Cuando las medidas comprometan alteraciones profundas en los territorios habitados ancestralmente por nuestras comunidades, **cada una tendrá la potestad de vetarlas.**

Por último las autoridades étnicas del Chocó declaramos estas consideraciones y procedimientos como mandato y debe ser cumplido por todas las instituciones y empresas que pretendan intervenir en nuestro territorio y que su acción sea sujeta de consentimiento previo, libre e informado”. (Foro Chocó, 2010)

Unos años más tarde, entre los años 2014 y 2017, con el apoyo de organismos como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Cooperación Española, se impulsaron nuevos procesos de trabajo ampliamente participativos en los territorios indígenas y afros, de los que resultaron protocolos autónomos como los del Pueblo Arhuaco; el Resguardo de Cerro Tijeras; el Pueblo Negro Norte-Caucano de los consejos comunitarios de los municipios de Suárez y Buenos Aires, y del Pueblo Negro de las Cuencas de los Ríos Mayorquín, Raposo y Anchicayá.

Una vez terminados y suscritos por las comunidades, estos protocolos se entregaron formalmente a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación en su calidad de entidades encargadas de impulsar, vigilar y monitorear los derechos humanos en el país, así como también a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior (ahora Autoridad Nacional de Consulta Previa) y a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, como órganos gubernamentales a cuyo cargo están los procesos de CP en representación del Estado colombiano. A continuación, se presentan algunos de los aspectos más relevantes de tres de estos protocolos.

4.2 Protocolo Autónomo del Pueblo Arhuaco para el Relacionamento con el Mundo Externo incluyendo la Consulta y el Consentimiento Previo, Libre e Informado (Confederación Indígena Tayrona - CIT)

La Sierra Nevada de Santa Marta, una montaña costera única desde el punto de vista biogeográfico y cultural, es el territorio ancestral de cuatro pueblos indígenas hermanos: Kággaba (kogi), Wintukwa (arhuaco), Wiwa y Kankuamo. Este ámbito territorial comprende toda la Sierra y termina en la frontera demarcada por la denominada “línea negra” (*Sey Kutukunumaku*), abarcando parte de los departamentos de Cesar, Magdalena y Guajira.

Conforme lo establece la Ley de Origen compartida por estos cuatro pueblos y agenciada por sus autoridades tradicionales “los *mamus* de la Sierra”, en ellos quedó depositada la responsabilidad del cumplimiento de las leyes naturales del mundo, razón por la cual son los hermanos mayores de la humanidad:

“La Ley de Origen nunca cambia, no vence ni prescribe, es eterna. El surgimiento de la vida se dio primero en el nivel espiritual, antes de aparecer la luz. Fue ahí cuando se determinaron las funciones de todos los elementos y fenómenos que hoy existen en el mundo natural, donde todos éramos personas, que es lo que denominamos la Ley de Origen. La responsabilidad del cumplimiento de las leyes naturales quedó a cargo de los Pueblos de la Sierra Nevada”. (Protocolo Arhuaco, 2017)

Pero aunque el compromiso indeclinable de la mayor parte de la población indígena y sus autoridades tradicionales ha sido mantener el legado cultural y las obligaciones de la Ley de Origen, en épocas recientes su territorio se ha visto azotado por múltiples formas de violencia que han dejado no solo un saldo de importantes afectaciones sociales y culturales, sino el despojo territorial, la muerte de decenas de personas y el desplazamiento forzado de centenares de indígenas.

La grave situación humanitaria por la que han atravesado los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta, no solo ha sido ampliamente documentada, sino también objeto de acciones jurídicas de la Corte Constitucional colombiana y de medidas cautelares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en favor del pueblo kankuamo.

Particularmente sobre la situación del pueblo Arhuaco, la Corte Constitucional llegó a establecer que en el marco del conflicto armado, sus comunidades fueron afectadas por “[...] homicidios, masacres y violaciones de derechos humanos cometidos por los actores armados ilegales y por miembros de la fuerza pública” (Corte Constitucional, 2009).¹¹ Pero en este contexto de crisis humanitaria, los pueblos de la Sierra también han enfrentado la amenaza derivada de la presencia del narcotráfico, empresas extractivas, evangelizadores y variados intereses que fueron invadiendo sus territorios contra su voluntad, sin que obtuvieran las garantías de protección por parte del Estado colombiano.

11 Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/a004-09.htm>

4.2.1 Conflictos en territorio del pueblo arhuaco

La Sierra Nevada de Santa Marta y sus áreas circundantes, constituyen el territorio ancestral de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra que se extiende hasta la línea negra, una frontera que engloba los hitos y áreas sagradas de estos pueblos, y que fue reconocida desde 1973 por el Gobierno colombiano y ratificada mediante el Decreto N° 1.500 del 6 de agosto de 2018 del Ministerio de Interior.

Al interior del área territorial demarcada por la línea negra también llamada “zona teológica de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta”, coexisten centros urbanos, propiedades de particulares, agroindustrias y, hacia el centro del territorio, resguardos indígenas y parques naturales. Por esta razón, la delimitación del espacio territorial ancestral de los pueblos de la

Sierra Nevada no ha sido pacífico frente al Estado y los particulares (Semana, 2019). De hecho, la precisión jurídica que ofreció el nuevo Decreto de 2018, generó inquietud y rechazo por parte de muchos sectores económicos y políticos con intereses en la región, pese a que esta norma se deriva de sucesivos fallos de la Corte Constitucional amparando los derechos fundamentales de los indígenas al territorio ancestral, la integridad económica y cultural, la consulta previa y el debido proceso, en particular las sentencias T-547 2010; T-693 2011; T-009 2013; T-849 de 2014, y el Auto 189 de 2013.¹²

Como ya se dijo, muchos son los conflictos e intereses particulares que rodean la Sierra Nevada. Entre los que históricamente han ocasionado más graves afectaciones a los pueblos indígenas, su territorio, espiritualidad y cosmogonía han sido, “[...] la colonización, la guaqueería, la implantación de cultivos ilícitos, la penetración de grupos armados ilegales, los megaproyectos de desarrollo vial, minero y energético, así como el turismo” (Confederación Indígena Tairona, 2015).

Durante las últimas décadas, la masiva presencia de actores armados no solo ha desatado la permanente violación a los derechos humanos individuales y colectivos, sino que ha ocasionado el despojo violento de tierras ancestrales luego de presionar el desplazamiento forzado, especialmente hacia el costado sur y oriente de la Sierra Nevada.

La línea negra

Decreto 1500 del 6 de agosto de 2018

“Artículo 1. Objeto. El presente decreto tiene por objeto redefinir el territorio ancestral de los pueblos Arhuaco, Kogui, Wiwa y Kankuamo de la Sierra Nevada de Santa Marta, expresado en el sistema de espacios sagrados de la “Línea Negra -Sheshiza”, como ámbito tradicional, de especial protección, valor espiritual, cultural y ambiental, así como establecer medidas y garantías para su efectiva protección, conforme los principios y fundamentos de la Ley de Origen de estos pueblos, en desarrollo de la Ley 21 de 1991 y atendiendo lo dispuesto en el Auto 189 de 2013 de la Corte Constitucional.” (Ministerio de Interior, 2018)

¹² Ver Opinión Caribe. ¿Qué es la Línea Negra? Disponible en: <https://www.opinioncaribe.com/2018/09/12/que-es-la-linea-negra/>

Pero igualmente, los intereses sobre recursos naturales y el desarrollo de infraestructura vial, portuaria, turística, represas y proyectos agroindustriales, han generado conflictos derivados de la omisión de consulta previa. Sobre el territorio de la Sierra Nevada y su piedemonte, se han proyectado megaobras que aun desde antes de ser construidas, generaron profundos conflictos internos y externos a los pueblos indígenas (Rodríguez, 2014). Algunos ejemplos son:

- Puerto Brisa: Puerto multipropósito para la carga y exportación de materiales siderúrgicos y carbón.
- Cercado ranchería: Embalse y Distrito de riego sobre el río Ranchería para suministro de agua a acueductos, cultivos y agroindustria.
- Besotes: Embalse Multipropósito para suministro de agua a acueductos, distritos de riego y producción hidroeléctrica.

Otro caso emblemático de reciente data es el otorgamiento de 132 títulos mineros en diferentes puntos al interior del espacio demarcado por la línea negra que originó una demanda de amparo constitucional por afectaciones y omisión de Consulta Previa.

“[...] con el propósito de obtener el amparo de su derecho fundamental a la consulta previa, presuntamente vulnerado por los demandados, **al expedir ciento treinta y dos (132) títulos mineros sobre el territorio sagrado denominado “Línea Negra”, sin antes haber realizado el procedimiento de consulta previa con las comunidades indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta.** Así mismo, al querer que dichos pueblos participen en trescientas noventa y cinco (395) consultas previas sin las garantías necesarias para poder ejercer el derecho adecuadamente, específicamente, sin que se haya concluido la elaboración del Protocolo de Consulta Previa, en el que se establezcan, en forma concertada con el Estado, los principios, procedimientos, instancias, tiempos y etapas, que deben surtirse en todos los procesos de consulta previa que se vayan a adelantar en el territorio ancestral de la “Línea Negra”. (Corte Constitucional, A205-17)¹³

Este tipo de decisiones administrativas mediante las cuales el Estado planea y determina obras e intervenciones inconsultas, y otorga derechos a terceros sobre el territorio ancestral, motivó que el pueblo arhuaco abocara la formulación de un protocolo autónomo para la consulta previa y el relacionamiento con el Estado. De hecho, en el momento de formulación del Protocolo Autónomo, se hallaba sobre la mesa la discusión y Consulta Previa del Embalse Los Besotes, una obra que pretende construirse en territorio del pueblo arhuaco para abastecer de agua a la ciudad de Valledupar en el departamento del Cesar.

13 Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2017/a205-17.htm>

4.2.2 Pilares del Protocolo Arhuaco

Ante la omisión de la consulta previa o, cuando se adelanta, la inutilidad de su participación en cientos de escenarios institucionales que no han garantizado su autonomía, libre determinación, ni la protección de sus territorios, nace el proceso de definición y construcción del protocolo autonómico del pueblo arhuaco que expone, para comenzar, los fundamentos de su Ley de origen, *Seyn Zare*.

“La Ley de Origen la cual contiene el *Kunsamu* de cada ser visible o invisible que existe; es el principio, base y norma que gobierna todo, la cual no excluye a ninguna sociedad o grupo humano. Esta Ley establece un ordenamiento preexistente a toda norma creada por el hombre” (Protocolo Arhuaco, 2017).

Protocolo Arhuaco

“Este protocolo por tanto establece principios, criterios, lineamientos/reglas y procedimientos de entendimiento basados en mandatos de La Ley de Origen a través del conocimientos, elementos de poder y el Ka'dukwu (los espacios sagrados), ya que es el Kunsamu el que ordena la sociedad y la naturaleza. El presente Protocolo Autónomo del Pueblo Arhuaco se proclama como un mandato acorde a sus derechos individuales y colectivos y a los rasgos generales de nuestra cosmovisión y visión de desarrollo propio, en ejercicio de la Jurisdicción especial indígena -artículo 330 CP-, dirigidos hacia la sociedad en general, el gobierno y los mismos pueblos que habitamos la SNSM”. (Protocolo Arhuaco, 2017)

A partir de un planteamiento ontológico que describe los pilares de la Ley de Origen; los principios constitutivos de su sociedad y tradiciones; su forma de relacionamiento con los *bunachu* (no indígenas), y las conductas prohibidas, el protocolo se presenta como un mandato “que nuestras autoridades deben hacer cumplir y el hermano menor debe respetar, pues rigen para nuestro territorio” (Ibíd.)

Otro aspecto fundamental que desarrolla el protocolo es “el mandato de cada elemento”, un conjunto de parámetros de valoración de afectaciones, según sea el estado o nivel de conservación de los elementos que hacen parte del orden del cosmos. De ello se desprende una perspectiva básica de los lineamientos de cuidado y de aquellas conductas o intervenciones humanas que pueden afectarlos, deben evitarse, o están prohibidas.

“Cada ser tiene su *Kunsamu*, tiene su norma individual, por ejemplo, la arena y la gravilla son los que purifican el agua, y a su vez el agua tiene su propia norma, así están relacionados todos los seres, elementos y fenómenos entre sí y tienen su norma. A partir del *kunsamu* se valora el estado de esa Ley en cada ser, los *Mamu* han identificado nueve estados o niveles de conservación en que se encuentra cada uno de ellos” (Ibíd.).

Sobre la base de este ordenamiento del mundo, se dispone también el orden humano. Por eso el protocolo describe la estructura del gobierno propio sobre el territorio “considerado sagrado en toda su extensión”, desde la jerarquía y funciones de los mamus, hasta las organizaciones representativas actuales.

“El Pueblo Arhuaco como sujeto colectivo debe considerarse integralmente. Las decisiones deberán tomarse con el direccionamiento de nuestras autoridades espirituales y de manera colectiva en consonancia con la Ley de Origen [...] Nuestro sistema de autoridad y gobierno como Pueblo Ancestral Arhuaco constituyen las instancias propias para la toma de decisiones y el relacionamiento con terceros”. (Ibíd.)

Siguiendo este orden de exposición, el mandato establece las formas de relacionamiento con terceros, incluyendo algunos aspectos relativos a la Consulta Previa, pero también introduce una nueva correlación entre la CP y el CPLI ya que invierte los términos al definir de antemano aquellos asuntos que, conforme a la Ley de Origen, no podrán obtener consentimiento y, por sustracción de materia, no tienen porqué ser consultados.

“No son usos permitidos dentro del territorio circundado por la Línea Negra *Niwi umuke*, aquellos que alteren los Kunsamu de los elementos agua, tierra, aire y fuego en sus distintas formas, por tanto los proyectos o actividades que alteren este orden no serán objeto de consulta, es decir, no tienen consentimiento de uso dentro del territorio ancestral y sagrado de la SNSM ya que alteran substancialmente nuestra vida física y cultural como Pueblo Arhuaco y el de la humanidad”. (Ibíd.)

Otro aspecto relevante del protocolo Arhuaco, tiene que ver con la validación de la calidad de los interlocutores, es decir, con la verificación y el acompañamiento de las entidades de Gobierno legítimamente delegadas, pero también con la calidad y responsabilidad de los interesados en la intervención:

“Los interesados deben presentar sus antecedentes relacionados con su relacionamiento con otros pueblos que hayan sido consultados para intervenciones de la empresa o entidad que representan, de manera que sea posible para el Pueblo Arhuaco verificar la buena fe, idoneidad y honestidad de los interesados en el reconocimiento y respeto de los derechos colectivos de los pueblos y sus autoridades”. (Ibíd.)

De esta manera, puede concluirse que el protocolo autónomo o mandato del pueblo arhuaco está totalmente construido sobre la Ley de Origen, a partir de la cual se definen de antemano no sólo la legitimidad de los representantes e interlocutores, sino de aquellas intervenciones que por el tipo de afectación que conllevan, no serán consentidas y, por lo tanto, no serán objeto de Consulta Previa.

4.3 Protocolo Autónomo del Pueblo Nasa de Cerro Tijera (Base para la Consulta Previa Interna-Externa y el Consentimiento Previo, Libre e Informado) - Autoridades Ancestrales -Thë'walawesx- y autoridades de gobierno propio Kha'buwesx-, líderes y lideresas del Pueblo Nasa -Nasawe'sx- del resguardo de Cerro Tijeras

El Pueblo Nasa Yuwe, o “gente del agua” (también denominado páez), está integrado por cerca de 243.176 personas que representan el 12,8% del total de la población indígenas del País (DANE, 2018). Habitan en múltiples comunidades dispersas en una amplia región del suroeste geográfico, especialmente en los departamentos del Cauca, Huila, Valle del Cauca, Putumayo, Caquetá y Meta.

El territorio ancestral de los nasa se extiende en cerca de 1.300 km², en una región conocida como Tierradentro, ubicada entre las cadenas orientales de la cordillera Central de los Andes, y las cuencas hidrográficas de los ríos Páez y La Plata al sur, y los ríos Yaguará y Páez al oriente. Es un territorio marcado “[...] por profundas depresiones, abruptos cañones, múltiples hondonadas, estrechos valles y pequeñas terrazas y altiplanicies; ríos, que dada la naturaleza del terreno, surcan violentos y caudalosos el territorio (Pachón, 1996).

Sin embargo, desde la época colonial el territorio de los nasas fue fragmentándose y, en su mayor parte, quedando reducido a pequeñas áreas de ocupación dispersa. Los procesos de despojo y segregación territorial han continuado hasta nuestros días, razón por la cual muchas de las comunidades de este pueblo, y entre ellas Cerro Tijeras, han mantenido una indeclinable resistencia en defensa de su territorio y autonomía pese a la cual no han obtenido el reconocimiento pleno de sus derechos territoriales colectivos ancestrales bajo la figura jurídica de resguardos. Esta circunstancia expone a las comunidades y territorio nasa a situaciones de amenaza permanente, más aún por hallarse en regiones de conflicto armado interno y corredores en pugna por el narcotráfico.

Frente a estas amenazas, el Gobierno nacional apenas responde reconociendo su carácter de “parcialidad”, es decir, una personería jurídica otorgada por ser “un grupo de familias” indígenas con identidad y gobierno propio, en este caso, un cabildo que abarca comunidades de los corregimientos de Los Robles, Betulia, Aguacalara y La Meseta, en el Municipio de Suárez, Cauca.¹⁴

4.3.1 Conflictos territoriales y consulta previa en Cerro Tijeras

En la historia reciente del cabildo nasa de Cerro Tijeras, son incontables los episodios de violencia que han recaído sobre la comunidad e integrantes de órganos de gobierno propio. En

14 Decreto 2164 de 1995. “Artículo 2º. Definiciones. [...] 2. Comunidad o parcialidad indígena. Es el grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que la distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad, o que no puedan acreditarlos legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes”. Disponible en <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1411247>

2009, el cabildo denunciaba el homicidio de 100 personas contadas desde 2001 cuando se empezó una sistemática matanza en la región del Naya por cuenta del paramilitarismo (CRIC, 2009).¹⁵ Desde esa fecha, la violencia no cesa y, por el contrario, muestra un grave recrudecimiento a partir del establecimiento del Gobierno de Iván Duque en 2018.

“En ese corredor del Naya, donde está ubicado el resguardo Cerro Tijeras y donde quedaron abandonados el sábado pasado los cadáveres de estas personas, solían bajar y subir paramilitares del Bloque Calima que cometieron la más cruel masacre en aquella Semana Santa de 2001 y, ahora, como lo han estado viviendo, en especial, en los últimos dos años, la zozobra y el miedo volvieron por la presencia de grupos armados”. (El Tiempo, 2019).

Pero la presencia de actores armados ilegales, narcotráfico y fuerza pública no ha sido el único factor de vulneración de derechos y menoscabo de la vida y el territorio colectivo en Cerro Tijeras. Desde comienzos de 1980, esta región ha sufrido los graves impactos derivados de la construcción y operación de la hidroeléctrica de La Salvajina. Esta monumental obra sobre el Río Cauca, tiene una extensión de 31 km y afecta los municipios de Morales, Suárez y Buenos Aires. Inicialmente, la obra se proyectó a pedido de grandes empresarios de caña de azúcar que pretendían controlar el caudal del río Cauca, evitar afectaciones de sus cultivos por inundaciones, y tener un abastecimiento regular de agua para consumo y riego. Posteriormente, el proyecto que inicialmente contó con el apoyo del Banco Mundial en el marco del el programa llamado “Plan Lilienthal”, se amplió con el desarrollo de la hidroeléctrica.

Las múltiples afectaciones de La Salvajina no han cesado con el tiempo, y la mayor parte de los compromisos adquiridos por los gobiernos nacional, departamental, municipal y la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca –CVC (actualmente articulados en torno a la Empresa de Energía del Pacífico –EPSA), no se han cumplido. Entre tanto, las poblaciones indígenas, afros y campesinas han fortalecido su organización para tomar acciones conjuntas ante los crecientes daños y la falta de respuesta estatal.

“[...] 36 poblados provenientes de 6 comunidades indígenas se unieron en protesta contra la CVC y la Represa Salvajina. Ellos declararon que varios efectos de la Represa no eran simples inconvenientes, sino violaciones a los derechos humanos. Sus reclamos incluyen: (1) Venta de terrenos por precios muy por debajo de los precios del mercado; (2) aislamiento de las comunidades debido la inundación de los caminos; (3) impacto en las actividades económicas como pesca y extracción de oro y otros minerales; (4) La descomposición de residuos que resultan en la producción de gases que afectan la salud de las comunidades locales; (5) alta dependencia en planchones para el transporte, que se han hundido en ocasiones y causado la muerte de varias personas”. (Cornell, 2019)

¹⁵ Ver también: Verdad Abierta. Los orígenes de la masacre de El Naya. Disponible en: <https://verdadabierta.com/los-origenes-de-la-masacre-de-el-naya/>

Una de estas acciones consistió en una demanda de tutela que pretendía revertir los efectos negativos de la obra. En un fallo a favor de los resguardos indígenas de Honduras y Cerro Tijeras, la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-462A/14, amparó los derechos de estas comunidades reconociendo los daños ocasionados a bienes jurídicos como la consulta previa, la libertad de circulación, la salud y la educación.

4.3.2 Pilares en el Protocolo Nasa de Cerro Tijeras

El relato de origen del pueblo nasa habla del gran espíritu, el *Ks'a'w Wala*, de cuyo poder como generador de vida nacieron diez espíritus quienes, a su vez, se unieron y engendraron todas las cosas del mundo, entre ellas, los nasa.

“Como Nasa en la lengua nativa es todo lo que tiene vida, movimiento, y como en la concepción Paez absolutamente todas las cosas de la naturaleza tienen vida, podemos decir que de esta relación surgió el mundo del medio o este mundo, p’ahte donde habitan los Nasa. De igual manera y de acuerdo con la cosmogonía el universo Nasa está representado en cuatro casas, la del gran espíritu, la casa de los diez espíritus, la casa de los Nasa y la casa de los *yu’k hi’pmeas* (los sin culo) que habitan las profundidades de la tierra”.¹⁶

Según lo explican los comuneros de Cerro Tijeras, su protocolo autónomo parte de la cultura y de una identidad colectiva estrechamente ligada a los animales, el sol, el agua y el territorio, todos profundamente afectados por la violencia armada y el daño infligido por la represa de Salvajina, una obra llevada a cabo sin consultar ni dar participación alguna a los pobladores de la región, y plagada de errores en los estudios técnicos que le dieron vía libre. De hecho, el muro del embalse se construyó sobre el espíritu del agua, *Xia Kue*:

“*Xia Kue*, el gran pez que genera el agua para todo el río Cauca fue afectado de forma irreparable. Esto no se puede volver a recuperar ni con toda la plata que haya podido generar esta represa. Fuera de eso se nos afectó una cantidad de plantas medicinales por las riveras de lo que era el río que tampoco se pueden volver a recuperar”. (Testimonio Autoridad Nasa, 2017).¹⁷

El protocolo autónomo se construye, entonces, sobre los pilares dictados por la Ley de Origen, en particular, el principio de respeto por lo natural y de una vida en armonía con la Madre Tierra, salvaguardando la espiritualidad ancestral Nasa y “en aras de conservar el agua, las

16 Plan de Salvaguarda de la Nación Nasa. Disponible en: https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/p.s_nasa_version_preliminar.pdf

17 Ver también: <https://www.youtube.com/watch?v=A3zeD7e78dA>

semillas, los alimentos, la medicina, los espíritus de la naturaleza, la gente no humana (animales, plantas, agua, minerales, piedras y aire), la vida misma” (Protocolo Nasa, 2017).

Luego de describir los hitos naturales y los sitios sagrados del Pueblo Nasa, el protocolo presenta la concepción del territorio ancestral estructurado en tres planos de manera tal que se hace explícita la relevancia de esta perspectiva cosmogónica en el mantenimiento del orden humano, natural y espiritual de la sociedad y la cultura.

A la presentación de estas bases establecidas en la Ley de Origen que, a la vez, son pilares en el relacionamiento con el exterior, sigue la descripción de las instituciones e instancias de gobierno y autoridad que atienden los asuntos de manejo filosófico, espiritual y armonización del territorio, por una parte, y los asuntos de administración y gobierno del territorio, por otra.

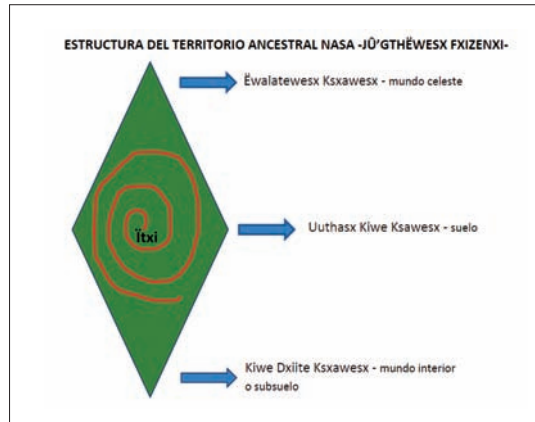
El mantenimiento del orden esencial de la sociedad, la cultura y la espiritualidad del pueblo nasa recae especialmente en sus autoridades ancestrales, los *Thé Wala*. Ellos y ellas son los portadores del conocimiento y del saber médico y ritual.

Por su parte, los *Ne'jwesx* son las personas elegidas y encargadas de gobernar y administrar el territorio, siempre sujetas a la guía de los *Thé Wala*. Y en un tercer plano, los nasas de Cerro Tijeras también reconocen el liderazgo de los nuevos agentes religiosos que tienen ascendencia sobre algunos integrantes de la comunidad. Aunque no son adoptados como autoridades, se reconoce su papel de liderazgo espiritual y tienen abierto un espacio de participación y diálogo con las demás instancias de autoridad y gobierno. Específicamente en materia de Consulta Previa, el Protocolo Autónomo establece que la única autoridad legítima para representar a la comunidad en los procesos de CP, es *Thë' Walawesx*.

Protocolo Nasa Cerro Tijeras

*“Este protocolo hace parte de los instrumentos de autogobierno y del ejercicio de jurisdicción especial al que tenemos derecho y debe ser respetado por todos. Tiene como objetivos, hacia afuera, la defensa del territorio, la autonomía y la autodeterminación, la cosmogonía y todos los derechos fundamentales del Pueblo Nasa del Resguardo de Cerro Tijeras. Asimismo el presente protocolo tiene como objetivo hacia el interior del Pueblo Nasa, garantizar a los comuneros y comuneras el *Wet Fxinxenzi* (el Buen Vivir) y establecer los procedimientos, principios de relacionamiento y participación del Pueblo Nasa del resguardo, cuando personas, entidades de gobierno, empresas nacionales o multinacionales, entidades religiosas, entidades no gubernamentales, actores del postconflicto, sistemas de gobierno distintos al nuestro y otros, quieran hacer cualquier tipo de intervención ya sea económica, de explotación de recursos naturales, educativas, ideológicas, espirituales, científicas, legislativas, administrativas del orden nacional, regional y local, que afecten, la vida, la cultura, la cosmovisión, creencias, instituciones, bienestar espiritual, el territorio y las tierras que habitamos, ocupamos o utilizamos de alguna manera.”.*
(Protocolo Nasa Cerro Tijeras, 2017)

Imagen 2 – Territorio ancestral Nasa



Fuente: Protocolo Nasa, 2017

“Por tanto, la autoridad legítima para ser tomada en cuenta en la consulta y el consentimiento previo libre e informado es la autoridad tradicional *Thē'* *Walawesx* y de gobierno del Pueblo Nasa”. (Ibíd.)

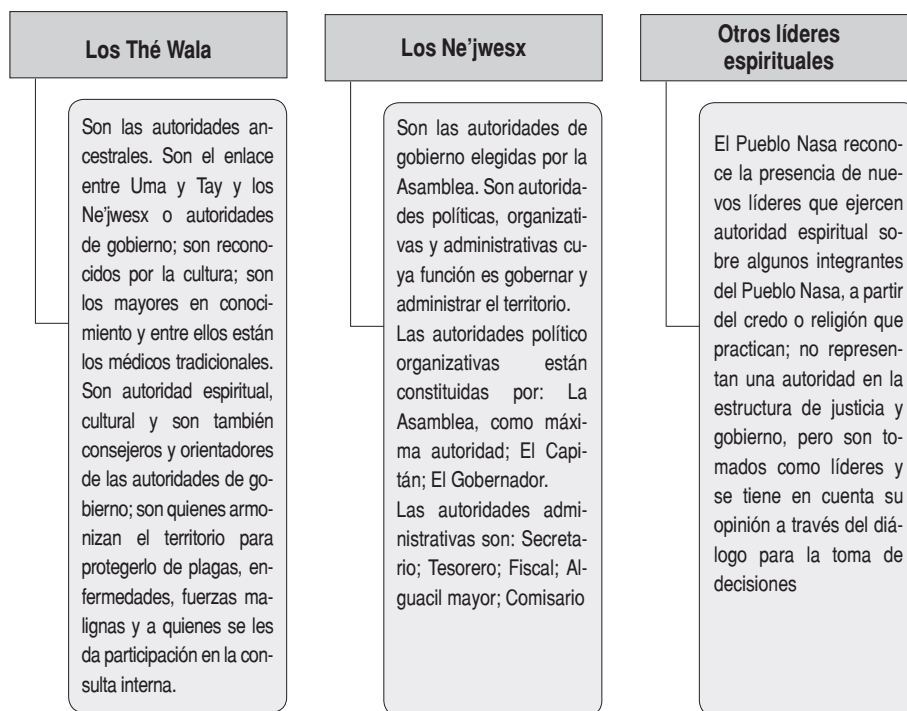
Es a partir de estos pilares que el Protocolo del Pueblo Nasa de Cerro Tijeras establece las categorías de asuntos que no podrían ser objeto de consulta previa ni obtendrían consentimiento por tratarse de conductas catalogadas como faltas y delitos que, por esta misma razón, dan lugar a sanción, tanto si son agenciadas por personas de la comunidad, como por personas o empresas externas.

“Las empresas o terceros que presenten interés en el territorio del Pueblo Nasa del resguardo de Cerro Tijeras y que se les haya comprobado alguno de los delitos enunciados en el capítulo de fundamentos de este protocolo no tendrán consentimiento de las autoridades de gobierno para acceder al territorio” (Ibíd.)

A la categórica negativa de acceso al territorio para aquellos a los que se les compruebe la comisión de delitos, se añade que toda persona, entidad, empresa e institución que los cometa, comparecerá ante las autoridades del Pueblo Nasa quienes se encargarán de tratar la situación y definir los pasos a seguir de acuerdo con el delito o falta cometida.

Sobre este marco referencial, el Protocolo de Cerro Tijeras pormenoriza una serie de faltas y delitos sancionables tanto si son cometidos por los propios integrantes de la comunidad, como por empresas, instituciones o particulares interesados en el uso o explotación de su territorio. Estos delitos son agrupados en cinco categorías, incluyendo en una de ellas la omisión de consulta y consentimiento cuando se produzcan normas, leyes, programas, obras, proyec-

Imagen 3 – Autoridades y Sistema de Justicia Nasa



Fuente: Protocolo Nasa, 2017

tos, actividades y decisiones que afecten al Pueblo Nasa. La omisión de consulta está catalogada como delito grave.

Un aspecto notable del Protocolo Nasa de Cerro Tijeras, es la forma en la que logra articular el sistema de justicia propio (la jurisdicción especial indígena)¹⁸ con la consulta y el consentimiento libre, previo e informado a través del catálogo de faltas y delitos sancionables en su jurisdicción. Estas faltas se pueden hacer extensivas a los terceros que pretendan intervenir en su territorio y determinan de antemano, no sólo la eventual negación de un consentimiento, sino el despliegue de un procedimiento especial concebido para aplicar la justicia indígena a los terceros sin desconocer las instancias judiciales y otras instituciones del Estado tales como la Defensoría del Pueblo:

18 La Jurisdicción Especial Indígena es la facultad que otorga la Constitución Política, Art. 246, a los pueblos indígenas para que administren justicia en todas las ramas del derecho al interior de sus territorios, de acuerdo con sus propios procedimientos, usos y costumbres. En este sentido, las autoridades indígenas son Jueces de la República en sus territorios.

Tabla 1

Conductas (faltas y delitos) que dan lugar a sanción y no son objeto de consulta en el Protocolo Autónomo de Cerro Tijeras

a) Delitos contra la naturaleza:

Incluyen la tala, quema, caza, pesca indiscriminadas; uso de químicos o venenos como cianuro, mercurio, etc.; explotación minera de mediana y gran escala, y la construcción de megaproyectos en el territorio.

b) Delitos contra la convivencia y la paz:

Son aquellas acciones que van en contra de las autoridades propias del Pueblo Nasa; la confrontación armada y, en general, la perturbación del orden social, cultural, natural, público de la armonía y equilibrio dentro del territorio Nasa.

c) Delitos contra la cultura, la identidad y la integridad cultural:

Se consideran en este grupo, acciones tales como la discriminación de la lengua ancestral; la educación que no reconoce y respeta la cosmovisión, los valores y prácticas culturales; el irrespeto desconocimiento o discriminación de las autoridades ancestrales y de gobierno y sus símbolos de autoridad; la emisión de información o producciones culturales por parte de los medios que vaya en contra de la cosmovisión, usos y costumbres del Pueblo Nasa; la adopción de niños y niñas Nasa por terceros. Entre los delitos graves se consideran la afectación a los sitios sagrados cualquiera sea el tipo de intervención, y el desconocimiento de la autoridad y sistema de justicia del Pueblo Nasa al aplicar la justicia ordinaria sin tener en cuenta la Ley de Origen del Pueblo Nasa.

d) Delitos contra la autonomía y la jurisdicción especial indígena:

Estos delitos consisten en el desconocimiento, irrespeto y lesión contra la autoridad ancestral Thë'Walawe'sx, o contra la autoridad de gobierno que incluye el Consejo de Mayores Thë'sawes, y la Directiva del Pueblo Nasa Ne'hwe'sx. También la intervención de terceros para influenciar en las decisiones dentro del Pueblo se considera un acto de soborno y promoción de la corrupción y división dentro del Pueblo y constituye un grave delito, al igual que la intervención mediante normas, leyes, programas, obras, proyectos, actividades y decisiones que afecten al Pueblo Nasa sin su debida consulta o consentimiento.

e) Delitos contra la soberanía alimentaria:

Se consideran en este grupo de delitos la introducción, la imposición de semillas o alimentos manipulados genéticamente o que restrinjan y cambien los usos tradicionales de las semillas, las plantas alimenticias, árboles, frutos y demás vegetales de uso alimentario. No son viables el impulso de monocultivos forestales o agroindustriales (legales o ilegales) en los territorios del Pueblo Nasa.

Fuente: Elaboración propia a partir de Protocolo Nasa

“Las empresas o terceros que presenten interés en el territorio del Pueblo Nasa del resguardo de Cerro Tijeras y que se les haya comprobado alguno de los delitos enunciados en el capítulo de fundamentos de este protocolo no tendrán consentimiento de las autoridades de gobierno para acceder al territorio”. (Ibíd.)

Pero además de este enfoque que pone de relieve aspectos sustanciales de la sociedad, la cultura, el gobierno y el territorio de los nasa con vistas al desarrollo de una consulta previa y el otorgamiento del consentimiento, este protocolo hace suyo el principio de solidaridad y lo extiende, no solo al conjunto del pueblo nasa y otras colectividades indígenas, sino a los colombianos en general. En ejercicio de su autonomía y admitiendo aún la eventualidad de intervenciones de gran impacto sobre su territorio y su cultura, los nasa condicionan el consentimiento de grandes obras a una serie de requisitos que están en la línea de la soberanía nacional y el cumplimiento de una función social tal como lo establece la misma Constitución Política:

“Las empresas o megaproyectos que presten un servicio público que tiene un costo territorial para el Pueblo Nasa y para la naturaleza no deberán ser privatizadas, no deberán ser ejercidas por extranjeros, no deberán generar sobrecostos a los usuarios, deberán compensar los daños y las afectaciones causadas. Sólo bajo este cumplimiento se les dará viabilidad en el territorio del Pueblo Nasa” (Ibíd.).

4.3.3 Protocolo Pueblo Negro Nortecaucano para la Consulta y Consentimiento Previo Libre e Informado - Consejos Comunitarios de los municipios de Suárez y Buenos Aires del Departamento del Cauca

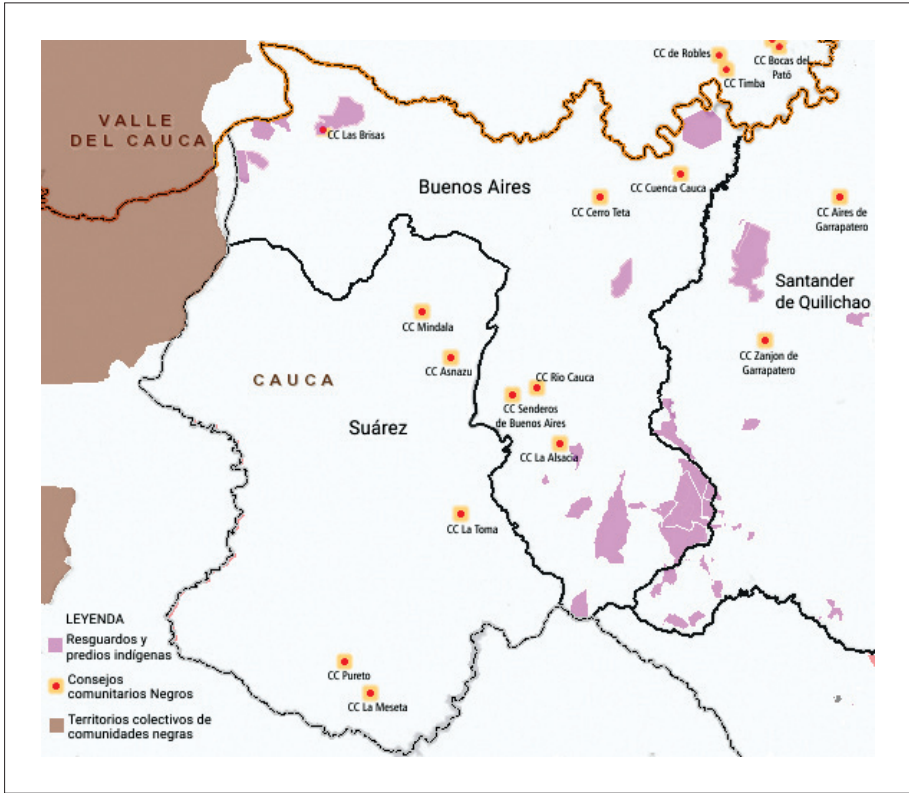
El territorio de las comunidades negras del norte del departamento del Cauca, se extiende en una vasta zona demarcada por los cerros de la cordillera occidental de Los Andes que se abren al valle geográfico del Río Cauca.

Esta región intercultural de inmensa riqueza y biodiversidad, se localiza en varios municipios del sur del departamento del Valle del Cauca y el norte del departamento del Cauca, y se distribuye en dos subregiones: la cuenca alta o parte de ladera donde están los municipios de Buenos Aires, Suárez y Morales, y la zona plana del Valle donde se encuentran los municipios de Puerto Tejada, Guachené y Padilla, entre otros (Caicedo, 2018).

Cohabitada por comunidades indígenas, negras y campesinas, la región se caracteriza por la presencia de formas de propiedad colectiva legalizadas como resguardos indígenas, y territorios ancestrales de comunidades negras aún sin legalizar por el Estado. Estos territorios son gobernados por autoridades propias que, en el caso de las comunidades negras, se articulan en Consejos Comunitarios:

- **Consejos Comunitarios de Suarez:** CC Mindalá; CC Asnazú; CC Bellavista; CC La Toma; CC Pureto; CC La Meseta

Mapa 1 – Consejos de comunidades negras y territorios étnicos en Suárez y Buenos Aires



Fuente: elaboración propia con base en cartografía SIGPE

- **Consejos Comunitarios Buenos Aires:** CC Las Brisas; CC Cuenca Cauca; CC Cerro Teta; CC Río Cauca; CC Senderos de Buenos Aires; CC La Alsacia

El territorio en el cual se gestó este Protocolo Autónomo corresponde a “la región cultural de la comunidad negra asentada en las zonas ribereñas de los ríos Cauca, Ovejas, Marilópez, Marilopito, Inguitó, el Timba, Aznazú y sus afluentes. Este territorio cubre los poblados de La Toma, Mindalá, Aznazú, Meseta, Buenos Aires, Pureto, Brisas, Bellavista y Timba –Cauca” (Protocolo Norte-Caucano, 2014).

Específicamente en los municipios de Suárez y Buenos Aires, los afrocolombianos que se auto identifican como pertenecientes a una etnia diferenciada representan más de la mitad del total de la población y ascienden aproximadamente a 41 mil personas, en tanto la población indígena de los dos municipios suma unas 12 mil personas.

Tabla 2
Población indígena en municipios Buenos Aires y Suarez

Municipio	Población total municipio	Población y % según pertenencia étnica 2018			
		Indígenas	% Indígenas	Afro	% Afro
Buenos Aires	32.049	5.192	16,2	21.954	68,5
Suárez	32.526	6.896	21,20	18.930	58,20
Total	64.575	12.087		40.884	

Fuente: elaboración propia a partir de censos 2005 y 2018

4.3.3.1 Conflictos territoriales y consulta previa en comunidades negras

La historia de los pueblos y comunidades étnicas de Suárez y Buenos Aires, ha transcurrido en medio de esclavitud, extractivismo y violencia. A finales del siglo XVI y comienzos del XVII, los negros fueron esclavizados a lo largo de las cuencas de los ríos Ovejas, Cauca y Maripito, en un enclave aurífero conocido como la primera mina de Xelima (Protocolo Norte-Caucaño, 2014).

Ya al momento de la abolición de la esclavitud a mediados del siglo XIX, las actividades económicas predominantes de la región eran la agricultura, la ganadería y la minería, pero la propiedad de la tierra se mantuvo en manos de los antiguos esclavistas pese a que los trabajadores continuaron siendo negros y negros libres en calidad de terrajeros. Durante el siglo XX, las condiciones de vida de las comunidades no variaron sustancialmente, manteniéndose con actividades como la agricultura de pancoger, el jornaleo en haciendas de caña, o el barequeo (aprovechamiento artesanal del oro de aluvión). Fue solo hasta la década de 1980 con el proyecto de represa e hidroeléctrica de La Salvajina sobre el río Cauca, cuando las comunidades originarias empezaron a experimentar el importante daño ambiental de obras e intervenciones de gran magnitud, que transformaron desde su forma de organización social, hasta sus formas de ocupación del territorio.

A la construcción inconsulta de la hidroeléctrica, siguió la primera avalancha de retroexcavadoras para explotación aurífera auspiciada por el otorgamiento, también inconsulto, de títulos mineros a nombre de empresas y particulares desde el año 2000. Los efectos por daños ambientales y conflictos sociales y territoriales derivados de la actividad minera no impidieron que cientos de mineros venidos de otras partes del país y empresas extractivas de mayor envergadura se instalarán en la región gracias, entre otras cosas, a que dieron dádivas, promovieron rupturas entre las comunidades y sus representantes, y se apuntalaron en los grupos armados ilegales que habían llegado a la región de la mano del narcotráfico para disputarse el control del territorio y así consolidar corredores de tráfico de drogas hacia el Pacífico:

“Otros municipios de la región también se han visto afectados por la presencia de actores armados ilegales. El municipio de Suárez ha sido estratégico en la confrontación al formar un eje con municipios del centro del Cauca estableciendo un camino hacia el Pacífico caucano por medio de los ríos Naya y San Juan. Asimismo, dos factores han cobrado importancia desde hace media década sobre los indicadores de violencia del municipio: el desarrollo de megaproyectos y la minería” (FLIP, 2013)

En este escenario de intrincados intereses económicos y violencia armada, fue que el Gobierno nacional, lejos de contribuir a eliminar factores que recrudecían la crisis humanitaria de las comunidades étnicas del norte del Cauca, profundizó los problemas con la entrega de cientos de títulos mineros, el desarrollo de proyectos y la implantación de medidas administrativas, todos ellos sin Consulta Previa:

No solo la minería ilegal es una amenaza en el ejercicio de los derechos colectivos al territorio. La solicitud formal de títulos para la extracción minera también ha implicado un desconocimiento de los derechos territoriales de estos consejos comunitarios. Hoy en día existen 267 títulos y concesiones mineras en el norte del Cauca concedidas por el gobierno sin consulta previa en violación del mandato constitucional y legal (Diez, 2017).

Pero al lado de estos acontecimientos y conflictos, había venido produciéndose desde de 1990 un cambio de coordenadas, tanto en la concepción del Estado monocultural hegemónico, como en los pilares del derecho internacional de los derechos humanos respecto a los pueblos indígenas. En este contexto, se promulgó la nueva Constitución Política de Colombia en 1991; se adoptó el Convenio N° 169 de la OIT, y se expidió la Ley N° 70 de 1993.

El premio Goldman Ambiental

“Llegaron con el nombre de Kedahda y como no encontraron cabida, aparecieron como Anglo Gold Ashanti y empezaron a medio invertir en una carreterita. Un día le dije al jefe, ¿por qué invertimos tanto tiempo en esta zona? Me respondió que ‘La Toma está sentada sobre el oro; por eso es tan codiciada’”.

La comunidad recuerda el exceso de bondad. Les dieron herramientas a los agricultores; en el inicio de clases donaban libros a los niños; a quienes les gustaba el fútbol les daban balones y uniformes, y a los grupos musicales les donaban instrumentos. “Algunos dijeron, ‘esta gente como que sí quiere el progreso’, pero otros pensamos que ‘de eso tan bueno no dan tanto’; alguna intención tienen. Ya se hablaba de un proyecto minero, escuchamos a nuestros mayores y le dijimos ‘no’ a la Anglo Gold”, señala Francis Márquez, quien dedicó su vida a la minería ancestral y lideró la lucha contra la minería ilegal en La Toma, labor que le mereció en el 2018 el Premio Goldman Ambiental, considerado el Nobel verde”. (El País.com, 2019).

La Ley N° 70 marcó un hito en la reafirmación, no solo de la propiedad colectiva de las tierras que ancestralmente han ocupado las comunidades negras, sino también de su carácter como grupo étnico diferenciado con identidad, tradiciones, cultura propia y, en consecuencia, como sujetos colectivos de derechos.

A partir de estos renovados cimientos de los sistemas de derecho nacional e internacional, se produjo la confluencia de procesos organizativos y luchas históricas de las comunidades negras por conquistar el reconocimiento de sus territorios, tradiciones y formas de gobierno en una causa que se mantiene aún más vigorosa y que, entre muchos otros avances, dio luz a iniciativas autonómicas más audaces tales como los protocolos autónomos de consulta previa.

Protocolo comunidades negras de Suárez y Buenos Aires

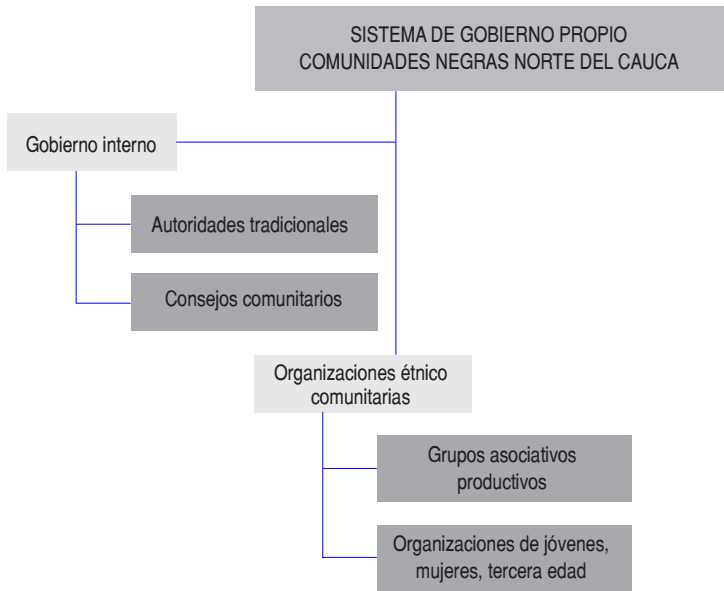
“El presente protocolo constituye un instrumento de unidad y gobierno propio como Pueblo Negro Norte Caucaño representado en los ocho consejos comunitarios del norte del Cauca -de los municipios de Suarez y Buenos Aires- ante el Estado colombiano y el gobierno nacional para que sea tomado en cuenta en los procedimientos de relacionamiento, consulta y consentimiento previo libre e informado con el Pueblo Negro Norte Caucaño en ejercicio de los derechos reconocidos en la constitución política y los estándares internacionales del Convenio 169 de la OIT.”. (Protocolo Norte-Caucaño, 2014)

4.3.3.2 Pilares en el Protocolo de Consejos Comunitarios Negros

El Protocolo Autónomo de los Consejos Comunitarios Negros de Suarez y Buenos Aires en el norte del Cauca, se funda en la reafirmación de su tradición e identidad como parte de un pueblo descendiente de africanos que fue esclavizado pero que nunca ha retrocedido en su lucha por la libertad y la autonomía. En este mismo sentido, adopta explícitamente un estatus jurídico equiparable al de los pueblos indígenas y tribales reconocidos en el derecho internacional, en la Constitución, y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana:

“Del reconocimiento a la diversidad étnica y cultural depende la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales, y que son éstos quienes pueden conservar y proyectar en los diferentes ámbitos el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana, sustrato del Estado social de derecho acogido en la Carta. **Este carácter, reconocido alude a los pueblos indígenas y tribales, entre éstos a las comunidades negras**.” (Corte Constitucional, Sentencia T-955/03)¹⁹

19 Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-955-03.htm>

Imagen 4 – Sistema de Gobierno Propio en Comunidades Negras del Norte del Cauca

Fuente: elaboración propia a partir de Protocolo autónomo de comunidades negras del norte del Cauca, 2014

Sobre esta base fundamental, el Protocolo se estructura como un ejercicio del derecho a la autonomía y el gobierno propio, y jurídicamente se soporta en el Convenio N° 169 de la OIT, la Ley N° 70 de 1993, la Ley N° 99 de 1993,²⁰ y los desarrollos jurisprudenciales, en particular, aquellos relacionados con la consulta y consentimiento previo, libre e informado, “[...] de manera especial de la Sentencia T-1045A/10 que reconoce el derecho a la consulta previa a las comunidades negras de los valles interandinos representadas en los consejos comunitarios que integramos el Pueblo Negro Norte caucano” (Protocolo Norte-Caucano, 2014).

El ámbito territorial en el cual se aplica el Protocolo, es “la región cultural de la comunidad negra asentada en las zonas ribereñas de los ríos Cauca, Ovejas, Marilópez, Marilopito, Inguító, el Timba, Aznazú y sus afluentes” cubriendo los poblados de La Toma, Mindalá, Aznazú, Meseta, Buenos Aires, Pureto, Brisas, Bellavista y Timba –Cauca. Esta precisión de la geografía del Protocolo es necesaria dada la omisión en el reconocimiento legal de las tierras ancestrales de estas comunidades por parte del Gobierno nacional.

Ya establecidos estos principios generales, el Protocolo fija los mecanismos a los que deberán ceñirse los procesos de Consulta Previa, haciendo valer el reglamento interno, plan de uso y mane-

20 La Ley 99 de 1993 es la norma por la cual “se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”. En esta Ley se abren espacios de participación a los pueblos y comunidades étnicas del país.

jo, y el plan de etnodesarrollo de las comunidades. Desde allí, se determina cuáles son las instancias legítimas del gobierno propio que podrán actuar en representación de las comunidades.

Aunque pueden presentar variantes en cada Consejo Comunitario, el sistema de gobierno propio incluye a las autoridades locales y a las organizaciones que agrupan diversos sectores comunitarios.

En caso de que se adelante alguna intervención que amerite Consulta Previa, el Protocolo retoma los pasos gruesos de la ruta que actualmente opera en el Gobierno nacional a través del Ministerio de Interior. Allí el proceso de consulta se inicia con la notificación de la empresa o el interesado al Ministerio de Interior que, en este caso, deberá dar aviso simultáneamente al Consejo Comunitario (si la intervención involucra a una sola comunidad), o a la Asociación de Consejos Comunitarios del Norte del Cauca – ACONC, en caso de que la intervención involucre a varias comunidades.

Respecto a los criterios especiales que deben cumplir las consultas, el Protocolo se basa en los estándares emanados del Convenio N° 169 de la OIT, y los amplía retomando los avances de la jurisprudencia constitucional e interamericana, sin embargo, se enfatizan tres temas que son esenciales aunque aún continúan siendo ambiguos y controversiales para las empresas y los gobiernos.

El primero, hace referencia a la forma de financiación de las consultas previas. Para las comunidades es claro que una de las dificultades que se presentan en estos procesos es la asimetría en el poder de diálogo y negociación atribuible a que son las mismas empresas interesadas las que financian las consultas. En este sentido, se plantea que:

“Los procesos de consulta no tienen que ser pagados directamente por las empresas a las comunidades del Pueblo Negro norte caucano. El Estado tiene la responsabilidad como garante de financiar los procesos de consulta bajo los principios de transparencia e imparcialidad y vigilar su ejecución a través de las entidades concernidas”.

Un segundo tema que resulta determinante para el desarrollo de una CP, es la evaluación preliminar de la empresa o entidad interesada que consiste en calificar su responsabilidad social de modo que cualquier daño o perjuicio que hubiera podido ocasionar a

Consentimiento autónomo

- **El consentimiento es un derecho del Pueblo Negro del Norte del Cauca y es el propósito y fin de la Consulta. La decisión de los consejos comunitarios no se agota en el proceso de la consulta. El Pueblo Negro del Norte del Cauca definirá sus decisiones de manera autónoma y el consentimiento puede ser positivo o negativo frente a la intervención de terceros en sus territorios, su vida social, cultural, económica y política.**

- **La objeción cultural y ambiental a los proyectos, actividades, medidas administrativas y legislativas, constituye un criterio para determinar el consentimiento o no de la intervención de terceros.”. (Protocolo Norte-Caucano, 2014)**

otros pueblos o comunidades, conllevará una solicitud de resarcimiento que deberá saldarse antes de la consulta.

“Si la empresa o entidad pública que solicita el proceso de consulta presenta antecedentes de acciones de mala fe, de daños y afectaciones causadas al Pueblo Negro Norte Caucaño o a otros pueblos, esta deberá antes de iniciar el proceso de pre-consulta, responsabilizarse de las reparaciones necesarias y dar garantías de no repetición”.

Finalmente, el tercer asunto trascendental que plantea el Protocolo es el poder vinculante del derecho al consentimiento libre, previo, e informado ligado a la objeción cultural y ambiental. Esto significa que en desarrollo de una CP, podría negarse la autorización para intervenir el territorio colectivo luego de un balance independiente sobre los impactos de la obra, proyecto o medida administrativa en cuestión.

5. Reconocimiento y aplicación de los protocolos autonómicos en el Estado colombiano

En junio de 2017, se llevó a cabo un evento de alto nivel convocado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Colombia, con el fin de presentar e impulsar ante las entidades de Estado los protocolos autónomos de consulta previa cuyo acompañamiento estuvo a cargo de ese organismo. En esa oportunidad, el Viceministro de Interior celebró el desarrollo de esos instrumentos y los recibió como “insumo” a tener en cuenta en el proceso de concertación en torno a la expedición de una Ley estatutaria de Consulta Previa, aclarando a la audiencia que la consulta previa no es solo un problema de derechos, sino un “problema económico” que condiciona la sostenibilidad de las soluciones que se dan para la garantía del derecho a la consulta previa (OACNUDH, 2017).

En ese mismo evento, la Procuraduría General de la Nación planteó sus reservas frente a la reglamentación de la CP argumentando que, en general, cuando se reglamenta un derecho, se incurre en la restricción y limitación del mismo derecho, y ya específicamente a propósito de los protocolos autónomos, el vocero de esta entidad manifestó un compromiso en cuanto al seguimiento en la implementación de estos instrumentos, dando por hecho su virtual aplicación como un referente para otras comunidades y para las instituciones.

Posteriormente, con la llegada del Iván Duque a la presidencia de la República, y a propósito de la expedición del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “PACTO POR COLOMBIA, PACTO POR LA EQUIDAD”, las organizaciones indígenas participantes en el proceso consultivo de esta Ley solicitaron al Gobierno nacional que se diera cabida a los protocolos autónomos de los pueblos.

“Propuesta: Socialización y sensibilización a las instituciones de gobierno del nivel local, regional y nacional y terceros actores de los alcances, contenidos y propósitos de

la implementación de los protocolos autónomos, leyes de protección territorial propias o sus equivalentes de los pueblos indígenas, acorde al pluralismo jurídico que goza el Estado colombiano”.²¹

Pero lo cierto es que, en la práctica, a lo largo de los últimos años, el Estado colombiano, lejos de socializar y promover los protocolos o los procesos autónomos de los pueblos étnicos, ha continuado la estandarización de la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado, y sigue aligerado su contenido y procedimientos con el fin de lograr la máxima economía de tiempo y recursos posible en aras de viabilizar intervenciones. De todo esto se puede concluir que la aplicación de los protocolos autónomos encuentra su primer escollo en los intereses corporativos y empresariales, pero también en la arquitectura institucional y el andamiaje metodológico de la CP, ya muy consolidado a la medida del gobierno y los empresarios.

Las instituciones y empresas se ciñen un modelo de fases y actividades que se aplica a rajatabla y, de entrada, continúa omitiendo las particularidades sociales y culturales de cada pueblo, más aún en aquellos territorios multiétnicos de gran complejidad donde confluyen diversos idiomas, formas de organización social, sistemas económicos y cosmogonías.

La realización de una consulta se desencadena a solicitud de la empresa o entidad interesada en obtener la viabilidad jurídica a un proyecto o medida administrativa ante la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior.²² Esta fase preliminar en la que no participan las comunidades étnicas, incluye la expedición de un documento que certifica o no, la presencia y existencia de estas comunidades en el área de influencia directa de la intervención. Siendo así, la certificación que otorga el Ministerio de Interior se hace necesaria para que los pueblos y comunidades étnicas tradicionales puedan erigirse en sujetos colectivos con derecho a la CP y al CPLI, potestad que no pocas veces contradice el derecho al auto reconocimiento como sujetos colectivos y el derecho a sus territorios ancestrales aunque la propiedad aún no se halle formalmente legalizada por el Estado.

“[...] las comunidades indígenas ostentan un derecho a: i) ser reconocidas por el Estado y la sociedad como tales, en virtud de una conciencia de identidad cultural diversa, y; ii) a que no se pueda negar arbitrariamente la identidad real de la comunidad y de sus miembros”. (Corte Constitucional, Sentencia T-703-16).²³

Superada la fase de certificación, siguen las etapas de preconsultas, preacuerdos, formalización de acuerdos y protocolización. Si el proyecto requiere licenciamiento ambiental, deberá realizarse un proceso adicional de consulta que se articula al estudio de impacto ambiental.

21 Propuesta Unificada de Los Pueblos y Organizaciones Indígenas frente al PND 2018-2022. Documento Preliminar. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/PROPUESTA%20UNIFICADA%20%28Doc%20Preliminar%29%20RADICADO%2015012019.pdf>

22 Ver <https://www.mininterior.gov.co/areas-misionales/direccion-de-consulta-previa/procesos-de-consulta-previa>

23 Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-703-08.htm#:~:text=En%20virtud%20de%20lo%20anterior,comunidad%20y%20de%20sus%20miembros.>

Esta fase está liderada por el mismo Ministerio de Interior en coordinación con la Agencia Nacional de Licencias Ambientales – ANLA y las Corporaciones Autónomas Regionales encargadas de implementar y hacer cumplir normas y políticas medioambientales en las diferentes zonas del País.

En esta lógica institucional hermética de procedimientos estandarizados, es difícil que los protocolos autonómicos se abran espacio. De hecho, los nuevos voceros del Ministerio de Interior han terminado manifestando que la entidad no es partidaria de estas iniciativas, reacción que tácitamente indica la falta de garantías para el ejercicio de los derechos a la autonomía y la libre determinación de los pueblos y comunidades étnicas del país.

“Si bien en determinado momento el Ministerio del Interior reconoció la necesidad de adoptar protocolos de consulta previa con cada pueblo, los cambios institucionales en el Ministerio han dificultado su continuidad. Instituciones relevantes, como la Dirección de Consulta, no son partidarias de esta iniciativa, por considerar que causaría una indeseable desagregación de los procesos. Asimismo, consideran que el tratamiento diferencial se garantiza con la preconsulta, en la cual se definen con el propio pueblo las pautas a seguir en el proceso”. (DPLF, OXFAM, 2018)

Así las cosas, hoy en día la posición del poder ejecutivo y los empresarios es clara respecto a los protocolos autónomos de consulta previa: no consideran que sean viables, básicamente, porque interferirían con sus propios procesos e intereses y, por extensión, con el “desarrollo” del país.

Respecto a los desarrollos jurisprudenciales en materia de protocolos autonómicos de relacionamiento y consulta previa, hay que decir que son escasos. En este sentido, se conoce una actuación del Tribunal Constitucional en 2014 a propósito de un amparo de tutela solicitado por las comunidades negras a fin de proteger su derecho a la CP en el marco de la expedición de medidas legislativas. En esa oportunidad, el Tribunal ordenó al Ministerio del Interior que tomara y divulgara como referencia para el trámite del proceso de consulta la “Propuesta de Protocolo de consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas y palenqueras de áreas rurales y urbanas” aprobada en el marco del Primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero que se llevó a cabo en la ciudad de Quibdó, Chocó, entre el 23 y el 27 de agosto de 2013” (Corte Constitucional, Sentencia T-576/2014 y A392/2016).²⁴ Más allá de este reconocimiento al protocolo específicamente desarrollado para medidas legislativas, no existen otras actuaciones.

Otros de los actores fundamentales para la apertura y la implementación de los protocolos y la garantía de los derechos a la CP y el CLPI, son las empresas. Respecto a la respuesta de este sector frente a los instrumentos autonómicos, hay contadas experiencias. Una de ellas es la que transcurre en torno a procesos de CP que se adelantan sobre

24 Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2016/a392-16.htm>

medidas e impactos de la Represa de la Salvajina en el norte del departamento del Cauca. En este escenario, las comunidades indígenas y negras presentaron los protocolos autonómicos a EPSA, la empresa responsable del proyecto, quien se comprometió a estudiar los documentos y procurar su aplicación. Efectivamente, EPSA aplicó el protocolo de los Consejos Comunitarios Negros de Suarez, norte del Cauca, especialmente en los momentos de evaluación de impactos, sin embargo, lo desestimó a la hora de acordar las medidas de protección y compensación.

“Esa consulta avanza un tiempo. Avanza, se para, avanza, se para. Precisamente por esa situación, nosotros le pedimos a la Empresa que si había aceptado en una Asamblea general aplicar el protocolo, precisamente ese protocolo había que aplicarse. Pero en algunas instancias no lo están haciendo como debe ser. Se ha avanzado en toda la identificación de impactos, entonces solicitamos ya pasar al tema de medidas. Ahí en el tema de medidas nos hemos quedado un poco porque cuando hicimos todo el ejercicio junto con la Empresa, ellos aceptaron muchas cosas, pero a la hora ya de entrar a lo que son la ejecución directamente, no lo están haciendo. Entonces si es muy bueno revisar el tema para ver que realmente el protocolo, como nosotros decimos, se aplique. Porque si se aplican los estándares que hay en el protocolo, créanme que tanto afros como indígenas en los diferentes sitios donde se ha hecho, y en los diferentes sitios donde se puedan aplicar estos mismos protocolos, van a ver la coherencia y felicidad de la gente. Pero si en algunas partes hasta cierta parte se aplica y en otras partes ya dicen que son otras determinaciones, difícilmente podemos avanzar” (Edward Mina, Consejo Comunitario de La Toma, Suarez, Cauca, 2017)

Epílogo

La crisis de los derechos a la Consulta Previa y el Consentimiento Libre, Previo e Informado, es un hecho inobjetable tras varias décadas de implementación en pueblos indígenas y comunidades étnicas de América Latina. Sin lugar a dudas, la asimetría en el poder de los interlocutores y la ausencia de fuerza vinculante en las decisiones que se toman en esos escenarios de participación, lejos de conducir a la garantía e integralidad de los derechos colectivos de estos pueblos han hecho que la CP y el CLPI se hayan convertido en requisitos formales para legitimar intervenciones en los territorios colectivos étnicos.

En Colombia, tanto los indígenas como los negros, raizales, palenqueros y rom que se identifican como parte de sociedades y culturas ancestrales articuladas por lo colectivo y por un particular modo de entender la naturaleza, la cultura y el territorio, también han visto cómo mientras se realizan miles de consultas, el modelo de desarrollo extractivista hegemónico y excluyente avanza y se fortalece a expensas de sus recursos. Así, han experimentado la pérdida de gobernabilidad en sus territorios y el ascenso de modelos de vida que eclipsan y

atomizan a su gente, anulando la posibilidad de construir modelos de desarrollo a su medida. Han visto cómo, con consulta previa o sin ella, se han reducido la biodiversidad, el agua, la paz, el acceso y la libertad de tránsito en sus territorios, la gobernabilidad y, en general, el buen vivir.

Para estos pueblos ya es claro que nunca podrá darse un genuino diálogo intercultural mientras uno de los interlocutores esté desprovisto del poder de decidir, en tanto el otro esté investido con el poder del dinero, la fuerza pública y la influencia necesaria para poner a su favor las decisiones de los gobiernos de turno. Por estas razones, algunos pueblos indígenas y negros de Colombia han tomado posición contra el vaciamiento de contenido de su principal derecho a la participación y decidieron, en uso de los derechos a la autonomía y la libre autodeterminación que también les conciernen, establecer ellos mismos las pautas para el acceso a sus territorios y el uso de sus recursos mediante protocolos autonómicos de relacionamiento con el Estado y los particulares.

Al día de hoy, estos protocolos apenas se están abriendo paso en los espacios institucionales y empresariales en la perspectiva de voltear la página y poner la consulta previa al servicio de los intereses, visiones de desarrollo y los proyectos de vida comunitarios. Sin embargo, el Estado colombiano no ha dado mayores pasos en aras de su reconocimiento y aplicación.

Los últimos gobiernos, no han visto con buenos ojos la construcción y aplicación de protocolos autonómicos, y no los asumen como virtuales parámetros para la garantía del derecho a la CP y el CLPI. En su lugar, han trabajado arduamente para lograr acuerdos con las organizaciones étnicas y así dar legitimidad a una Ley que reglamente estos derechos más a la medida de intereses particulares, fijando pautas metodológicas, procedimentales, estándares de beneficios o compensaciones y, en todo caso, ocluyendo la fuerza vinculante de la consulta y el consentimiento, todo esto en el marco de un modelo de desarrollo fuertemente atado al extractivismo e influenciado por un poderoso lobby empresarial nacional e internacional.

Respecto a los desarrollos jurisprudenciales en materia de protocolos autonómicos, son prácticamente inexistentes, aunque sí existen avances importantes en relación con las garantías de los derechos a la autonomía y la libre determinación.

Así las cosas, es posible afirmar que aunque no existe aún un campo jurídico e institucional propicio para el impulso y aplicación de protocolos autonómicos de relacionamiento y consulta previa, algunos pueblos y comunidades étnicas colombianas han dado pasos fundamentales en la conceptualización, incorporación y articulación de estos instrumentos en sus territorios y proyectos de vida colectivos, basados en sus derechos a la autonomía y la autodeterminación.

En este sentido, es posible afirmar también que el Ministerio Público cuyo mandato incluye la defensa de los derechos humanos y colectivos de estos pueblos, así como otros organismos nacionales e internacionales que comparten esta misión, pueden jugar un papel fundamental en la mediación entre el Gobierno nacional y los pueblos étnicos con miras a lograr verdaderos escenarios de diálogo intercultural en los cuales se reconozca el estatus jurídico y, por tanto, la legitimidad de los protocolos autonómicos. Logrado este reconocimiento, se podrá dar paso

a un diálogo amplio entre iguales en torno a asuntos como el modelo de desarrollo impuesto durante siglos a los pueblos étnicos, y a la garantía efectiva de los derechos colectivos integrales de los cuales depende, no sólo la existencia de sus sociedades y culturas, sino la esencia del Estado Social de Derecho multicultural. ○

Referencias

- Caicedo, A. (Comp.) (2018):** Plan de Buen Vivir/Consejo Comunitario de Pureto, Suárez, Cauca. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Antropología.
- Cárdenas, H. (2019):** Las luchas de la comunidad negra del corregimiento La Toma, en el norte del Cauca. *El país.com*. Recuperado de: <https://www.elpais.com.co/colombia/las-luchas-de-la-comunidad-negra-del-corregimiento-la-toma-en-el-norte-del-cauca.html>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (2020):** *Resolución N° 1/2020. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas* (Adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020). Recuperado de: <http://oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>
- Confederación Indígena Tairona [CIT] (2015):** *Plan De Salvaguarda Del Pueblo Arhuaco*. Recuperado de: https://siic.mininterior.gov.co/sites/default/files/pueblo_arhuaco_-_diagnostico_comunitario.pdf
- Consejo Regional Indígena del Cauca [CRIC] (2009):** *Cabildo Cerro Tijeras cercado por amenazas y muerte*. Recuperado de: <https://www.cric-colombia.org/portal/cabildo-cerro-tijeras-cercado-por-amenazas-y-muerte/>
- Cornell International Human Rights Clinic, Asociación para Investigación Social y Acción Social [Nomadesc] (2019):** *Energía limpia a través de prácticas sucias: Las comunidades indígenas reciben todos los impactos y ningún beneficio de la represa Salvajina en la región del Cauca, Colombia*. Recuperado de: https://cpb-us-e1.wpmucdn.com/blogs.cornell.edu/dist/2/7529/files/2019/07/Saljajina_Report_Spanish_2019_web.pdf
- Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, Colombia [DANE] (2018):** Población indígena Censo 2018. Recuperado de: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-grupos-etnicos-2019.pdf>
- Díez, A. (Ed.) (2017):** *El gobierno colectivo de la tierra en América Latina*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú
- El Tiempo (2019):** Las macabras masacres que recrudescen la violencia en Cauca. Recuperado de: <https://www.el-tiempo.com/colombia/calif/masacres-y-combates-atornizan-al-cauca-407506>
- Energía Estratégica LATAM [EEL] (2019):** Colombia inicia una «revolución» de energías renovables adjudicando 1.400 MW: dónde se montarán las centrales. *EEL*. Recuperado de: <https://www.energiaestrategica.com/colombia-inicia-una-revolucion-de-energias-renovables-adjudicando-1-400-mw-donde-se-montaran-las-centrales/>
- Foro Interétnico Solidaridad Choco (2019):** *Principios y Criterios de las Autoridades Étnicas para la Realización de la Consulta Previa en Territorios Étnicos del Departamento del Chocó*. Recuperado de: <https://tierradigna.net/attachments/article/8/Mandato%20consulta%20previa%20-%20Choco%cc%81.pdf>
- Fundación Ideas para La Paz [FIP] (2013):** *Dinámicas del conflicto armado en el sur del Valle y Norte del Cauca y su impacto humanitario*. Bogotá, Colombia: Área de Dinámicas del Conflicto y Negociaciones de Paz, Unidad de Análisis 'Siguiendo El Conflicto' - Boletín # 72. Recuperado de: <http://cdn.ideaspaz.org/media/website/document/53b5910826062.pdf>
- Fundación para el Debido Proceso [DPLF], OXFAM (2018):** *Implementación de la consulta y consentimiento previo, libre e informado. Experiencias comparadas en América Latina y discusiones sobre una ley de consulta en México*. Recuperado de: http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_sobre_consulta_y_cpli_mexico_final_web.pdf
- González Posso, C. y Barney J. (2019):** *El viento del Este llega con revoluciones. Multinacionales y transición con energía eólica en territorio Wayúu*. Instituto de Estudios para el desarrollo y la paz. Recuperado de: <http://www.indepaz.org.co/portfolio/el-viento-del-este-llega-con-revoluciones-2da-edicion/>

López, A.

- 2019 En vilo, la interconexión de energía renovable de La Guajira. *Portafolio*. Recuperado de: <https://www.portafolio.co/economia/en-vilo-la-interconexion-de-energia-renovable-de-la-guajira-533761>
- 2020 Las consultas previas virtuales enfrentan a Gobierno y Procuraduría. *Portafolio*. Recuperado de: <https://www.portafolio.co/economia/las-consultas-previas-virtuales-enfrentan-a-gobierno-y-procuraduria-540033>

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Colombia [OACNUDH] (2013): *Voces y Palabras Mayores de los pueblos étnicos de Colombia sobre el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado*. Recuperado de: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2013/9171](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2013/9171.pdf?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2013/9171)

Organización Nacional Indígena de Colombia [ONIC] (2019): *Pronunciamento en el marco del Primer Encuentro Ambiental de Pueblos, Autoridades y Organizaciones Indígenas de la Macro Amazonía*. Recuperado de: <https://www.onic.org.co/comunicados-onic/3453-pronunciamento-en-el-marco-del-primer-encuentro-ambiental-de-pueblos-autoridades-y-organizaciones-indigenas-de-la-macro-amazonia-onic>

Pachón, X., Oliveros, D., Wiesner, L. (2000): *Geografía Humana de Colombia Región Andina Central*. Tomo IV. Volumen II Bogotá, Colombia: Santafé de Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura Hispánica. Recuperado de: <http://babel.banrepcultural.org/cdm/ref/collection/p17054coll10/id/2778>

Procuraduría, Colombia (2020): *Procuraduría pidió a Mininterior revocar circular que avaló uso de mecanismos virtuales para legalizar la consulta previa*. Recuperado de: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/-Procuraduria-pidio-a-Mininterior-revocar-circular-que-avalo-uso-de-mecanismos-virtuales-para-legalizar-la-consulta-previa.news>

Pueblo Arhuaco, Colombia (2017): *Protocolo Autónomo del Pueblo Arhuaco, para el relacionamiento con el mundo externo incluyendo la consulta y el consentimiento previo, libre e informado. Por la protección, conservación y la existencia integral de la Sierra Nevada de Santa Marta; por el bien del planeta y la humanidad*. Recuperado de: <https://www.hchr.org.co/files/eventos/2017/PROTOCOLO-AUTONOMO-PUEBLO-ARHUACO.pdf>

Pueblo Nasa

- s/f *Plan de Salvaguarda de la Nación Nasa*. Recuperado de: https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/p.s_nasa_version_preliminar.pdf
- 2017 *Protocolo para el relacionamiento del y con el Pueblo Nasa del resguardo de Cerro Tijeras, Municipio de Suarez, departamento del Cauca. Base para la consulta previa interna - externa y el consentimiento previo libre e Informado*. Recuperado de: <https://www.hchr.org.co/files/eventos/2017/PROTOCOLO-CP-Y-CPLI-DEL-PUEBLO-NASA-CERRO-TIJERAS.pdf>

Pueblo Negro Norte-Caucano (2014): *Protocolo para la Consulta y Consentimiento Previo Libre e Informado del Pueblo Negro Norte-Caucano de los Consejos Comunitarios de los Municipios de Suarez y Buenos Aires del Departamento del Cauca*. Recuperado de: https://www.hchr.org.co/files/eventos/2017/PROTOCOLO-PARA-LA-CONSULTA-Y-CONSENTIMIENTO-PREVIO-SUAREZ-BUENOS_AIRES-CAUCA.pdf

Rodríguez, E. (2014): *Megaproyectos, movimiento y organización indígena en la Sierra Nevada de Santa Marta: el caso de la iniciativa de Embalse de Besotes*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia Facultad de Ciencias Humanas, Departamento de Antropología. Recuperado de: <http://bdigital.unal.edu.co/44845/1/1020737756.2014.pdf>

Rodríguez, G. (2014): *De la Consulta Previa al Consentimiento Libre, Previo e Informado a Pueblos Indígenas en Colombia*. Recuperado de: <http://www.foronacionalambiental.org.co/wp-content/uploads/2014/08/Libro-consulta-previa-GER.pdf>

Semana (2019): *El enredo por la delimitación de la "línea negra" de las comunidades de la Sierra*. Recuperado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/delimitacion-de-linea-negra-de-las-comunidades-indigenas-de-la-sierra-por-que-hay-enredo/628382>

SIGPE - Observatorio Región Norte del Cauca: Instituto de Estudios Interculturales. Pontificia Universidad Javeriana. In: <https://ieiportal.javerianacali.edu.co/arcgis/apps/webappviewer/index.html?id=ccacae996ba34ecc926166b57c25c51c>

Verdad Abierta (2012): *Los orígenes de la masacre de El Naya*. Recuperado de: <https://verdadabierta.com/los-origenes-de-la-masacre-de-el-naya/>

Yáñez, N. (2019): *Protocolos Autonómicos para salvaguardar el derecho a la Consulta Previa*. *Radio Encuentros [Audio podcast]*. Recuperado de <https://www.radioencuentros.com/protocolos-autonomicos-para-salvaguardar-el-derecho-a-la-consulta-previa/>

CAPÍTULO 7

LOS PROTOCOLOS INDÍGENAS EN HONDURAS ANTE LA PROBLEMÁTICA DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA INDÍGENA: EXPERIENCIAS DE LOS PUEBLOS NAHUA Y MISKITU

Leonardo J. Alvarado

Introducción

El presente informe tratará sobre las experiencias de los Pueblos Nahua y Miskitu de Honduras en la elaboración y utilización de protocolos autónomos de consulta indígena. Hasta la fecha, estos han sido los únicos pueblos indígenas de Honduras que han desarrollado un protocolo de consulta. Las experiencias de estos dos pueblos se presentan como una importante alternativa por considerar en el debate nacional en torno a la implementación de la consulta indígena que se ha centrado en la adopción de una ley sobre la materia. En ese sentido, el panorama nacional de la situación de los pueblos indígena en el contexto de proyectos de desarrollo y la problemática de la tenencia de tierras tradicionales inciden en la discusión sobre los avances, buenas prácticas y desafíos que derivan del desarrollo de estos dos protocolos indígenas.

En el informe se abordará primero el marco jurídico e institucional relativo a los derechos de los pueblos indígenas como trasfondo para la discusión sobre los Pueblos Nahua y Miskitu y su relación con el Estado hondureño. La siguiente sección analizará la elaboración, contenido y aplicación de los Protocolos Nahua y Miskitu. Ello es seguido por un análisis de las buenas prácticas y desafíos en el reconocimiento e implementación de los protocolos indígenas en Honduras. Finalmente se presentan las principales conclusiones sobre el tema.

1. La relación del Estado con los pueblos indígenas y la situación de los Pueblos Nahua y Miskitu

Según datos oficiales, la población indígena de Honduras representa el 7,25 % de la población nacional y la población afrodescendiente el 1,39% (INE, 2013). Otras fuentes sugieren una

población indígena y afrodescendiente de 1,5 millones, o 20%, aproximadamente de la población nacional (Relatora Especial ONU, 2016).¹ En el censo nacional se registran 9 pueblos indígenas y afrodescendientes diferenciados, que incluyen los pueblos Lenca, Maya Chortí, Tolupán, Garífuna, Nahua, Pech, Tawahka, Miskitu y Negro de habla inglesa. Cada uno de estos pueblos cuenta con por lo menos una organización o federación representativa. Asimismo, se debe tener en cuenta otros pueblos indígenas como los chorotega que se encuentran en proceso de reivindicación de su identidad como pueblo indígena.

La Constitución de Honduras establece que el Estado debe “dictar medidas de protección de los derechos e intereses de las comunidades indígenas existentes en el país, especialmente de las tierras y bosques donde estuvieren asentadas”. Los tratados internacionales ratificados por Honduras forman parte del derecho interno y prevalecen sobre leyes nacionales que entran en conflicto con dichos tratados.² Honduras ratificó el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo en 1995, es parte de los principales tratados internacionales de derechos humanos, y votó por la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

En relación con los derechos territoriales, la ley agraria hondureña dispone que las comunidades indígenas pueden obtener títulos de dominio pleno si acreditan su ocupación de las mismas, y conforme a la legislación forestal, se reconoce el derecho de los pueblos indígenas sobre áreas forestales en sus tierras tradicionales.³ La Ley de Propiedad de 2004 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva. Sin embargo, permite a las comunidades indígenas poner fin al régimen comunal de sus tierras y establece varias formas en las que los terceros asentados en tierras indígenas pueden permanecer en dichas tierras. La ley se refiere a la consulta previa de manera limitante al disponer que en relación con las actividades de explotación de recursos naturales, el Estado “deberá de informarles consultarles [sic] sobre los beneficios y perjuicios que puedan sobrevivir previo a autorizar cualquier inspección, o explotación”.⁴

Con respecto a la institucionalidad estatal relevante, el Instituto Nacional Agrario (INA) ha sido la principal entidad responsable de la titulación de tierras indígenas. La Dirección de Pueblos Indígenas y Afrohondureños (DINAFROH) tiene como función el desarrollo e implementación de políticas y programas a favor de los pueblos indígenas. La Fiscalía Especial de Etnias y Patrimonio Cultural del Ministerio Público se encarga de conocer denuncias relacionadas con violaciones de los derechos de los pueblos indígenas y ha emprendido acciones penales contra funcionarios por el delito de abuso de autoridad al aprobar proyectos de desarrollo sin consultar previamente a los pueblos indígenas (Relatora Especial ONU, 2016: párr.12 y 13). Sin embargo, la capacidad de estas últimas dos instituciones de realizar sus funciones

1 En adelante, Informe Relatora Especial ONU sobre Honduras.

2 Constitución de la República de Honduras. Decreto No. 131. La Gaceta 23,612 (Honduras). 20 de enero de 1982, artículos 15°, 18°, 346°. En adelante, CPE.

3 Ley para la Modernización y el Desarrollo del Sector Agrícola, Decreto núm. 31-93, artículo 65; y Ley Forestal, Áreas Protegidas y Vida Silvestre, Decreto núm. 98-2007, artículo 45.

4 Ley de Propiedad (2004), art. 95.

adecuadamente se ve seriamente limitada a causa del poco apoyo político, técnico y financiero por parte del gobierno nacional.

En la última década, han existido diversos esfuerzos para desarrollar una ley específica sobre la consulta previa. Iniciativas de ley de consulta previa fueron desarrolladas por instituciones estatales e incluso por algunas organizaciones indígenas. A nivel del gobierno, se promovieron dos proyectos de ley en 2016 y 2018 que han sido fuertemente criticadas por las organizaciones indígenas al considerar que el gobierno y sectores empresariales han promovido estas iniciativas para agilizar la aprobación de proyectos de desarrollo y el acceso a sus tierras y recursos naturales.⁵ Tal como señaló la Relatora Especial de las Naciones sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, en sus comentarios respecto a estos procesos, una preocupación fundamental ha sido la falta de una efectiva participación y consulta con los pueblos indígenas respecto a la elaboración, contenido y metodología para desarrollar y luego consultar estos proyectos de ley.⁶

En el ámbito judicial, aún no se ha desarrollado una jurisprudencia relativa a la consulta indígena, ya que para sentar jurisprudencia en el sistema jurídico hondureño se requieren tres sentencias que se pronuncien en el mismo sentido. En una sentencia que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley General de Minería (2012), la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad de ocho artículos, incluyendo disposiciones que vulneraban preceptos de protección a los pueblos indígenas que incluían el derecho a la participación efectiva y consulta.⁷ La sentencia no profundiza en los elementos de la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, pero ordenó la reforma de los artículos de la ley minera declarados inconstitucionales, lo que aún está pendiente.

En Honduras no se han reconocido oficialmente los protocolos autónomos de consulta de los pueblos indígenas mediante legislación, medidas normativas o jurisprudencia. En 2012, el Pueblo Miskitu fue el primero del país y América Central en desarrollar un protocolo biocultural y, posteriormente, el Pueblo Nahua publicó su propio protocolo en 2018. El desarrollo de este

5 Ver, por ejemplo, Organización Fraternal Negra Hondureña, “El asesinato de Berta Cáceres y la imposición de la Ley de ‘Consulta’ elaborada por el PNUD”, 16 de enero de 2020. Disponible en: <https://ofraneh.wordpress.com/2020/01/16/el-asesinato-de-berta-caceres-y-la-imposicion-de-la-ley-de-consulta-elaborada-por-el-pnud/>.

6 En el marco de la asistencia técnica que la Relatora Especial sobre pueblos indígenas brindó al gobierno hondureño se desarrollaron una serie de comentarios y observaciones sobre los procesos de elaboración y contenido de proyectos de ley de consulta. Véase, Comentarios de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el Anteproyecto de Ley Marco de consulta libre, previa e informa a los pueblos indígenas y afrohondureños (22 de diciembre de 2016). Disponible en: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/especial/2016-honduras-unsr-comentarios-anteproyecto-ley-consulta-sp.pdf>; y Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas al Gobierno de Honduras, *Sobre el Proyecto de Ley de Consulta Libre, Previa e Informada actualmente ante el Congreso Nacional, y el posible impacto en los derechos de los pueblos indígenas*, 28 de octubre de 2019 (OL HND 5/2019). Disponible en: <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gld=24921>.

7 Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional (Honduras). Recurso de Inconstitucionalidad Exp: SCO-1165-2014. 23 de junio de 2017. La Corte cita el artículo 15º del Convenio Nº 169, el Principio 22 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y los artículos 19º, 23º, 25º, 26º, 29º y 32º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas.

tipo de protocolos ha generado mayor interés entre distintos pueblos indígenas en los últimos años, lo que puede atribuirse al poco avance en la adopción de un marco regulatorio de la consulta previa que realmente garantice los derechos de los pueblos indígenas.

1.1 El Pueblo Nahua

El Pueblo Nahua se ubica en el departamento de Olancho, en la parte nororiental del país, en los municipios de Catacamas, Guata, Jano, Gualaco, Esquipulas del Norte y Guayape. Según el censo nacional de 2013, la población Nahua es de 6339 personas. Sin embargo, otras fuentes estiman una población de alrededor de 20.000 personas (IWGIA, 2015: 92). Es un pueblo que hasta hace poco estuvo invisibilizado en los censos nacionales y en los estudios etnográficos e históricos del país. Desde las décadas de los 1990 y 2000, los miembros de este pueblo han intensificado sus esfuerzos para ser reconocidos como pueblo indígena, organizándose por medio de la Federación Indígena Nahua de Honduras (FINAH), y exigiendo la legalización de territorios ancestrales (Pinto, 2002: 9; OACNUDH, 2011: 276).

Los Nahua tienen sus orígenes en México y han estado presentes en lo que actualmente es Olancho desde los siglos IX o X a través de distintas olas migratorias (Protocolo Nahua, 2018: 9-10). Al igual que otros pueblos indígenas de Olancho, fueron afectados por el sistema de esclavitud impuesto durante la colonia española, particularmente para la explotación de oro, lo que generó una fuerte resistencia indígena y consiguiente represión. La era republicana trajo consigo la apertura de tierras indígenas de Olancho para la venta y apropiación por grandes hacendados dedicados a la ganadería, lo que en la actualidad es la principal actividad económica en ese departamento. Todo lo anterior supuso la reducción de la población indígena Nahua en Olancho y la pérdida de la mayor parte de sus tierras ancestrales (Ibíd.: 10-12).

La mayoría de las comunidades Nahua cuentan con títulos antiguos o ancestrales expedidos durante la era colonial que reconocen derechos colectivos sobre porciones de sus tierras ancestrales. Sin embargo, los Nahua han sufrido la pérdida de gran parte de sus tierras debido a políticas agrarias del Estado hondureño en las últimas seis décadas que favorecieron la creación de colonias agrícolas en Olancho y la extensión de títulos agrarios por parte del INA a personas no indígenas en tierras Nahua. Actualmente, el Pueblo Nahua busca el reconocimiento formal de los territorios comprendidos en dichos títulos ancestrales, el saneamiento de los territorios invadidos por terceros, y a la vez, enfrenta nuevos retos por el avance de proyectos hidroeléctricos y mineros, así como la penetración de narcotráfico (Ibíd.: 17-20).

1.2. El Pueblo Miskitu

El Pueblo Miskitu se ubica en el departamento de Gracias a Dios en la región nororiental del país conocida como la “Mosquitia”. La región ha sido habitada ancestralmente por pueblos indígenas de origen cultural y lingüístico chibcha, como los Pech, Tawahka y Miskitu. La pobla-

ción Miskitu es de 80.007 según el censo nacional. Su principal organización representativa es MASTA (Miskitu Asla Takanka o Unidad Miskita) fue fundada en 1976 y es un reconocido actor político en la región. Las 386 comunidades que constituyen el pueblo Miskitu se han organizado administrativamente en 12 Consejos Territoriales con sus respectivos consejos comunales que representan la estructura de base de MASTA (Protocolo Miskitu, 2012: 13-14). En la década de 2010, se emprendió un proceso de titulación del territorio Miskitu que fue ejecutado por el INA y el Instituto de la Propiedad, como parte de un programa del Banco Mundial para la regularización de la propiedad en Honduras. Dicho proceso culminó en la titulación de más de un millón de hectáreas en nombre de los 12 Consejos Territoriales del pueblo Miskitu (Relatora Especial ONU, 2016: párr.37).

La Mosquitia ha estado históricamente aislada del resto del país. Durante la época colonial hubo mayor influencia británica en la región, y fue hasta 1859, mediante la suscripción del Tratado Wike-Cruz con Inglaterra, que Honduras asume control político de la Mosquitia, aunque el mismo tratado disponía que se debía garantizar la posesión de los Miskitus (Protocolo Miskitu, 2012: 10). El aislamiento histórico ha permitido por un lado que los pueblos indígenas de la Mosquitia pudieran conservar en mayor grado sus lenguas, culturas y estructuras socio-políticas y económicas en comparación con otros pueblos indígenas del país, pero por otro, se encuentran en un estado de abandono por parte del Estado hondureño. En esta región, “el 78% de los hogares son indígenas, y alrededor del 90% viven en situación de pobreza multidimensional” (OACNUDH, 2018: párr. 66).

Las presiones sobre los territorios de los pueblos indígenas de la Mosquitia han intensificado considerablemente en las últimas décadas. La titulación del territorio Miskitu no ha detenido las ventas ilegales de tierras a terceros que se dedican a la tala de bosque, ganadería y el narcotráfico en un contexto de escasa presencia del Estado. Asimismo, actividades mineras, hidroeléctricas, el cultivo de palma africana y la posible explotación de petróleo en áreas costeras de la Mosquitia suponen amenazas adicionales (Protocolo Miskitu, 2012: 23-26; Relatora Especial ONU, 2016: párr. 39-42, 54).

2. Análisis de los protocolos: elaboración, contenido y aplicación

2.1. El Protocolo Nahua

El interés del Pueblo Nahua en desarrollar un protocolo propio de consulta y consentimiento surgió de la historia de despojo territorial sufrido en las últimas seis décadas y de la necesidad de articular estrategias de defensa ante la presencia de empresas y otros actores interesados en desarrollar proyectos en sus territorios. El trabajo para elaborar el protocolo se inició cuando el Servicio Holandés de Cooperación al Desarrollo (SNV) se acercó a líderes indígenas lenca, tolupán y nahua para proponer una serie de proyectos de energía renovable en comunidades indígenas de Honduras. En ese contexto, representantes de FINAH, solicitaron como

condición para su participación en los proyectos que SNV les brindara apoyo para el fortalecimiento institucional del Pueblo Nahua mediante la construcción de un protocolo de consulta.⁸

A través de fondos administrados por SNV y el Banco Interamericano de Desarrollo, se brindó asistencia técnica y financiera al Pueblo Nahua que consistió de talleres y capacitaciones sobre aspectos relacionados con el desarrollo del protocolo y los proyectos propuestos por SNV que incluyeron la producción de estufas de biogás y el diseño de proyectos de adaptación al cambio climático. La elaboración del protocolo se realizó en un año y medio y conllevó una serie de reuniones entre los representantes Nahua respecto a la estructura del protocolo, su contenido y la manera que se iba a desarrollar. A la vez, se realizaron capacitaciones dirigidas a diversos sectores como jóvenes, ancianos y dirigentes de distintas comunidades Nahua. Esto incluyó jornadas sobre derechos de los pueblos indígenas y experiencias comparadas de otros países latinoamericanos en relación con leyes de consulta y protocolos indígenas de consulta.

En marzo de 2018, FINAH hizo público su Protocolo para el Consentimiento Previo, Libre e Informado (en adelante “Protocolo Nahua”) ante representantes de organizaciones indígenas, gobierno, cooperación internacional, ONG y otros. El Protocolo Nahua explica que es “un instrumento legal para la formulación, implementación y evaluación de los procesos de consulta, consenso y concertación interna y externa en los momentos que sea necesario [...] y para mantener relaciones con otros pueblos” lo cual “[d]eberá ser respetado por todos los entes gubernamentales y otros actores externos, relacionados al quehacer de este pueblo indígena” (Protocolo Nahua, 2018: 1).

Los primeros capítulos del protocolo contienen información general sobre el Pueblo Nahua, su ubicación y un recuento histórico de los conflictos históricos que ha enfrentado y que han resultado en la pérdida de tierras ancestrales y de ciertos elementos de su cultura, lengua y tradiciones ancestrales que buscan rescatar (Ibíd.: 4-30). Ello es seguido por una explicación de la estructura organizativa de la FINAH y de los roles de autoridades Nahua como el Cacique Mayor, las asambleas generales comunitarias y distintos consejos que representan a los ancianos, las mujeres, jóvenes, maestros y que promueven la cultura (Ibíd.: 31-35).

Según el protocolo, los casos en que aplicaría la consulta previa incluyen medidas administrativas y legislativas que les afecten; actividades de exploración o explotación de recursos naturales; afectaciones a derechos territoriales incluyendo casos de posible traslado; la instalación de las denominadas “ciudades modelo” y otras infraestructuras; programas de formación profesional y educación; programas y proyectos de desarrollo y salud; la utilización del territorio tradicional para actividades militares; y medidas sociales contra la discriminación o a favor de la niñez indígena. Se agrega que los anteriores casos “no limitan la necesidad de la realización de consulta para otros temas donde FINAH considere que se debe realizar dicho proceso” (Ibíd.: 37-38).

En relación con los valores y principios de la consulta, se explica que la información sobre una medida debe presentarse de manera culturalmente adecuada, accesible y completa, y se

8 Entrevista con Verónica Mejía, Presidenta de FINAH y Zaida Sánchez, Coordinadora del área de género del Pueblo Nahua (18 de febrero de 2020).

debe proveer el espacio para que FINAH pueda obtener información complementaria de otras fuentes y exigir a la persona proponente de un proyecto información adicional sobre la medida. Enfatiza que con base a la libre determinación indígena, las consultas deben comprender verdaderos espacios de participación en los que el Pueblo Nahua pueda incidir en las medidas propuestas y tener poder de decisión plena y vinculante. Sobre el consentimiento, establece que la respuesta positiva o negativa a una medida dependerá de si el proceso responde a los derechos e intereses del Pueblo Nahua, si fortalece su cultura y organización y promueve el buen vivir de las poblaciones Nahua. Menciona la necesaria buena fe de las consultas, en las que se respetan la representatividad de FINAH, los procedimientos de toma de decisión del Pueblo Nahua, el cumplimiento de acuerdos pactados, y el respeto a la cosmovisión Nahua entre otros elementos (Ibíd.: 38-39).

El procedimiento de consulta se divide en seis etapas principales: 1) primeros contactos; 2) etapa preparatoria del proceso de consulta; 3) investigación y análisis de la propuesta; 4) desarrollo de la consulta; 5) protocolización de los acuerdos; y 6) acompañamiento, coordinación, seguimiento, monitoreo y evaluación.

Conforme a este procedimiento, la persona proponente de una medida o proyecto debe contactar primero a la junta directiva de la FINAH y el Cacique Mayor. Cualquier contacto o proceso iniciado directamente con las comunidades Nahua no será reconocido y será FINAH que determinará si se consulta o no una medida. Al principio, se sostendrán una serie de reuniones preliminares entre el proponente, representantes de FINAH, el Cacique Mayor y representantes de instituciones estatales pertinentes con el fin de recibir información sobre la medida propuesta, gestiones realizadas ante el Estado, inversores y otra entidad pública y privada, y aspectos preliminares de una posible consulta y la asistencia técnica independiente que pudiera ser necesaria (Ibíd.: 41-42).

Según el protocolo, la construcción de la metodología y plan de consulta estaría a cargo de la junta directiva de FINAH, el Cacique Mayor “y otras personas que la FINAH considere pertinentes, tanto de sus bases, como personas y organizaciones aliadas, que puedan contribuir en la elaboración de dicho plan”. El plan de consulta incluiría la metodología, espacios de participación a nivel interno del Pueblo Nahua, adecuación cultural de la información, mecanismos para mediación y resolución de conflictos, y el seguimiento, monitoreo y evaluación, entre otros aspectos (Ibíd.: 42-45).

El protocolo establece la creación de un equipo de trabajo encargado de investigar, analizar y sistematizar toda la información brindada por el proponente. El equipo estaría integrado por un anciano, representantes de la junta directiva de FINAH y especialistas con experiencia pertinente. El equipo de trabajo puede solicitar al proponente información adicional o la adecuación de estudios que haya realizado con el fin de tener información completa sobre la medida o trabajo, lo que incluye los objetivos, duración e impactos sociales, culturales y ambientales. Asimismo, tiene la facultad de realizar visitas de campo para evaluar y contrastar la información recibida, la realización de intercambios con otros pueblos indígenas que hayan tenido experiencias con el tipo de actividad propuesta, y solicitudes a expertos u otros sectores externos para obtener mayor información sobre los posibles impactos de la medida y posibles

medidas de mitigación o modificación. La información sistematizada y analizada por el equipo de trabajo será utilizada para talleres internos en los que el equipo de trabajo, FINAH, el Cacique Mayor y representantes de las comunidades Nahua afectadas desarrollarán posiciones colectivas sobre la medida en cuestión (Ibíd.: 45-46).

La etapa de consulta se realizará a través de asambleas informativas con las comunidades afectadas en las que los proponentes expondrán toda la información pertinente sobre la medida de acuerdo a los solicitados por el equipo de trabajo. Los comunitarios podrán exponer sus dudas, preguntar y debatir lo expuesto y solicitar modificaciones o adecuaciones a la propuesta. Este encuentro sería facilitado por un equipo externo seleccionado en común acuerdo entre FINAH y el proponente. El protocolo enfatiza que en este proceso el proponente no puede hacer actos de proselitismo o promover confrontaciones internas o externas y se debe realizar un debate “horizontal, incluyente, transparente y de buena fe”. De no cumplirse estas condiciones, se finalizaría el proceso con un “no consentimiento” inapelable (Ibíd.: 47-48).

Posteriormente, se realizará una discusión interna a nivel de FINAH, el Cacique Mayor y las comunidades Nahua, lo que pudiera incluir solicitudes o condiciones adicionales por parte de las comunidades. Al recibirse la última versión de la propuesta, FINAH convoca una asamblea territorial con las comunidades para evaluar la propuesta. En esta etapa “se privilegia el mecanismo del consenso, sopesando todas las posiciones que pueda haber, ya sea mayorías o minorías, para poder determinar si dar o no el consentimiento”. La resolución final será presentada al proponente, el Estado y al público en general (Ibíd.: 48-49).

En caso de haber consentimiento, se procederá a la protocolización de los acuerdos que se hayan llegado entre las partes y la elaboración de una carta de entendimiento que debe reflejar todos los planteamientos y condiciones de la comunidad. Posteriormente, se creará un comité ejecutivo conformado por representantes de FINAH, del Estado y el proponente que se encargará del seguimiento y monitoreo de los acuerdos y del diálogo permanente entre las partes. Por su parte, FINAH creará su propia comisión interna para monitorear la ejecución y cumplimiento de los acuerdos y monitorear los impactos que genere la medida (Ibíd.: 49-50).

2.2. Protocolo Biocultural del Pueblo Indígena Miskitu

El Protocolo Bio-cultural del Pueblo Indígena Miskitu (“Protocolo Miskitu”) surgió de las preocupaciones de este pueblo por las actividades de actores estatales y externos en su territorio ancestral. Desde alrededor de 2009, la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) ha trabajado con la organización Miskitu MASTA en varios proyectos relacionados con la gobernanza, titulación territorial y fortalecimiento organizativo en la Mosquitia, lo que incluyó el desarrollo del protocolo biocultural (UICN, 2013). El desarrollo del protocolo se dio al mismo tiempo de los importantes avances de titulación territorial en la Mosquitia mencionados anteriormente.

En 2012, el Pueblo Miskitu, mediante MASTA, publicó el protocolo biocultural, con la asistencia técnica y acompañamiento de la UICN, el Centro de Derecho Ambiental, la organización

Justicia Natural y con apoyo del Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo (BMZ). Según el mismo protocolo, su elaboración se dio mediante un proceso participativo e incluso luego de que los líderes del Pueblo Miskitu convinieran la necesidad del protocolo. El protocolo se concibe como “una herramienta metodológica que permita facilitar las negociaciones en la Muskitia con respecto a proyectos y decisiones que afecten a las comunidades indígenas y a sus riquezas naturales” (Protocolo Miskitu, 2012: 5, 7). Tal como se explica en el protocolo, se espera “terminar la mala práctica del pasado, cuando los oficiales gubernamentales o compañías privadas hacían una reunión con un grupo de personas previamente seleccionadas por ellos mismos, donde se le explicaba sobre su trabajo y luego se vendía esta reunión como una consulta hecha con el Pueblo Miskitu” (Ibíd.: 7).

Los primeros capítulos del protocolo dan un panorama de la historia, organización social y política, la cosmovisión y valores culturales del Pueblo Miskitu, así como de los problemas y desafíos actuales y sus aspiraciones para el futuro. Se incluye un capítulo que resume la legislación nacional e instrumentos internacionales relativos a pueblos indígenas, con especial atención en los derechos a la libre determinación, tierras, territorios y recursos naturales, instituciones y leyes consuetudinarias y la consulta y consentimiento libre, previo e informado. Sobre este último tema, se delimitan los supuestos en que se debe consultar, que incluyen los siguientes: antes de la adopción de medidas legislativas o administrativas que pueden afectarles; los planes de desarrollo, inversión, exploración o extracción; proyectos que afectarían áreas sagradas o de importancia biológica, intelectual o cultural; acciones que pudieran afectar la integridad de sus tierras y territorios, incluyendo el desplazamiento; el depósito o almacenamiento de materiales peligrosos, según lo establecido en el artículo 29º de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas; y actividades y proyectos relacionados con el programa REDD+ (Ibíd.: 36-37).

En relación con los elementos que debe tener un proceso de consentimiento, el protocolo explica que debe ser: libre (sin coerción, derivado de las propias instituciones representativas, con facilitadores externos neutrales, entre otros factores); previo (antes de que comience un proyecto y que se soliciten licencias y permisos gubernamentales, y con el tiempo suficiente para acceder y analizar toda la información); e informado (que sea accesible y en el formato e idioma indicado por los pueblos indígenas, con toda la información necesaria para tomar una decisión, incluyendo ubicación, naturaleza, duración e impactos de la medida propuesta, planes de mitigación, mecanismos de quejas y alternativas al proyecto). Agrega que el consentimiento es el derecho colectivo exclusivo de los pueblos indígenas, que debe constituir una decisión libremente tomada por medio de sus estructuras y normas consuetudinarias, y en caso de otorgarse el consentimiento, se realizaría un proceso de verificación independiente para asegurar que se cumplan estos elementos. Asimismo, resalta que el consentimiento no es sólo una decisión en un determinado momento, y aplicaría en toda la vida de un proyecto (Ibíd.: 41-43).

El procedimiento de consulta establecido en el protocolo consiste de siete pasos: 1) primer contacto; 2) acuerdo sobre los procesos; 3) discusión de información relevante; 4) toma de

decisión; 5) negociación entre comunidades y actores relevantes; 6) acuerdo sobre consentimiento; e 7) implementación y monitoreo.

La realización de las etapas de consulta debe respetar la estructura representativa del Pueblo Miskitu y sus formas de toma de decisión. Primeramente, un proponente tiene que informar a la junta directiva de MASTA sobre el proyecto propuesto. Un proponente no puede establecer directamente el primer contacto con las comunidades. Para cerciorarse de las comunidades indígenas que pudieran ser afectadas por la medida, un proponente debe consultar los mapas que se han desarrollado a través de las últimas dos o tres décadas que darían una indicación de las delimitaciones de los territorios indígenas de la Mosquitia.

Dependiendo del número de comunidades que serían afectadas por la medida, MASTA procederá a contactar a los Consejos Territoriales correspondientes para tomar una decisión de manera conjunta de recibir o no más información sobre el proyecto. En caso afirmativo, MASTA y los Consejos Territoriales elaborarán un plan de trabajo para el desarrollo de la consulta, que luego sería reflejado en un acuerdo vinculante entre las partes. El plan de trabajo debe incluir: información completa sobre la medida; los actores y sus responsabilidades; las comunidades involucradas; el marco temporal y presupuesto para cada etapa; capacitaciones para comunidades y líderes; facilitadores y verificación externa e independiente. Dada las dificultades de comunicación y desplazamiento en la región, las partes también tienen que acordar un plan de comunicación para garantizar que las comunidades involucradas reciban información sobre el desarrollo de la consulta y los acuerdos logrados (Ibíd.: 46).

El protocolo establece la conformación de un Comité Técnico Asesor, integrado por miembros de la Unidad Técnica de MASTA y expertos sobre el tema en discusión, que apoyará a las comunidades en su análisis de la información proporcionada por el proponente. El Comité también garantizará que esa información esté disponible en idioma Miskitu, que sea culturalmente adecuada y completa en relación con los costos y beneficios, y que llegue a toda la población afectada. Los espacios de discusión de esta información serán principalmente las asambleas comunitarias y deberán incluir amplios sectores de la sociedad y organizaciones Miskitu como las mujeres, jóvenes, ancianos, buzos discapacitados, y otros. El protocolo declara que se deben respetar los tiempos establecidos en el plan de trabajo y evitar un consentimiento precipitado que llegue a deslegitimar todo el proceso (Ibíd.: 47-48).

El proceso de toma de decisión será planificado, dirigido y moderado por MASTA y los Consejos Territoriales, con el apoyo del Comité Asesor Técnico. La decisión debe ser tomada mediante el consenso de la comunidad o comunidades afectadas. Si la medida en cuestión afecta solamente a una comunidad, se requiere el consenso de esa comunidad. Si son varias comunidades, éstas tienen que llegar al consenso en una asamblea a nivel del Consejo Territorial correspondiente. En el caso de una afectación a comunidades de diferentes Consejos Territoriales, el consenso tiene que establecerse entre esos Consejos Territoriales (Ibíd.: 49-50).

Si la decisión es dar el consentimiento, se explicarán los términos y condiciones de ese consentimiento, lo que pueden incluir cambios y beneficios solicitados por las comunidades. Luego se procede a la etapa de negociación entre las comunidades y los proponentes del proyecto, con el acompañamiento de representantes de MASTA y de los Consejos Territoria-

les. Según el protocolo, el proponente debe ayudar a los representantes indígenas obtener asesoría independiente y capacitación para entrar en las negociaciones. También menciona la posibilidad de que una persona u organización se encargue de verificar si el proceso de negociaciones es justo. Las negociaciones se realizarían en las mismas comunidades o dentro de la Mosquitia, y debe haber una comunicación fluida con las bases comunitarias sobre los resultados de las negociaciones (Ibíd.: 50-51).

Al concluir este proceso, se firma un acuerdo entre los representantes de las comunidades, Consejos Territoriales y MASTA y las otras partes involucradas, que podrían ser los proponentes, gobierno hondureño o cooperación internacional. El acuerdo debe detallar entre otros puntos, la ubicación y duración de la medida, el plan de desarrollo de la medida, plan de monitoreo, el retiro de los términos del consentimiento y mecanismos de quejas (que consistirían de mediadores o árbitros independientes elegidos de acuerdo con las partes interesadas). Asimismo, el acuerdo establecerá una Comisión de Supervisión que se encargaría de evaluar y monitorear el cumplimiento de las obligaciones en el acuerdo, entre otras funciones de seguimiento (Ibíd.: 51-53).

El Protocolo Miskitu concluye con un llamado a actores externos a que respeten el protocolo como producto de la lucha de este pueblo y MASTA por hacer respetar sus derechos. Remarca que el protocolo es de obligada exigencia para cualquier actividad, proyecto o medida que les afecte. Igualmente “hace un enérgico llamado a todos los hijos de la Muskitia” a que exijan su cumplimiento, agregando que “[c]ualquier hijo de La Muskitia que no acate este mandato y se preste para que las diferentes instancias gubernamentales, organismos no gubernamentales, empresas privadas y cooperantes violenten nuevamente el derecho al consentimiento libre, previo e informado del Pueblo será sancionado en base al derecho consuetudinario que le impongan los ancianos” (Ibíd.: 46).

3. Buenas prácticas y desafíos en la implementación de los protocolos en Honduras

Los procesos de elaboración de los Protocolos Nahua y Miskitu evidencian varias prácticas positivas que pueden servir de referente para otros pueblos indígenas de Honduras. Estas experiencias evidencian cuáles han sido los mejores aliados de los pueblos indígenas para la promoción y elaboración de sus propios protocolos de consulta. Se pueden destacar aspectos en ambos protocolos que promueven el fortalecimiento y empoderamiento de las respectivas organizaciones y autoridades tradicionales indígenas.

Asimismo, los esfuerzos por parte de estos pueblos en promover el reconocimiento y aplicación de sus respectivos protocolos en casos concretos representan importantes prácticas que pueden ser empleadas por otros pueblos. También resulta importante que las experiencias adquiridas en la elaboración de los protocolos han servido para el desarrollo otras propuestas e iniciativas por parte de estos dos pueblos indígenas para promover sus derechos territoriales, autonomía, gobernanza, seguridad alimentaria y otros derechos.

En cuanto a los escenarios en los que ambos protocolos han sido reconocidos y aplicados se pueden destacar las iniciativas promovidas por organismos de cooperación en los territorios Miskitu y Nahua. Por otro lado, los principales desafíos para el reconocimiento y adecuada implementación de los protocolos se presentan con respecto a proyectos extractivos, energéticos y otros de mayor escala promovidos por actores estatales y empresariales.

Otro desafío tiene que ver con las iniciativas legislativas sobre consulta previa que ha promovido el gobierno hondureño y las prácticas actuales de entidades estatales en relación con la aprobación de estos proyectos. Es aquí donde los problemas estructurales que han dificultado la implementación adecuada de la consulta indígena por parte del Estado hondureño constituyen los principales obstáculos para el respeto y la aplicación de los protocolos autónomos de consulta. Uno de los principales problemas que enfrentan ambos pueblos tiene que ver con la protección de sus territorios ancestrales ante las actividades de actores externos. Se debe agregar, las graves amenazas que suponen la situación de violencia en el país y las actividades del crimen organizado y narcotráfico en los territorios indígenas.

3.1. Aliados clave para el desarrollo de los protocolos y otras iniciativas

En ambos casos se puede observar el importante papel jugado por los organismos de cooperación internacional en brindar a los Pueblos Nahua y Miskitu las herramientas necesarias, como capacitaciones y diversas formas de apoyo técnico, para el desarrollo de sus respectivos protocolos de consulta. La asistencia brindada por los organismos cooperantes en ambos casos formaba parte de otros proyectos y actividades de relevancia para los pueblos indígenas en general.

En el caso del Protocolo Miskitu, la UICN y otros organismos internacionales que han mantenido una presencia en la región de la Mosquitia también promovieron proyectos que acompañaron los procesos de titulación de tierras indígenas y el fortalecimiento de la gobernanza indígena, además de proyectos sociales en la región. Posteriormente a la elaboración de su protocolo, el Pueblo Miskitu desarrolló iniciativas para fortalecer el rol de los ancianos dentro de los Consejos Territoriales y para el manejo de lagunas y otros ecosistemas naturales en sus territorios. A raíz de las experiencias en su aplicación, MASTA ha trabajado en una nueva versión del protocolo.

En el caso del Pueblo Nahua, la asistencia técnica facilitada por SNV tuvo un importante enfoque de derechos humanos a través de talleres de capacitación sobre derechos de los pueblos indígenas que coadyuvaron al empoderamiento de distintos sectores del Pueblo Nahua, como jóvenes, mujeres y ancianos. Asimismo, la experiencia adquirida por el Pueblo Nahua en el desarrollo del protocolo sirvió para planificar otras iniciativas como un Plan de Vida con un componente de adaptación al cambio climático y de seguridad alimentaria, que incluye la reintroducción de cultivos ancestrales como el teosinte.⁹

9 Entrevista con Verónica Mejía, Presidenta de FINAH y Zaida Sánchez, Coordinadora del área de género del Pueblo Nahua (18 de febrero de 2020).

3.2. Fortalecimiento y empoderamiento de instituciones indígenas

Los dos protocolos ayudan a definir los roles de las respectivas autoridades y estructuras organizativas de los Pueblos Nahua y Miskitu en cuanto a las modalidades de interlocución entre los proponentes de una medida, las organizaciones representativas indígenas y las comunidades afectadas, así como en el diseño de la metodología y planes de consulta y la manera en que se llegará a la toma de decisiones sobre las medidas propuestas. Ello es evidente en el caso del Pueblo Miskitu en relación con el rol de MASTA de coordinar con los Consejos Territoriales y comunidades los procesos de consulta y la respuesta final sobre la medida. De igual manera, FINAH junto con la autoridad tradicional, el Cacique Mayor, tienen un importante papel de interlocución con las comunidades y otras bases comunitarias del Pueblo Nahua en relación con las consultas y procesos de toma de decisión. Asimismo, se puede destacar que ambos protocolos afirman el derecho exclusivo de los pueblos indígenas a dar o denegar su consentimiento, lo que debe ser respetado por los proponentes de la medida.

Por otro lado, ambos protocolos establecen la facultad de las autoridades y organizaciones indígenas de solicitar y recibir asistencia técnica e información adicional de parte de otros actores externos, e incluso de otros pueblos indígenas con experiencia respecto a las actividades propuestas, como es el caso del Protocolo Nahua. En ese sentido, se puede resaltar la figura del Comité Técnico Asesor en el Protocolo Miskitu y la conformación de los equipos de trabajo en el caso del Protocolo Nahua. El trabajo de estos grupos técnicos implicaría que sus integrantes indígenas contarían con un nivel significativo de capacitación técnica para sistematizar y evaluar la información sobre una medida y poder asegurar que pueda ser comprendida por las comunidades afectadas. Ello es un reflejo de los desafíos que enfrentan los pueblos indígenas para obtener información completa, imparcial y culturalmente adecuada para poder participar efectivamente en procesos de consulta previa.

También se puede destacar la conformación de comisiones de supervisión o monitoreo en ambos protocolos, lo que constituye un importante mecanismo mediante el cual las respectivas organizaciones indígenas pueden monitorear las acciones de las empresas y actores estatales y asegurar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados en las consultas. En el caso del Protocolo Miskitu, ello incluye un monitoreo del funcionamiento de los mecanismos de queja establecidos en los acuerdos entre las partes. Estos tipos de mecanismos de seguimiento son una importante práctica dada la ausencia en Honduras de mecanismos legales y judiciales de supervisión, fiscalización y de sanción de las actividades de empresas estatales y privadas que vulneran los derechos humanos. Tales medidas legales y judiciales serían necesarias para complementar las facultades de los pueblos indígenas en las etapas de supervisión y monitoreo de los acuerdos alcanzados conforme a los protocolos de consulta.

4. Reconocimiento y aplicación de los protocolos indígenas

Con respecto a las situaciones en las que se han reconocido y aplicado los protocolos de consulta en Honduras, las mejores condiciones se han dado en relación con los programas y proyectos de los organismos de cooperación. En el caso del Pueblo Miskitu, su protocolo bio-cultural ha servido en consultas sobre el desarrollo de proyectos educativos comunitarios y proyectos de gobernanza local promovidos por organismos de cooperación internacional. Por otro lado, en el caso de organismos internacionales que han demostrado interés en implementar proyectos como REDD+ y otros relacionados con el cambio climático, el Protocolo Miskitu ha sido reconocido como modelo de referencia para tener en cuenta en la eventualidad que se realicen consultas con otros pueblos indígenas sobre estos proyectos.¹⁰

En el caso del Pueblo Nahua, su protocolo fue utilizado en las consultas sobre los proyectos de uso de biogás y de adaptación al cambio climático propuestos por SNV en el territorio Nahua. Se puede destacar la voluntad de SNV de someter esos proyectos a los procedimientos del Protocolo Nahua, lo que constituyó una importante medida de confianza que generó una relación positiva y respetuosa entre SNV y FINAH y las condiciones más propicias para la aceptación de los proyectos.¹¹

Sin embargo, en escenarios donde actores estatales o empresariales han pretendido desarrollar proyectos extractivos, energéticos u otros similares en territorios Nahua y Miskitu, se pueden observar una serie de desafíos que también enfrentan otros pueblos indígenas a causa de la ausencia de una voluntad y práctica por parte de esos actores de consultar a los pueblos indígenas antes de la aprobación de licencias y contratos relacionados con estos proyectos.

La concesión petrolera otorgada en la plataforma marítima de la Mosquitia es un caso en que el Protocolo Miskitu fue utilizado en negociaciones con una empresa transnacional en una etapa tardía cuando los permisos y contratos ya fueron firmados por el Estado hondureño, lo que cerró cualquier posibilidad de que se realice una consulta verdaderamente previa. En ese caso, el gobierno hondureño y la empresa BG Group firmaron un contrato en 2013 que autorizó la exploración y explotación de petróleo en áreas costeras de la Mosquitia sin haber consultado previamente al Pueblo Miskitu y otros pueblos indígenas de la región. Tras las críticas por parte de los pueblos indígenas, la empresa entró en un proceso de negociación con el Pueblo Miskitu, pero no con los otros pueblos afectados. El Pueblo Miskitu utilizó el protocolo en las negociaciones con la empresa para exigir ciertas condiciones antes de la siguiente etapa de explotación. Las condiciones incluyeron la realización de consultas antes de las fases de perforación y explotación, la realización de estudios de impacto y ciertos beneficios por parte de la empresa, entre otras medidas (Relatora Especial ONU, 2016: párr. 54). A manera de ejem-

10 Ver por ejemplo, Recio, María Eugenia, *Evaluación sobre la tenencia de recursos y paisajes sostenibles en Honduras*, Washington DC: USAID Tenure and Global Climate Change Program, pp. 70-1. Disponible en: https://www.land-links.org/wp-content/uploads/2016/09/USAID_Land_Tenure_TGCC_Honduras_Assessment_Spanish.pdf.

11 Entrevista con Verónica Mejía, Presidenta de FINAH y Zaida Sánchez, Coordinadora del área de género del Pueblo Nahua (18 de febrero de 2020).

plo, BG Group se comprometió a aportar USD 250.000 anuales para financiar proyectos de desarrollo social (UNDP, 2018: 8).

Las negociaciones no han resultado en acuerdos finales por lo que aún no se han cumplido las demandas del Pueblo Miskitu. La concesión fue posteriormente adquirida por otras empresas, siendo las empresas AziPetrol Honduras y Caribx (UK Limited) las últimas en adquirir los derechos de BG. Por otro lado, esta concesión petrolera continúa siendo objeto de graves preocupaciones por parte de los pueblos indígenas de la región y de sectores de la sociedad civil debido a la falta de transparencia sobre los términos de los contratos, los beneficios y potenciales impactos ambientales y sociales que pudieran ser generados por la instalación de la infraestructura y el serio riesgo de derrames que perjudicarían a la Mosquitia y otras regiones de América Central (UNAH, FOSDEH, OXFAM, 2019: 143-149).

Según el informe de la Relatora Especial sobre su visita a Honduras en 2015, autoridades del gobierno le informaron que la experiencia adquirida en la aplicación del Protocolo Miskitu en las negociaciones entre BG y MASTA le ha servido como modelo de referencia para emplear con otros pueblos indígenas (Relatora Especial ONU, 2016: párr. 54). Sin embargo, esta experiencia aún no ha sido replicada con otros pueblos indígenas en relación con proyectos de desarrollo similares promovidos por el gobierno o sectores empresariales.

En el caso del Protocolo Nahua, hasta la fecha no se ha implementado en procesos de consulta relacionados con proyectos extractivos u otros promovidos por actores externos. Sin embargo, el Pueblo Nahua lo ha invocado como herramienta de lucha contra la imposición de proyectos inconsultos y ha hecho que tanto empresas particulares como autoridades municipales locales tengan conocimiento del protocolo y de sus exigencias de que éste sea respetado. Tal ha sido el caso de una represa que la empresa hondureña ENERGISA ha pretendido instalar en territorio ancestral de 5 comunidades Nahua en el municipio de Guata. Las tierras donde se pretendía instalar la represa fueron acaparadas por un grupo de narcotraficantes que luego vendieron las mismas a la empresa. La empresa intentó reunir a las comunidades Nahua para informarles sobre el proyecto. El Pueblo Nahua expresó su disconformidad con el proyecto, insistiendo que se debe respetar el protocolo y posteriormente enviaron copia del protocolo a la empresa. Hasta ahora no han obtenido respuesta de parte de la empresa.¹²

De manera similar, comunidades Nahua en el municipio de Gualaco se han opuesto a actividades mineras. En una serie de cabildos abiertos organizados por la alcaldía municipal, hubo una alta participación de líderes Nahua lo que tuvo como resultado una declaración de que el municipio era libre de minería. En dichos espacios, los líderes Nahua promovieron el protocolo y las autoridades municipales posteriormente expresaron su interés de conocer más sobre el protocolo (Ibíd.). Por otro lado, las autoridades de FINAH han realizado una importante labor en promover el protocolo y compartirlo con funcionarios de los Ministerios de Ambiente, Educación, Trabajo, Derechos Humanos, Ministerio Público, INA y municipios locales.

12 Entrevista con Verónica Mejía, Presidenta de FINAH y Zaida Sánchez, Coordinadora del área de género del Pueblo Nahua (18 de febrero de 2020).

4.1. Las iniciativas de ley de consulta

Otro desafío considerable es el actual proyecto de ley sobre consulta previa ante el Congreso Nacional de Honduras que ha sido rechazado por los pueblos indígenas del país. Para representantes del Pueblo Nahua la posible aprobación del proyecto de ley es preocupante ya que las autoridades municipales y nacionales pudieran considerar que el Protocolo Nahua tendría un rango inferior a la ley, y, por ende, descartarían su importancia y legitimidad.¹³

Dicho proyecto de ley impondría nuevas instituciones y procedimientos que regirían las consultas a nivel nacional y que interferirían con las autoridades representativas y los procedimientos establecidos en los Protocolos Nahua y Miskitu. Por ejemplo, se crea un Comisionado Nacional de la Consulta Libre, Previa e Informada (CONACOLP) adscrito a la Secretaría de Trabajo, cuyo titular será nombrado por el Presidente de la República. Esta entidad estaría encargada de llevar a cabo las consultas, determinar si existe una afectación directa a un pueblo indígena que debe ser consultado, y evaluar y acreditar a los representantes indígenas que participarían en las consultas, así como mediar los conflictos derivados de la aplicación de la ley.¹⁴ El proyecto de ley establece un procedimiento que es restrictivo en cuanto a los tiempos (establece un plazo máximo de 120 días para realización de las consultas) e incluye a las empresas privadas como participantes de las consultas. Se limita el alcance y contenido de la consulta y el consentimiento, al disponer que la consulta no implica un derecho a veto, que no aplica a medidas de carácter general o casos de emergencia, y que el consentimiento aplicaría sólo a casos de traslado, con la excepción de medidas de “necesidad o interés público” que justificarían las restricciones a la propiedad colectiva indígena.¹⁵

Sobre las iniciativas de ley de consulta desarrolladas por el gobierno, la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas resaltó la necesidad de que se evalúe cuidadosamente si, en el actual contexto social y político hondureño, existen las condiciones para la rápida adopción de una ley de consulta debido a los graves conflictos sociales relacionados con proyectos de desarrollo no consultados. Enfatizó además que, como parte de un amplio proceso de discusión nacional con los pueblos indígenas sobre la manera de implementar la consulta previa, que se asegure que las entidades del Estado que tuvieran algún rol en los procesos de consulta sean debidamente capacitadas, y a la vez, proporcionar el tiempo necesario para que los mismos pueblos indígenas se puedan preparar para participar en esas discusiones. Asimismo, recomendó que en dichas discusiones representantes indígenas y del Estado consideren “varias modalidades para implementar la consulta indígena incluyendo el desarrollo de protocolos autónomos indígenas de consulta y consentimiento u otros mecanismos que pudieran desarrollar los pueblos indígenas para implementar la consulta previa” (Relatora Especial ONU, 2019: 2-3).

13 Entrevista con Verónica Mejía, Presidenta de FINAH y Zaida Sánchez, Coordinadora del área de género del Pueblo Nahua (18 de febrero de 2020).

14 Ley de Consulta Libre, Previa e Informada (2018) [“Proyecto de Ley de Consulta -2018”], arts. 6º, 8º, 10º, 12º.

15 Proyecto de Ley de Consulta -2018, arts. 2º, 9º, 11º, 19º, 20º.

4.2 Prácticas de las entidades estatales

La disconformidad con las iniciativas de consulta refleja los problemas estructurales en Honduras que han resultado en la inadecuada implementación de la consulta previa. En el país no se ha dado todavía una experiencia exitosa respecto a una consulta indígena que sea previa, es decir, antes de la autorización de los permisos y licencias relacionados con un proyecto energético, extractivo u otro similar que afecta a los pueblos indígenas. Ello se refleja incluso en el caso de la concesión petrolera en la Mosquitia y las negociaciones que se dieron después de la autorización del gobierno.

Ciertas prácticas institucionales tendrían que ser superadas para asegurar que se puedan implementar adecuadamente los procedimientos y las etapas establecidas en los Protocolos Nahua y Miskitu. Como fue señalado por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, tras su misión oficial a Honduras en 2019, existe un claro patrón generalizado de falta de consulta, participación y transparencia en relación con la aprobación de proyectos de extracción y explotación de recursos naturales que genera conflictos sociales en comunidades indígenas y rurales. La práctica generalizada ha sido la realización de cabildos abiertos por parte de autoridades nacionales y municipales con el objeto de simplemente informar o socializar un proyecto que ya fue autorizado. El proceso de evaluación y licenciamiento ambiental, por medio del cual se autorizan estos tipos de proyectos, no representan el tipo de evaluación ambiental por entidades independientes que dictan los estándares internacionales.¹⁶ Además, bajo algunas disposiciones normativas se clasifica como información reservada, los contenidos de los estudios de impacto ambiental e incluso la ubicación de los permisos exploratorios y otra información crucial sobre un proyecto o concesión (Grupo de trabajo Empresas y Derechos Humanos ONU, 2019). Estos son factores que inhibirían los procesos establecidos en ambos protocolos para la evaluación y análisis de toda la información pertinente sobre una medida y sus impactos.

Como reflejo de esta situación, la Fiscalía de Etnias del Ministerio Público ha recibido numerosas denuncias sobre la falta de consulta de proyectos de desarrollo. En el año 2018, dicha entidad realizó investigaciones de “diez casos de abuso de autoridad y violación de deberes del funcionario público por parte de funcionarios municipales y estatales que autorizaron proyectos hidroeléctricos, mineros y de otro tipo sin consulta previa, y los resultantes daños y perjuicios ambientales” (OACNUDH, 2018: párr. 63).

16 Al respecto véase, OIT. Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989, art. 7.3; y Corte IDH, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 206. Según la Corte Interamericana, los estudios de impacto deben realizarse “conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto; respetar las tradiciones y 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”.

4.3 Contexto nacional de violaciones a los derechos humanos

La situación general de violaciones de derechos humanos que enfrentan los pueblos indígenas constituye otro desafío en la implementación de los protocolos indígenas en Honduras. Tanto el Pueblo Miskitu como el Nahua, enfrentan presiones considerables sobre sus tierras y recursos naturales tradicionales a causa de actividades ganaderas, proyectos mineros, hidroeléctricos y el narcotráfico en sus respectivos territorios. La confluencia de intereses políticos, económicos y el narcotráfico han generado una situación de violencia que se suman y agravan el despojo territorial que históricamente han sufrido estos pueblos. El contexto de violencia y otras violaciones de derechos humanos que ocurren en el marco de proyectos extractivos, hidroeléctricos y otros en tierras indígenas y de otras poblaciones rurales han hecho que Honduras sea el país más peligroso para personas que defienden derechos territoriales y ambientales.¹⁷

La adopción de medidas decididas por parte del Estado hondureño para salvaguardar los derechos territoriales de los pueblos indígenas es un asunto fundamental al tratar el tema de la consulta indígena. Las demandas por el saneamiento de territorios indígenas de la Mosquitia, debido a la constante invasión de terceros tuvieron como resultado un decreto ejecutivo que crea una “Subcomisión Interinstitucional de titulación, ampliación, saneamiento y protección de los territorios y recursos naturales de la región de la Mosquitia hondureña” integrada por diversas instituciones de gobierno y organizaciones representativas de los pueblos indígenas de la región. Esta subcomisión estaría encargada de responder a las demandas de los pueblos indígenas en relación con la titulación, ampliación y saneamiento de sus territorios y también promovería proyectos de desarrollo.¹⁸ Este decreto, de poder implementarse de una manera verdaderamente consensuada y consultada con los pueblos indígenas de la Mosquitia, constituiría un paso importante hacia la garantía de los derechos de los pueblos indígenas en el marco de proyectos propuestos en sus territorios.

Por otro lado, también se deben tener en cuenta los impactos prolongados generados por esta situación que pudieran resultar en el debilitamiento de las estructuras organizativas y autoridades de los pueblos indígenas, lo que pudiera menoscabar el rol de dichas autoridades en los procesos de consulta. Esto podría darse mediante la injerencia de actores estatales y del crimen organizado en las estructuras representativas y procesos de toma de decisión de los pueblos indígenas con el fin de apropiarse de las tierras indígenas. Por tanto, la situación de violencia en el país y las actividades del crimen organizado y narcotráfico en los territorios indígenas suponen una grave amenaza por los pueblos indígenas, los cuales son factores que inciden en la capacidad de los pueblos indígenas de poder ejercer sus derechos sobre sus tierras, territorios, autonomía y libre determinación, elementos clave para la aplicación de los protocolos de consulta.

17 Ver en general, Global Witness, *Honduras: El lugar más peligroso para defender el planeta*, enero de 2017. Disponible en: <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/honduras-el-pa%C3%ADs-m%C3%A1s-peligroso-del-mundo-para-el-activismo-ambiental/>.

18 Decreto Ejecutivo núm. PCM-035-2019 (15 de julio del 2019), artículos 4, 6.

5. Otras consideraciones sobre el contenido de los protocolos

En vista de los problemas mencionados, el Estado tiene que recordar su obligación en todo momento de asegurar que los pueblos indígenas sean consultados conforme a los estándares internacionales. Los Protocolos Nahua y Miskitu establecen los procedimientos que tienen que seguir cualquier proponente, ya sea un actor estatal o privado, interesado en realizar una medida o actividad en sus territorios. Esto deja abierta la posibilidad de que un actor empresarial realice un proceso de consulta directamente con la parte indígena siguiendo los lineamientos y procedimientos establecidos en los protocolos. Sobre este punto, el anterior Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas advirtió que en los casos de negociaciones directas entre las empresas y los pueblos indígenas:

“[Las empresas] deben cumplir esencialmente las mismas normas internacionales que rigen las consultas entre los Estados y los pueblos indígenas, incluidas – entre otras – las que tienen que ver con las consideraciones temporales, la reunión y el intercambio de información sobre los impactos y los beneficios potenciales, y la participación indígena. Por otro lado, si bien las propias empresas deben ejercer la debida diligencia para asegurar dicho cumplimiento, el Estado sigue siendo el responsable último de las deficiencias de los procedimientos de consulta o negociación, por lo que debe emplear medidas para supervisar y evaluar los procedimientos y sus resultados, y especialmente para mitigar los desequilibrios de poder entre las empresas y los pueblos indígenas con los que negocian”. (Relator Especial ONU, 2013: párr. 62).

La realización de consultas conforme a los protocolos indígenas pudiera ser una forma de asegurar que las negociaciones entre empresas y pueblos indígenas puedan superar posibles deficiencias que generen vulneraciones a los derechos de los pueblos indígenas y los desequilibrios de poder, entre otros factores. Por ello, es importante que los Estados reconozcan oficialmente los protocolos autónomos de consulta en estos tipos de escenarios y que ayuden a los pueblos indígenas a verificar su cumplimiento.

Lo anterior son cuestiones que podrían ser enfatizadas por los Pueblos Nahua y Miskitu al entablar un proceso de negociación y consulta con actores estatales y empresariales. Las obligaciones que deben observar los Estados deben aplicar igualmente en consultas realizadas bajo los protocolos, para asegurar que se reúnan todos los elementos exigidos en los estándares internacionales. Ello incluiría asegurar que los pueblos indígenas cuenten con información independiente e imparcial sobre todos los impactos sociales, culturales, ambientales y otros que pudiera generar una medida, con el fin de que los pueblos indígenas puedan tomar una decisión informada.

Conclusión

Los Protocolos Nahua y Miskitu constituyen un importante avance dentro de los esfuerzos de los pueblos y organizaciones indígenas de Honduras por la defensa de sus derechos, teniendo en cuenta el difícil contexto nacional en el que se desenvuelven. Ambos protocolos pudieran servir de referentes para otros pueblos como los Lenca y Tolupán que han expresado interés en desarrollar sus propios protocolos.

Los protocolos indígenas aún no han sido reconocidos oficialmente por instituciones de gobierno. El caso de las negociaciones entre MASTA y la empresa BG Group, donde el Protocolo MMiskitu fue utilizado después de que fuera autorizada la concesión petrolera de BG, pudiera ser considerado como un precedente que deja abierta la posibilidad de que los protocolos autónomos pudieran ser aplicados para otros proyectos promovidos por actores estatales y empresariales. Ello también dependerá de la decisión que se adopte con respecto al proyecto de ley de consulta ante el Congreso Nacional.

Sin embargo, se tienen que tener en cuenta varios factores relacionados con el actual contexto nacional y el escaso nivel de protección de los derechos de los pueblos indígenas que pudieran incidir en el respeto de los protocolos indígenas por entidades estatales y empresariales en casos de proyectos extractivos, energéticos y otros similares. Ello incluye la situación que viven los pueblos indígenas marcada por la violencia e impunidad y conflictos socioambientales causados por proyectos de desarrollo, y otras violaciones de derechos humanos. Por otro lado, se debe señalar el escaso y limitado desarrollo normativo a nivel nacional de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, especialmente respecto a la protección de sus territorios y el reconocimiento de su libre determinación. A nivel de la normativa y de las instituciones estatales hondureñas no se ha dado un reconocimiento de los derechos de autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas, lo que respaldaría los esfuerzos de los pueblos indígenas por hacer respetar sus protocolos de consulta y consentimiento.

Hasta ahora no existe un aliado institucional a nivel del Estado hondureño que pudiera apoyar los esfuerzos de los pueblos indígenas en desarrollar sus propios protocolos de consulta. Por tanto, la cooperación internacional ha sido el principal actor que ha apoyado estos esfuerzos. Asimismo, organizaciones no gubernamentales y de sociedad civil también pudieran jugar un papel importante en apoyar estos esfuerzos.

A pesar de los desafíos señalados, las experiencias en el desarrollo de los Protocolos Nahua y Miskitu, demuestran la capacidad de los pueblos indígenas de poder organizarse y capacitarse en torno a sus derechos y promover sus propias autoridades representativas y modelos de relacionamiento con actores externos. El desafío consiste, por tanto, en poder ampliar estas prácticas y que, al ser aplicadas, puedan realmente hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas conforme a los estándares internacionales. ○

Referencias

- Federación Indígena Nahua de Honduras - FINAH (2018):** *Protocolo para el Consentimiento Previo, Libre e Informado.*
- Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas - IWGIA (2015):** *El Mundo Indígena – Honduras.* Copenhague: IWGIA.
- Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas (2019):** *Declaración del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos al final de la visita a Honduras de 28 de agosto de 2019.*
- Instituto Nacional de Estadística de Honduras (2013):** XVII Censo de Población y VI de Vivienda 2013.
- Oficina Regional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos**
- 2011 *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas de América Central - Tomo II.* Oficina Regional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
 - 2018 *Informe anual de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de derechos humanos en Honduras.* Oficina Regional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Pinto, L. (2002):** *Perfil de los Pueblos Indígenas y Negros de Honduras.* Unidad Regional de Asistencia Técnica: RUTA.
- Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya (2013):** *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas,* A/HRC/24/41, 1 de julio de 2013.
- Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, Victoria Tauli-Corpuz**
- 2019 *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas al Gobierno de Honduras, Sobre el Proyecto de Ley de Consulta Libre, Previa e Informada actualmente ante el Congreso Nacional, y el posible impacto en los derechos de los pueblos indígenas.* OL HND 5/2019, 28 de octubre de 2019.
 - 2016 *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a Honduras,* A/HRC/33/42/Add.2, 21 de julio de 2016.
- UNAH, FOSDEH, OXFAM (2019):** *Territorios en riesgo II: Minería, hidrocarburos y generación de energía eléctrica en Honduras.* Disponible en: <https://honduras.oxfam.org/territorios-en-riesgo-2>
- Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza - UICN (2013):** *Proceso exitoso de titulación de territorios indígenas en La Mosquitia Hondureña* (18 de octubre de 2013). Disponible en: <https://www.iucn.org/es/node/1514>
- United Nations Development Programme -UNDP (2018):** *Muskitia Asla Takanka, Honduras,* New York: Equator Initiative Case Studies Series. Disponible en: <https://www.equatorinitiative.org/wp-content/uploads/2017/05/MASTA-Honduras.pdf>.

CAPÍTULO 8

EL CASO MEXICANO: OAXACA, CHIAPAS Y CAMPECHE

Elisa Cruz Rueda

Introducción

Para entender por qué no existen protocolos autonómicos nos remite necesariamente a tomar en cuenta la construcción del Estado mexicano con sus particularidades históricas que marcan su relación con los indígenas y sus pueblos. A esta relación le llamamos indigenismo, que en sus orígenes sienta sus bases en una concepción evolucionista, que postula la desaparición de los indígenas justamente por pertenecer a sociedades simples destinadas a ser asimiladas por las sociedades nacionales.

Lo anterior explica en parte por qué no encontramos protocolos de consulta previa comunitarios, autonómicos u otros semejantes como lo han hecho los pueblos indígenas de Latinoamérica. Podemos observar por ejemplo en el Estado de Guerrero el Reglamento del Sistema de Seguridad Indígena Comunitaria (Policía Comunitaria) que en sus orígenes regulaba la seguridad pública indígena comunitaria de varias comunidades de los municipios de San Luis Acatlán y Malinaltepec, pero no se establecen reglas de consulta previa para que el Estado mexicano respetara este derecho.

De igual forma, no encontramos algo semejante a reglamentos comunitarios que regulen la consulta previa en casos emblemáticos de ejercicio autonómico como por ejemplo Cherán en Michoacán, y en Oaxaca con ninguna comunidad de los pueblos zapotecos, mixtecos y mixes (entre otros) ni en el resto de los pueblos indígenas que ocupan el territorio nacional contando más de 56 pueblos indígenas (con más de 10 millones de personas). A esto se agrega que sobre el ejercicio de derechos como lo es la Consulta, la participación y el consentimiento previo, libre e informado, los indígenas y sus pueblos tienen serias reservas sobre su regulación en una ley de consulta, pues la experiencia en su relación con el Estado, les ha mostrado que toda regulación es con miras a poner candados al ejercicio de derechos más que con la intención de hacerlos efectivos.

En contraste, desde 1992 México cuenta con una normativa agraria (segundo párrafo de la fracción VII del artículo 27^o de la CPEUM) que señala contenidos mínimos que deben cumplir los reglamentos y estatutos comunales, de ejidos y comunidades agrarias (que pueden ser

indígenas o no indígenas) respectivamente y que en el devenir del tiempo (desde la reforma agraria de 1917 pasando por la de los años 1935 y 1970) han sido apropiados y re apropiados por indígenas y sus pueblos para plantear normas mínimas que en su momento utilizan frente al estado, estableciendo límites a su injerencia en territorios indígenas bajo la figura de ejidos o comunidades agrarias cuyo régimen de propiedad de la tierra no es ni pública ni privada, sino social.

Y aunque no está normativizado ni puesto por escrito el proceso de consulta que cada pueblo indígena en México tiene para deliberar y decidir, estos mecanismos sí existen de manera oral. Este trabajo tiene la intención de mostrar someramente casos donde los indígenas y sus pueblos regularon su vida interna más allá del uso de la tierra, para lo cual tuvieron que echar a andar mecanismos particulares internos de consulta y de construcción de acuerdos, como ejercicio de la libre determinación.

En los siguientes apartados haremos un recuento del caso mexicano, en primer lugar, abordando someramente el marco normativo más relevante de la autonomía indígena, tanto el establecido por el Estado como el de las prácticas del sistema normativo propio del pueblo indígena. Para esto, describimos los reglamentos internos y estatutos comunales como marco normativo de autonomía indígena, reflexionando sobre los problemas o brechas de su implementación. En segundo lugar, analizamos los modelos de gestión autodeterminada de la consulta, explicando los mecanismos, herramientas, y su operación concreta, marcando su origen en los instrumentos jurídicos impuesto por el Estado y cómo derivaron en instrumentos autónomos. Subrayamos en la problemática que implica la denominación de protocolos frente al de estatutos comunales o reglamentos internos comunitarios y cómo finalmente, sin importar el nombre han servido para el reforzamiento de la autonomía indígena. En tercer lugar, se incluyen con la exposición de las Fichas de los Casos, con datos elementales. En cuarto lugar, abrimos un espacio exclusivo al caso del llamado “Tren maya”. Y finalmente terminamos con conclusiones y propuestas.

1. Presentación del caso mexicano

Es obligatorio para México el cumplimiento del marco jurídico internacional en materia de derechos humanos que el Estado mexicano ha firmado y ratificado de conformidad con los artículos 133º y 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), y por tanto es norma nacional que está comprometido a cumplir, a través de la modificación del marco jurídico nacional y del diseño e implementación de políticas públicas, así como de los programas de gobierno.

De ese marco jurídico nos interesan especialmente lo que directamente se refieren a los indígenas y sus pueblos ya que en ellos se ha depositado la representación y definición de la diversidad cultural en México, aunque como lo hemos señalado en varios trabajos, no es su única expresión (Cruz y Santana, 2013):

- Convenio N° 169 de la OIT (1990)
- Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural (2001)
- Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas ONU (2007)
- Artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2001)
- Código Federal de Procedimientos Penales (Cámara de Diputados Federal 1991)

En este orden de ideas, uno de los compromisos del Estado mexicano frente al concierto de las naciones es el respeto en general a la diversidad y a la diversidad cultural, y concretamente a los derechos de los pueblos indígenas. Por ello, estamos convencidos que la iniciativa de elaboración de protocolos propios, autonómicos y/o de relacionamiento con el exterior y concretamente con los Estados, es necesaria para hacer efectivo el Derecho a la Consulta y el consentimiento previo e informado como directriz transversal de la política pública gubernamental en y para la diversidad.

1.1. Acuerdos de San Andrés 1996 (contexto común para Oaxaca, Chiapas y Campeche)

El proceso de diálogo que dio lugar a estos acuerdos no se repetiría en la historia de México, ni siquiera ahora se ve la posibilidad de algo parecido, con un presidente de México, electo por mayoría popular.

Los Acuerdos de San Andrés si bien no forman parte del marco jurídico estatal, si sientan un precedente importante en la historia del indigenismo en México, que como lo apuntamos es la relación que el Estado mexicano ha establecido con indígenas y sus pueblos desde su establecimiento. Por ello, este documento marca un parteaguas en la historia de México porque por primera vez se establece de manera dialogal un proceso y mecanismo de diálogo y acuerdos entre el Estado y los pueblos indígenas, sin precedente, podemos decir que fue conforme al Convenio N° 169 de la OIT. El alzamiento en 1994 del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, da lugar a ese proceso de diálogo, establecido entre el gobierno federal y del estado de Chiapas con los insurrectos.

La importancia de los Acuerdos de San Andrés quedó plasmada en las recomendaciones del primer Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen el 23 de diciembre de 2003:

64. El Relator Especial recomienda al Congreso de la Unión reabrir el debate sobre la reforma constitucional en materia indígena con el objeto de establecer claramente todos los derechos fundamentales de los pueblos indígenas de acuerdo a la legislación internacional vigente y con apego a los principios firmados en los Acuerdos de San Andrés. (Naciones Unidas, 2003: 28).

Anterior a este proceso, las comunidades indígenas debían cumplir con requisitos de ventanilla o bien, negociar con cuadros de baja jerarquía. También, el proceso que implicó los Acuerdos de San Andrés colocó en lo formal, frente a frente a los pueblos y al Estado, planteándose la posibilidad real de un proceso de negociación y acuerdos permanentes.

Por último, los Acuerdos de San Andrés representan el primer ejercicio de adecuar la norma jurídica internacional que representa el Convenio N° 169 de la OIT, a la realidad jurídica mexicana. Recordemos lo que señala el artículo 31° de la Convención de Viena de 1969 sobre la interpretación de los tratados: “1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá además del texto, incluidos su preámbulo y anexos (...) 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta; a) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”.

Si partimos de que un Tratado es un acuerdo de voluntades de los Estados parte, nos interesa este punto tres, porque entonces a nivel internacional, los Acuerdos de San Andrés presentados ante la OIT por el gobierno mexicano, representan un documento jurídico que da base a la interpretación del Convenio según la realidad mexicana, y como tal deben ser respetados. Sobre este particular, recomendamos la lectura de los comentarios de Ian Chambers sobre la relación entre estos dos documentos (Chambers, 1997: 463-464):

“Pese a esta trascendencia, se ha querido minimizar el alcance de los mismos, si bien tienen una atadura política (que se puede ubicar en estos momentos, como una conflictividad sobre la interpretación de los acuerdos, su seguimiento y aplicación) no por ello carecen de validez legal; así, se ha alegado infundadamente que no tienen carácter jurídico. Sin embargo, en el Derecho mexicano se reconocen como fuentes de las obligaciones entre otras: los contratos, la declaración unilateral de la voluntad, las obligaciones contraídas a favor de terceros, etc. De esta manera, si el gobierno alega que no hubo acuerdo de voluntades (contrato o convenio), debe admitir que de su parte sí hubo una declaración unilateral de la voluntad (oferta o propuesta) o por lo menos, suscribió estipulaciones a favor de terceros (que éstos pueden exigir), por lo que se comprometió sobre una serie de aspectos, es decir empeñó su palabra y debe apegarse a ella (pacta sunt servanda) siendo su base, la buena fe. Sin embargo, el carácter jurídico de los acuerdos como su nombre lo indica son más un acuerdo de voluntades, que la expresión unilateral de la voluntad del gobierno mexicano y éste no ha sido fiel a la palabra empeñada.”

Finalmente, México ha firmado la mayoría de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, por ello y por formar parte de la ONU, está obligado a cumplirlos y hacerlos cumplir, por tanto, le obligan los mecanismos de control de cada tratado, así como los informes y recomendaciones de los organismos internacionales que observan si un Estado cumple o no

con el Convenio N° 169 de la OIT y con los estándares internacionales. Esta obligación está establecida en la CPEUM, con lo que se conoce como bloque de constitucionalidad. concretamente en el artículo 1º, sobre todo, el artículo 2º de la misma constitución mexicana.

1.2. Descripción de los reglamentos internos y estatutos comunales como marco normativo de autonomía

En el caso mexicano no contamos con los llamados protocolos comunitarios a la manera de otros pueblos indígenas de Abya Yala o América Latina. En cambio, las comunidades indígenas por la historia de construcción del Estado mexicano cuentan con reglamentos internos o estatutos comunales según si sus tierras les fueron reconocidas u otorgadas por la figura jurídica de ejido o comunidad agraria, en este sentido, vale advertir que, si bien la mayoría de las tierras de indígenas se encuentran amparadas bajo estas figuras de propiedad social, muchas otras están bajo la figura de pequeña propiedad.

En el Derecho Agrario mexicano se reconocen dos formas de tenencia colectiva y social de la tierra: los ejidos y los bienes comunales, y con estas se ha amparado la propiedad de los indígenas y sus pueblos sobre sus tierras y territorios. En otros trabajos (Cruz, 2011) hemos señalado cómo el Derecho Agrario es uno de los ámbitos de intervención central del Estado mexicano en comunidades rurales (sean indígenas o no), por lo que, aunque se otorga cierta protección a tierras y territorios de indígenas y sus pueblos, éstos han desarrollado su vida interna con cierta autonomía, por ello nosotros nos referimos a ellos como semiautónomos.

Esta influencia del Estado mexicano en la construcción y dinámicas internas de ejidos y comunidades agrarias es clara desde la lectura del artículo 27º de la CPEUM, concretamente en su fracción VII.

Artículo 27. La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

VII. Se reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidales y comunales y se protege su propiedad sobre la tierra, tanto para el asentamiento humano como para actividades productivas.

La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas.

La ley, considerando el respeto y fortalecimiento de la vida comunitaria de los ejidos y comunidades, protegerá la tierra para el asentamiento humano y regulará el aprovechamiento de tierras, bosques y aguas de uso común y la provisión de acciones de fomento necesarias para elevar el nivel de vida de sus pobladores.

La ley, con respeto a la voluntad de los ejidatarios y comuneros para adoptar las condiciones que más les convengan en el aprovechamiento de sus recursos productivos, regulará el ejercicio de los derechos de los comuneros sobre la tierra y de cada ejidatario sobre su parcela. Asimismo, establecerá los procedimientos por los cuales ejidatarios y comuneros podrán asociarse entre sí, con el Estado o con terceros y otorgar el uso de sus tierras; y, tratándose de ejidatarios, transmitir sus derechos parcelarios entre los miembros del núcleo de población; igualmente fijará los requisitos y procedimientos conforme a los cuales la asamblea ejidal otorgará al ejidatario el dominio sobre su parcela. En caso de enajenación de parcelas se respetará el derecho de preferencia que prevea la ley.

Tanto el reglamento interno como el estatuto comunal son documentos en los que se puede observar las dinámicas sociales de una comunidad que al ser reconocida como ejido/comunidad agraria tiene cierta autonomía (Cruz, 2014 y 2018), porque el establecimiento de cada norma revela los recursos y aspectos relevantes sobre los que la comunidad, autoridades y líderes están preocupados de controlar, pero siempre bajo la revisión del Estado mexicano.

Desde la Ley Federal de Reforma Agraria, ejidos y comunidades estaban obligados a regular su funcionamiento a través de un reglamento interno que debía registrarse en el Registro Agrario Nacional (RAN), sin embargo, muchos núcleos agrarios no contaban con él. Con las modificaciones de 1992 al artículo 27 constitucional en materia de ejidos y comunidades agrarias, esa obligación no cambió aunque la “obligatoriedad” de contar con un reglamento se hizo más imperativa a propósito del llamado Procede (Programa de Certificación de Derechos Ejidales y Titulación de Solares Urbanos), pues el reglamento de la Ley Agraria en esta materia señala como requisito indispensable que los núcleos agrarios que se integran al programa deben contar con su reglamento interno entre otros documentos. Desde la perspectiva del derecho positivo mexicano —según la Ley Agraria del 26 de febrero de 1992— se conoce como reglamento interno —para el caso de los núcleos agrarios ejidales— o estatuto comunal —para los núcleos agrarios de bienes comunales o comunidades— al conjunto de reglas escritas que se refieren a distintos temas como: derechos de ejidatarios o comuneros, delimitación y aprovechamiento de las tierras, derechos de los avendados (si los hubiera), formas de organización, etc. Tanto uno como otro tienen que estar registrados en el Registro Agrario Nacional, y los ejidatarios o comuneros u otras personas (según sea el caso) deben cumplirlo siempre y cuando ese reglamento no contradiga la Ley Agraria —esto, desde la lógica jurídica del derecho positivo mexicano, artículos 10^º y 107^º de la Ley Agraria. Como se había apuntado, la necesidad de contar con normas escritas ha sido parte de una exigencia del Estado, pero también las comunidades indígenas lo han retomado como una manera de defender sus derechos a tener una forma de organización interna propia y un sistema de justicia basado en los usos y costumbres.

Pese a esa incidencia y cierta intervención del Estado mexicano en la vida de los núcleos agrarios ejidos o comunidades agrarias (indígenas o no indígenas), estos son espacios de ejercicio de cierta autonomía, sobre todo cuando se trata de formular normas internas, para

que estas puedan oponerse o imponerse a terceros (es decir, aquellas personas, organizaciones o instancias que no formen parte de la comunidad) requieren de la validación del Registro Agrario Nacional (instancia gubernamental) y necesitan cumplir formalidades jurídicas. Por lo que, si esas normas no son escritas y se quedan en la oralidad, no podrán ser oponibles a terceros.

Ley Agraria

Artículo 10.- Los ejidos operan de acuerdo con su reglamento interno, sin más limitaciones en sus actividades que las que dispone la ley. Su reglamento se inscribirá en el Registro Agrario Nacional, y deberá contener las bases generales para la organización económica y social del ejido que se adopten libremente, los requisitos para admitir nuevos ejidatarios, las reglas para el aprovechamiento de las tierras de uso común, así como las demás disposiciones que conforme a esta ley deban ser incluidas en el reglamento y las demás que cada ejido considere pertinentes.

Artículo 107.- Son aplicables a las comunidades todas las disposiciones que para los ejidos prevé esta ley, en lo que no contravengan lo dispuesto en este Capítulo.

1.3. Problemas o brechas de implementación

En el caso de los pueblos y comunidades indígenas en México, y particularmente en Oaxaca, nos encontramos ante campos sociales semiautónomos con reglas y dinámicas propias, es decir, sistemas jurídicos que se encuentran acotados por un campo social más amplio que es el del Estado mexicano, en el que están insertos. Por ejemplo, las autoridades indígenas a nivel local, en la cabecera o en las agencias, son presionadas por las instituciones municipales y del estado de Oaxaca –como la Comisión Estatal de Derechos Humanos–, así como por la intervención de los agentes de las diversas dependencias o instituciones estatales o federales, en particular, las que se encargan de la procuración y administración de justicia, sin por ello perder el control sobre asuntos que son relevantes para las propias comunidades, control que dependerá del grado de organización de cada comunidad y/o grupo etnolingüístico o pueblo indígena.

De igual forma, en el caso mexicano siendo tan arraigada la historia agraria, nos hemos dado a la tarea de preguntar con organizaciones indígenas y comunidades, ¿cómo ven formular/elaborar esos protocolos comunitarios tipo pueblos indígenas de Latinoamérica? A lo que nos responden: “tendremos que registrarlos en el Registro Agrario Nacional para que tengan fuerza, o hacerlo ante notario”, lo cual dista mucho de la experiencia latinoamericana, pero es comprensible a la luz de lo que someramente hemos referido de la relación Estado-pueblos indígenas en México. Es importante considerar que en la “necesidad” de indígenas y sus pueblos de seguir las formalidades que el estado “impone”, está implicada no solo la historia de relación, sino las ventajas que han observado que les da cumplirlas y sobre todo conocer

el Derecho mexicano para contestar al Estado con algo así como: “yo cumplo con las reglas, cumple tú con nuestros derechos, cumple con el Convenio N° 169 de la OIT”.

Lo que muestra que las comunidades indígenas como espacios semiautónomos, al elaborar reglamentos ejidales y estatutos comunales, hacen ejercicio de la libre determinación como expresión de la autonomía, base sobre la cual se pueden desarrollar los protocolos autónomos que recomiendan tanto la Relatora Especial para Pueblos Indígenas como el Mecanismo de Expertos.

2. Análisis de los modelos de gestión autodeterminada de la consulta: reglamentos ejidales y estatutos comunales como instrumentos de autonomía en el reforzamiento de la autonomía indígena

Los casos que exponemos en este trabajo implicaron para las comunidades y pueblos indígenas participantes, implementar mecanismos de consulta interna comunitaria que dieron como resultado la formulación de normas internas plasmadas en los llamados estatutos comunales y reglamentos ejidales.

Desde la perspectiva del derecho positivo mexicano —representada por la Ley Agraria del 26 de febrero de 1992— se conoce como reglamento interno, para el caso de los núcleos agrarios ejidales —o estatuto comunal, para los núcleos agrarios de bienes comunales o comunidades agrarias, al conjunto de reglas escritas que se refieren a distintos temas por ejemplo: derechos de ejidatarios y/o comuneros, delimitación y aprovechamiento de las tierras, derechos de los avecindados (si los hubiera), formas de organización para la producción, etc. Tanto uno como el otro tienen que estar registrados en el Registro Agrario Nacional (RAN), para que surtan efectos contra terceros, y los ejidatarios o comuneros u otras personas (según sea el caso) deben cumplirlo siempre y cuando ese reglamento o estatuto no contradiga la Ley Agraria —esto, desde la lógica jurídica del derecho positivo mexicano, artículos 9º, 10º, 99º, 101º y 107º de la Ley Agraria. A continuación, transcribimos estos artículos:

TITULO TERCERO DE LOS EJIDOS Y COMUNIDADES Capítulo I De los Ejidos Sección Primera Disposiciones Generales

Artículo 9.- Los núcleos de población ejidales o ejidos tienen personalidad jurídica y patrimonio propio y son propietarios de las tierras que les han sido dotadas o de las que hubieren adquirido por cualquier otro título.

Artículo 10.- Los ejidos operan de acuerdo con su reglamento interno, sin más limitaciones en sus actividades que las que dispone la ley. Su reglamento se inscribirá en el Registro Agrario Nacional, y deberá contener las bases generales para la organización económica y social del ejido que se adopten libremente, los requisitos para admitir nuevos ejidatarios, las reglas para el aprovechamiento de las tierras de uso común, así como las demás disposiciones que conforme a esta ley deban ser incluidas en el reglamento y las demás que cada ejido considere pertinentes.

Este artículo de la Ley Agraria muestra lo que hemos señalado sobre lo que es el reglamento interno y por tanto del estatuto comunal, y la legitimidad legal que le da el registrarse en el RAN. Por lo que toca a comunidades agrarias, se les aplica las mismas disposiciones que a los ejidos y esto está expresado en los siguientes artículos:

Capítulo V De las Comunidades

Artículo 106.- Las tierras que corresponden a los grupos indígenas deberán ser protegidas por las autoridades, en los términos de la ley que reglamente el artículo 4o. y el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 27 constitucional.

Artículo 107.- Son aplicables a las comunidades todas las disposiciones que para los ejidos prevé esta ley, en lo que no contravengan lo dispuesto en este Capítulo.

Es importante aclarar que en relación con lo que señala el artículo 106 de la Ley Agraria, arriba transcrito, sobre la ley reglamentaria del artículo 4º y el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 27º constitucional, son artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), además en el año 1992 este artículo 4º aludía en un pequeño párrafo a los derechos indígenas en materia agraria, pero después en 2001 se reforma y la materia agraria pasa al artículo 2º. Y esa ley reglamentaria no se ha formulado ni legislado.

Finalmente, en el mismo capítulo de las Comunidades se alude al estatuto comunal:

Artículo 99.- Los efectos jurídicos del reconocimiento de la comunidad son:

- I. La personalidad jurídica del núcleo de población y su propiedad sobre la tierra;
- II. La existencia del Comisariado de Bienes Comunales como órgano de representación y gestión administrativa de la asamblea de comuneros en los términos que establezca **el estatuto comunal y la costumbre**;
- III. La protección especial a las tierras comunales que las hace inalienables, imprescriptibles e inembargables, salvo que se aporten a una sociedad en los términos del artículo 100 de esta ley; y
- IV. Los derechos y las obligaciones de los comuneros conforme a **la ley y el estatuto comunal**.

Artículo 101.- La comunidad implica el estado individual de comunero y, en su caso, le permite a su titular el uso y disfrute de su parcela y la cesión de sus derechos sobre la misma en favor de sus familiares y vecindados, así como el aprovechamiento y beneficio de los bienes de uso común en los términos **que establezca el estatuto comunal**. El beneficiado por la cesión de derecho de un comunero adquirirá la calidad de comunero.

Esto nos muestra una dinámica histórica establecida desde los orígenes del Estado nación mexicano que ha penetrado en todos los rincones de México, y es así que se explica por qué el contar con normas escritas ha sido parte de una exigencia del Estado, pero también las comunidades indígenas lo han retomado como una manera de defender sus derechos a tener una forma de organización interna propia y a un sistema de justicia basado en los usos y costumbres —el caso de Móctum (ver fichas) y de otros poblados es representativo de estos procesos.

2.1 Explicación de los mecanismos y herramientas, y su operación concreta: dos lógicas jurídicas en acción

En el ejercicio de mostrar la norma escrita, se corre el riesgo de no reconocer su dinamismo por lo que resulta necesario abordar las prácticas de justicia, de deliberación en asambleas (y los procesos de cabildeo que comuneros y ejidatarios hacen previamente, en sus familias y grupos), para observar cómo operan en la práctica o se actualizan.

En **el caso de Móctum**, se puede destacar que la simple transcripción de la norma no representa las dinámicas sociales y usos del derecho y del poder, y que la descontextualización de la norma hace difícil comprender las razones y motivos involucrados en su redacción. Pese a esto, es interesante destacar que en el Estatuto Comunal de Móctum (en 1995) quedaron plasmados los asuntos que para la comunidad son considerados importantes, vía el lenguaje normativo o las normas, como la expulsión de comuneros y la de privación o suspensión de derechos, aun cuando éstas, en el sistema jurídico mexicano, pueden considerarse violatorias de derechos humanos, pero quedaron a pesar de que fue un agente del Estado quien intervino en la redacción del documento final.

El **caso de Guevea de Humboldt**, también en Oaxaca es diametralmente diferente sobre todo por la extensión territorial que abarcan los bienes comunales y los procesos políticos que enmarcaron la elaboración de su reglamento interno. En breve, podemos decir, que, a partir de la democratización del sindicato magisterial en el estado en el año 1980, que los maestros en Guevea inician la impugnación del control que ejercía el partido oficial llamado Partido de la revolución institucional PRI, va conformando una fuerte corriente contra el caciquismo que ejercían familias en la cabecera municipal y que controlaba, el transporte Guevea- Ixtepec, la venta de mercancías, así como la compra de café, entre otras actividades.

Ante esto, esos profesores o maestros junto con otros sectores de la comunidad convocan a constituir una organización cafetalera independiente, esto hizo eco en cientos de productores indígenas del aromático. La organización nace y se denomina Unión de Comunidades Indígenas de la Región del Istmo UCIRI, liderada por un ex sacerdote extranjero. Con una estructura horizontal la sección de cafecultores de Guevea, también se abocaron a construir una sociedad de transportistas que diera un mejor servicio de transporte público Guevea-Ciudad Ixtepec, y más económico, es así que con mucho esfuerzo se introduce un transporte de pasajeros de la UCIRI, el cual viene a dar otro golpe al caciquismo. Como la mayoría de cafecultores eran comuneros, el control y la elección de los órganos de representación de los Bienes Comunales, era de sumo interés, pero también lo era para la Confederación Nacional Campesina (que formaba parte del PRI).

Esos elementos, entre otros, resquebrajaron el férreo control caciquil, que llevó a confrontaciones armadas en la cabecera y agencias municipales. Con el pleno aval de toda la estructura gubernamental priista, varios comuneros opositores inocentes fueron a la cárcel por muchos años. La oposición al caciquismo, fue ganando espacios en Guevea, como la Presidencia Municipal y el Comisariado de Bienes Comunales

Recordemos que los representantes comunales son: COMISARIADO Y CONSEJO DE VIGILANCIA, tres propietarios y sus suplentes en cada uno de ellos, y duran 3 años en funciones. Como producto del acompañamiento en la defensa de los derechos humanos en Guevea, y de la rebelión contra el cacicazgo que promovía el encarcelamiento injusto de varios comuneros, tanto la Presidencia Municipal como el Comisariado de Bienes Comunales, integrados por personas de oposición al PRI, se inició un programa de capacitación en Derechos Humanos, Indígenas y Agrario. Al finalizar dicho proceso que duró un año, y haciendo un balance de esta capacitación y formación, se acordó impulsar la construcción de un Estatuto Comunal y un Bando de Policía y Buen Gobierno, para lo cual se elaboró un plan en el que participaron Presidencia Municipal, Comisariado de Bienes Comunales y la mayoría de los agentes municipales. En general, el plan contempló desde cómo sería la elección de los participantes en los talleres de capacitación y redacción del Estatuto, tiempos, lugares, hasta la metodología participativa. En total, si no mal recuerdo, se invirtieron 2 años y medio, en su elaboración. Es de destacarse que a diferencia de los otros dos casos que aquí abordamos, en el de Guevea se subrayó como contenido central de su estatuto comunal la importancia de las mujeres y sobre todo su papel central en el desarrollo de la comunidad.

El caso de Taniperla, Ocosingo, Chiapas, lo abordamos en un trabajo sobre cómo el derecho indígena promueve el pluralismo jurídico del derecho positivo mexicano (Cruz 2019a). Ahora lo atraemos a este trabajo para exponer, cómo los indígenas y sus pueblos se reapropian de la normatividad del Estado mexicano, para hacer valer sus derechos y hacer ejercicio de su libre determinación.

Taniperla es una comunidad indígena perteneciente al pueblo Tseltal, que cuenta con reglamento ejidal registrado en el RAN. En asamblea general de ejidatarios (en el año 2013) decide modificar dicho documento para agregar un aspecto que se considera de trascendencia para la vida comunitaria, ya que afecta la integridad de las tierras ejidales y, por consiguiente

te, los derechos de hombres, mujeres, niños y niñas. Este aspecto se refiere a la venta e ingesta de alcohol y enervantes, asentándose los argumentos del precepto, aprobándose en el acta de asamblea.

De esta manera, la asamblea ejidal aprueba la modificación del reglamento quedando el precepto a modificarse de la siguiente manera:

Título sexto. Sanciones. Artículo 79. A quien se sorprenda vendiendo alcohol o enervantes en el ejido Taniperla, y a quien se sorprenda cometiendo violencia contra las mujeres o contra cualquier persona de la comunidad a causa del alcohol, serán puestos a disposición del agente rural, en caso de delitos contra la salud, delitos graves o reincidencias, se turnará a las autoridades competentes; o se pondrá (sic) en la asamblea ejidal, respetándose la sanción que la asamblea de ejidatarios y pobladores defina, tomando en cuenta el respeto a los derechos humanos. [El texto original está escrito en mayúsculas]

El RAN, sin mayor justificación y en contra del artículo 16 de la CPEUM, niega el registro de las modificaciones al reglamento, señalando en el considerando segundo que “no es posible realizar la inscripción de la documentación presentada, debido a que el acuerdo tomado en la asamblea no es susceptible de inscripción en este órgano registral”. Ante esto, el ejido decidió interponer recurso de inconformidad argumentando que el artículo 4º del Reglamento Interior del RAN no señala nada al respecto. Sin embargo, vale agregar que, en efecto, el artículo 4º de ese ordenamiento menciona:

La función registral se llevará a cabo mediante las actividades de calificación, inscripción y certificación de los actos y documentos en los que consten las operaciones relativas a la propiedad ejidal y comunal; a los terrenos nacionales y los denunciados como baldíos; a las colonias agrícolas y ganaderas; a las sociedades rurales; y a las sociedades mercantiles o civiles propietarias de tierras agrícolas, ganaderas o forestales, así como los relacionados con la organización social y económica de los núcleos agrarios.

Es decir, en el criterio del funcionario registral, la venta e ingesta de alcohol no está directamente relacionada con el ejercicio de la tenencia de la tierra, las operaciones relativas a la propiedad ejidal y comunal y lo que tiene que ver con la organización social y económica de los núcleos agrarios, entendiendo esos actos de organización como los que justamente tengan que ver con la tierra.

Por ello el ejido, asesorado por Servicios de Asesoría para la Paz (SERAPAZ), decide agregar al aparato jurídico de su argumento¹ el Convenio N° 169 de la OIT, el artículo 2º y el

¹ En este caso, recibí solicitud de compañeros de SERAPAZ para revisar su recurso, ante el cual yo sugerí la ampliación de la argumentación que se expone

segundo párrafo del artículo 27º de la CPEUM, así como el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas. Además, subraya el ejido en su argumento que en la introducción del protocolo se señala que éste es una guía de actuación no solo para los juzgadores o autoridades jurisdiccionales, sino también para todas aquellas autoridades (jurisdiccionales y administrativas) que conozcan de casos en los que estén involucrados derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas.

Finalmente, y como se ha apuntado, el reglamento interno o estatuto comunal, es un ejemplo palpable de la influencia del derecho mexicano en la dinámica interna de la comunidad y su sistema jurídico, pero los indígenas y sus pueblos se han reapropiado de este instrumento para el ejercicio de su derecho a la autonomía y libre determinación.

Los casos, muestran cómo los indígenas, sus comunidades y pueblos, lejos de aislarse y/o separarse del Estado y de la sociedad mexicana, buscan por todos los caminos que sus derechos (jurídicamente reconocidos) sean de facto, efectivos, y cuyo fin último es el cambio en la correlación de fuerzas, ganando más espacios en el ejercicio de sus derechos, autónomos o semiautónomos.

En este contexto tenemos que los casos a los que nos referimos son núcleos agrarios dos de Oaxaca y uno de Chiapas con la facultad (reconocida dentro del derecho positivo mexicano) de reglamentar su vida interna. Esta capacidad se encuentra en el marco jurídico mexicano —que incluye la aplicación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos (artículo 1º CPEUM) y, los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo 2º CPEUM)—.

2.2. El problema de la denominación de “PROTOSOLOS” frente a los reglamentos internos o estatutos comunales.

En el caso mexicano, nos encontramos con el hecho de que el Estado mexicano ha elaborado varios protocolos para hacer efectivo el deber de consultar (véase CDI s/f), más que impulsar el ejercicio de la autonomía indígena, (por ejemplo, seguir el modelo del pueblo Nasa o Arhuaco), que fueron elaborados por los propios indígenas y sus pueblos, para regular su relación con el Estado.

En otras palabras, además de que el Estado tiene el deber de consultar, también tiene el deber de promover los mecanismos que hagan efectivo el derecho de los indígenas y sus pueblos, a su autonomía y libre determinación, tal como lo señala la Relatora Especial de la ONU para Pueblos Indígenas en su Informe de visita a México a finales del año 2017 (Naciones Unidas, 2018a). De la misma forma lo señala el Informe temático del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas sobre el derecho al consentimiento libre, previo e informado (Naciones Unidas, 2018b), aludiendo al derecho a la autonomía y la libre determinación para formular sus propios protocolos de consulta.

Como lo hemos mencionado en otro trabajo (Cruz, 2018), en el caso mexicano existen, por lo menos, cuatro intentos que orientar la manera en que deben ser consultados los indígenas y sus pueblos a saber:

2013. Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado por el Consejo Consultivo de la CDI.

2014. Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

2016. Protocolo para la Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas en materia de Distritación Electoral, del Instituto Nacional Electoral.

2016. Recomendación General núm. 27/2016 sobre el Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos y Comunidades Indígenas de la república mexicana que emitió la Comisión Nacional de Derechos Humanos el 11 de julio de 2016.

Los cuales de una u otra manera coinciden en que deben cumplirse los elementos fundamentales de una consulta de acuerdo con el Convenio N° 169 de la OIT. Sin embargo, en el terreno de los hechos la Consulta, sobre todo por lo que se refiere a la generación de la llamada energía limpia, ha pasado por un proceso de normatividad ad hoc con los llamados Protocolos de Consulta, impulsados por la Secretaría de Energía (Cruz, 2019b).

En este sentido, los casos que se han ventilado en materia electoral (como el de Cherán en Michoacán, México) tampoco siguen la recomendación de la Relatora Especial de la ONU para pueblos indígenas, en el sentido de que debe promoverse por los Estados que los indígenas y sus pueblos establezcan las reglas, características, procedimientos, mecanismo y requisitos de las consultas. Muestra de esto es el caso de Oxchuc, Chiapas (Cruz a ser publicado en Revista Iztapalapa). Porque justamente la sentencia del Tribunal Electoral de Chiapas (de fecha 28 de junio de 2017) ordenó que se haga un peritaje (o dictamen) antropológico que, de cuenta del sistema normativo indígena de elección de autoridades, y posteriormente se implemente una consulta para determinar si los ciudadanos de Oxchuc optan por el cambio de sistema de elección (pues asumían el sistema de elección por partidos políticos). Como lo hemos señalado (Cruz, 2008 y 2009), la Consulta en términos del Convenio N° 169 de la OIT (artículos 6° y 7°), es un proceso de diálogo entre el Estado, los indígenas y sus pueblos, con la finalidad de llegar a un acuerdo. Pero en el caso de Oxchuc, fue utilizado el mecanismo de consulta en su modalidad de consulta ciudadana, para que los pobladores decidieran si cambiaban su sistema de elección de autoridades, no fue sobre la base de un protocolo propio hecho por los indígenas, y más bien, fue organizada por el Instituto Estatal Electoral (IEEPC) con la intervención del Instituto Nacional de Pueblos Indígenas (INPI).

Nos interesa subrayar sobre la recomendación de la CNDH, porque a diferencia de los protocolos mexicanos que se mencionan, estos son directrices para orientar la intervención gubernamental, mientras aquella se dirige a regular la Consulta a Pueblos Indígenas, en un contexto poco favorable para ellos.

3. Fichas de los Casos

3.1. Oaxaca y Chiapas: las comunidades indígenas y sus reglamentos/ estatutos comunales

Exponemos los casos de comunidades que sus reglamentos o estatutos han plasmado o invocado el Convenio 169 de la OIT, en Oaxaca: Bienes comunales de Guevea de Humbolt, municipio del mismo nombre. En Chiapas ejido de Taniperla, municipio de Ocosingo. Todos tienen tierras bajo la modalidad de propiedad social (de acuerdo con el artículo 27 de la CPEUM, por ser ejidos y comunidades agrarias. Como parte de sus facultades está la elección de sus representantes agrarios y la de regular, a través de estatutos comunales y reglamentos ejidales, entre otras, la aceptación o separación de comuneros y la delimitación de las tierras (artículo 23 de la Ley Agraria) que, dentro de la lógica jurídica positivista, serán válidos ante terceros, siempre y cuando pasen por el procedimiento de inscripción en el Registro Agrario Nacional (RAN).

Las funciones del RAN están establecidas en la CPEUM, Ley Agraria y en el Reglamento Interno del RAN. En ellos, se establecen en términos generales, las características de esta institución, así como los actos registrales que debe realizar, entre otros, mismos que tienen que ver con la tierra y en general, los que señale la ley. Así, los funcionarios del RAN tienen que constatar que, en efecto, los actos que los sujetos agrarios pretenden registrar (y que podrán oponer o esgrimir frente a terceros) no contravengan la ley, entendida ésta como toda norma comprendida en el marco jurídico mexicano. El RAN revisa que los actos cumplan las formalidades que señala la ley, por ejemplo, en el caso de asambleas de núcleos agrarios, que se cumplan los requisitos y formalidades para emitir las convocatorias, para llevar a cabo la asamblea de ejidatarios y comuneros (y que los que participaron en la asamblea, efectivamente sean ejidatarios o comuneros debidamente reconocidos) y en la elaboración del acta que resulta de esa asamblea.

3.1.1 FICHA DE CASO DE ESTUDIO: San Marcos Móctum, Totontepec, Oaxaca

Sección Nº 1 - Caso de estudio	
Pueblo indígena	San Marcos Móctum
Ubicación	Municipio de Totontepec, estado de Oaxaca
Población	En 2010, la población total era de 167 habitantes, de los cuales 84 eran hombres y 83 mujeres Instituto Nacional

Estadística, Geografía e Informática (INEGI)	
Sección Nº 2 - Elementos de contexto	
Reconocimiento constitucional del pueblo	Desde el año 1945 la comunidad obtuvo documentos de propiedad sobre sus tierras con base en el Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) que sustenta el Derecho Agrario como comunidad agraria. Después de 1992, el reconocimiento constitucional quedaría plasmado en el mismo artículo (reformado en este año), concretamente en el segundo párrafo de la fracción VII. En la ley agraria, reglamentaria de este artículo (año 1992), en el capítulo V de las comunidades (artículos 98 107). Y como localidad en las estadísticas del INEGI (ahora Instituto Nacional de Estadística y Geografía)
Reconocimiento constitucional de la autonomía indígena	En el momento en que esta comunidad elabora su estatuto comunitario existía el reconocimiento de la pluriculturalidad en el artículo 4º Constitucional publicado en Diario Oficial de la Federación, 28 de enero de 1992. Pero no había un reconocimiento explícito de la autonomía indígena, y se imponía una política proteccionista. <i>La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos y costumbres recursos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos en que aquéllos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.</i> (primer párrafo del artículo 4º CPEUM en el año 1992).
Reconocimiento legal de la autonomía indígena	En su momento, no había en la Ley Federal de Reforma Agraria (1971-1992), ese reconocimiento
Reformas legislativas y adecuación normativa por sentencias Corte IDH en la materia	En la época del reglamento de este pueblo las resoluciones del Sistema Interamericano no eran vinculantes. Fue hasta 1998 que se acepta por México. (Méndez Silva en: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho19/comparado/article/view/3661/4462 (consulta del 26 de mayo de 2020)

Acuerdos vinculantes entre pueblo y Estado	NINGUNO
Principales hitos deconflictos socioambientales o de reivindicación de derechos indígenas	Móctum cambió su estatuto comunal y tuvo que cumplir las reglas del estado en cuanto a lo que podía regular y a lo que no podía regular. Elemento central entre el antes y el después en este cambio, fue la ausencia de la invocación del Convenio 169 de la OIT, y más aún la ausencia de un capítulo de mecanismos de consulta internos y con posibilidad de oponerse a terceros, es decir al estado en caso de que se pretendieran implementar megaproyectos en su territorio.
Sección Nº 3 - Proceso de elaboración de protocolo	
Período	No se especifica (remitirse a la narrativa del caso)
Inicio y término de su elaboración	No se especifica (remitirse a la narrativa del caso)
Describa el proceso de elaboración, de donde surge la iniciativa y cómo se materializa	Las comunidades agrarias indígenas por estar reguladas por el marco normativo estatal mexicano debían contar con Reglamentos internos o estatutos comunales. Su elaboración era impulsada por un funcionario público que trabajaba en la Secretaría de la Reforma Agraria (SRA ahora SEDATU— Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano).
Participación de autoridades indígenas	En el caso sí, porque por las mismas características de la región (agreste), no hay población no indígena.
Apoyo técnico institucional / académico / gubernamental / no gubernamental	No hubo. Aunque si para la recuperación de sus tierras frente a otra comunidad del mismo grupo etnolingüístico (véase Cruz 2014 y 2018)
Asignación de recursos o financiamiento	NINGUNO
Capacitación	NINGUNA

Sección Nº 4 - Contenido y alcance	
Enumere el contenido del protocolo	El Capítulo I de disposiciones generales Capítulo II de los comuneros Capítulo III de los órganos internos de la comunidad TRANSITORIOS Mucho de lo que no está en el reglamento, lo regulan de manera oral.
Responsables de implementar el protocolo	La Asamblea de comuneros
Riesgos o amenazas identificados por el protocolo. Ej: industria extractiva autorizada por el Estado, industria extractiva ilícita, crimen organizado, acuerdos de participación en beneficios con actores del sector privado.	NINGUNO. Salvo su conflicto con una comunidad del mismo pueblo etnolingüístico. No hay amenazas por MEGAPROYECTOS de este tipo
Procedimiento de aplicación	Es a partir de cada caso que se presente ante las autoridades o la asamblea (ver Cruz 2014 y 2018)
Mecanismos de seguimiento	La propia Asamblea lo determina (NO ESTÁ POR ESCRITO)
Disposiciones sobre relacionamiento con actores no estatales (empresas)	No hay
Disposiciones sobre comunicación estratégica	No hay
Cierre de la aplicación	No aplica

Sección Nº 5 - Aplicación del protocolo	
Diálogo con el Estado exante	No aplica
Casos concretos	No aplica
Evaluación	No aplica
Sección Nº 6 - Reconocimiento estatal o jurisprudencial	
Comprende la descripción e implicancias de su aplicación para el propio pueblo y por la institucionalidad (identificar reconocimiento legal, administrativo y jurisprudencial)	No aplica No hubo jurisprudencia que se aplicara al caso ni que se derivara de éste.

3.1.2 FICHA DE CASO DE ESTUDIO:

Guevea de Humbolt, municipio del mismo nombre, Oaxaca

Sección Nº 1 - Caso de estudio	
Pueblo indígena	Guevea de Humbolt, municipio de su mismo nombre.
Ubicación	Guevea de Humboldt se localiza en la región del Istmo de Tehuantepec al sureste del Estado de Oaxaca, México.
Población	En 2010, la población total fue de 5, 285 habitantes, de los cuales, 2, 581 fueron hombres y 2, 704 mujeres (INEGI, 2010). Todos hablantes de la lengua zapoteca <i>biinizá</i>
Sección Nº 2 - Elementos de contexto	
Reconocimiento constitucional del pueblo	De conformidad con el artículo 27 constitucional esta comunidad indígena tiene reconocimiento como núcleo agrario por Resolución Presidencial del 25 de noviembre de 1953.

	<p>Dentro de la jurisdicción del municipio de Guevea de H. se asienta los Bienes Comunales de Guevea de H. O viceversa, dentro del territorio de Guevea, emerge el H. Ayuntamiento Constitucional, es decir ambas representaciones la civil y agraria, están estrechamente ligadas, al punto que, las Agencias municipales, (17) son a la vez los anexos comunales.</p>
Reconocimiento constitucional de la autonomía indígena	<p>En la época ya se había modificado la CPEUM pasando la materia indígena al artículo 2º constitucional, mucho más amplio que lo señalado en el artículo 4º de 1992. Desde su elevación a rango constitucional como municipio de Guevea de Humboldt, fue gobernado bajo el sistema de partidos políticos, pero es hasta el 30 de septiembre de 1995 que se agrega el Libro IV al Código Electoral y de Participación Ciudadana de Oaxaca, en dónde se aprueba la elección de autoridades municipales por el sistema de Usos y Costumbres.</p>
Reconocimiento legal de la autonomía indígena	<p>En el año 1995 existía el reconocimiento de la pluriculturalidad en el artículo 4º Constitucional publicado en Diario Oficial de la Federación, 28 de enero de 1992. Solo hay elección por Usos y Costumbres para la elección del Ayuntamiento Constitucional, la elección para Diputados locales y Gobernador, así como Diputados Federales, Senadores y Presidente de la República, es a través de partidos políticos para las cuales se instalan urnas para recoger los votos, a diferencia de la elección municipal que es a mano alzada.</p>
Reformas legislativas y adecuación normativa por sentencias Corte IDH en la materia	<p>No aplica porque es hasta 1998 que las resoluciones de la Corte Interamericana son vinculantes para México. Y en la época de este reglamento no hay reformas de este tipo, porque fue hasta el 2011 que se da lugar al artículo 1º de la CPEUM, con lo cual se da lugar al llamado Bloque de constitucionalidad.</p>
Acuerdos vinculantes entre pueblo y Estado	<p>No existen. En todo caso las negociaciones han sido por cada gobierno que llega y por casos concretos</p>
Principales hitos de	<p>A raíz de la inconformidad de productores del café, en</p>

conflictos socioambientales o de reivindicación de derechos indígenas	contra del INMECAFE, decidieron construir estructuras organizativas regionales, una de ellas la UCIRI. La notoria marginación y control caciquil, en el que se encontraba el municipio, de Guevea de Humboldt, fueron el caldo de cultivo para que ambos agentes sociales, tuvieran eco en los comuneros cafeticultores de Guevea. Esos elementos, entre otros, resquebrajaron el férreo control caciquil, que llevó a confrontaciones armadas en la cabecera y agencias municipales.
Sección Nº 3 - Proceso de elaboración de protocolo	
Período	Entre los años 2004 y 2007
Inicio y término de su elaboración	No tenemos la fecha exacta
Describe el proceso de elaboración, de donde surge la iniciativa y cómo se materializa	Se acordó impulsar la construcción de un Estatuto Comunal y un Bando de Policía y Buen Gobierno, para lo cual se elaboró un plan, en el cual se contempló desde cómo sería la elección de los participantes en los talleres de capacitación y redacción del Estatuto, tiempos, lugares, hasta la metodología participativa. En total, se invirtieron dos años y medio, en su elaboración. Una vez finalizada la construcción de la propuesta, ésta se llevó a consulta de las asambleas de cada anexo y a dos asambleas generales consultivas de los bienes comunales, quien finalmente determinó aprobar con las formalidades que dicta la Ley Agraria, el Estatuto Comunal y solicitar la inscripción en el Registro Agrario Nacional.
Participación de autoridades indígenas	Presidencia Municipal, Comisariado de Bienes Comunales y la mayoría de los agentes municipales.
Apoyo técnico institucional / académico / gubernamental / no gubernamental	Asesor jurídico de la Comunidad (que formaba parte del Centro de Derechos Humanos Tepeyac del Istmo de Tehuantepec, A.C.),
Asignación de recursos o financiamiento	N/A

<p>Capacitación</p>	<p>Se estructura todo el plan de capacitación, en dónde participaron más de 100 personas entre hombre, mujeres y jóvenes de los 17 anexos y la cabecera municipal y agraria, quienes, durante 12 meses, conocieron, estudiaron, analizaron y discutieron, los temas arriba enunciados, cabe señalar que toda la información vertida, tuvo que ser traducida al zapoteco. Durante cerca de dos años, cada tres meses, se reunían los delegados o representantes de cada anexo, quienes llevaban y traían lo que en sus comunidades se discutía de los temas.</p> <p>El poblado tiene acompañamiento del Centro de Derechos Humanos Tepeyac, que en sus orígenes formaba parte de la Pastoral Social de la Diócesis de Tehuantepec, Oaxaca.</p>
<p>Sección N° 4 - Contenido y alcance</p>	
<p>Enumere el contenido del protocolo</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. DE LA COMUNIDAD AGRARIA, UBICACIÓN GEOGRÁFICA Y AUTOADSCRIPCIÓN 2. DEL ESTATUTO COMUNAL Y DE LA COADYUVANCIA DE LA AUTORIDAD MUNICIPAL PARA SU APLICACIÓN. 3. DE LA TERMINOLOGÍA EMPLEADA EN ESTE ESTATUTO <ul style="list-style-type: none"> ADAPTACIÓN AGROFORESTERÍA AMBIENTE APROVECHAMIENTO AUTONOMÍA AUTORIDADES COMUNITARIAS AVECINDADO BIENES COMUNALES BIENESTAR BIODIVERSIDAD BIOPIRATERÍA BIOPROSPECCIÓN CACERÍA DE SUBSISTENCIA CAMBIO CLIMÁTICO CAPITAL SOCIAL CLIMA CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD

<p>Enumere el contenido del protocolo</p>	<p> COMUNALIDAD COMUNERO COMUNIDAD AGRARIA DEMOCRACIA COMUNITARIA DESARROLLO SUSTENTABLE EDUCACIÓN AMBIENTAL EL COMISARIADO: EL CONSEJO DE VIGILANCIA ESTATUTO COMUNAL EQUIDAD DE GÉNERO EQUILIBRIO ECOLÓGICO FAUNA SILVESTRE FLORA SILVESTRE LA COMUNIDAD LA ASAMBLEA DE COMUNEROS LEÑA MATERIAL PÉTREO MITIGACIÓN ORDENAMIENTO TERRITORIAL COMUNITARIO RECURSO NATURAL SERVICIOS AMBIENTALES SUELO TERRITORIO. VEDA VULNERABILIDAD 4. DE LOS COMUNEROS Y AVECINDADOS 5. DERECHOS DE LOS COMUNEROS OBLIGACIONES DE LOS COMUNEROS 6. DE LOS AVECINDADOS COMUNEROS NO REGISTRADOS 7. COMUNEROS DE HECHO 8. DERECHOS Y OBLIGACIONES 9. DE LA ACEPTACIÓN DE COMUNEROS Y AVECINDADOS 10. DE LA SEPARACIÓN DE COMUNEROS Y AVECINDADOS Y PÉRDIDA DE DERECHOS 11. DE LOS LIBROS DE REGISTRO 12. DE LOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN, VIGILANCIA DE CONSULTA Y AUXILIARES DE LA COMUNIDAD </p>
---	---

	<ol style="list-style-type: none"> 13. DE LA ASAMBLEA DE COMUNEROS 14. DE LAS FORMALIDADES DE LA ASAMBLEA 15. DEL COMISARIADO DE BIENES COMUNALES 16. DEL CONSEJO DE VIGILANCIA 17. DEL CONSEJO DE CARACTERIZADOS 18. DE LA ELECCIÓN DE LOS ÓRGANOS 19. DE REPRESENTACIÓN, VIGILANCIA, DE CONSULTA Y AUXILIARES 20. REMOCIÓN DE LOS INTEGRANTES DE LOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN, VIGILANCIA, DE CONSULTA Y AUXILIARES DE LA COMUNIDAD 21. DEL PATRIMONIO DE LA COMUNIDAD 22. DEL MANEJO Y LA CONSERVACIÓN 23. DE LOS RECURSOS NATURALES DEL USO DEL SUELO 24. DEL MANEJO, APROVECHAMIENTO DOMÉSTICO Y CONSERVACIÓN 25. DEL SISTEMA FORESTAL DE LA COMUNIDAD 26. DE LOS AGUAJES, ARROYOS Y RÍOS 27. DE LOS MATERIALES PÉTREOS 28. DEL APROVECHAMIENTO CON FINES ECONÓMICOS 29. DE LOS RECURSOS NATURALES 30. DE LOS CONFLICTOS INTERNOS 31. ESTÍMULOS Y SANCIONES
<p>Responsables de implementar el protocolo</p>	<p>Las autoridades de la comunidad: Comisariado de Bienes Comunales y Consejo de Vigilancia</p>
<p>Riesgos o amenazas identificados por el protocolo. Ej: industria extractiva autorizada por el Estado, industria extractiva ilícita, crimen organizado, acuerdos de participación en beneficios con actores del sector privado.</p>	<p>El acaparamiento de tierras por pequeños propietarios. Cacicazgo económico y político impulsado por el gobierno del estado. No hay amenazas por MEGAPROYECTOS de este tipo.</p>

Procedimiento de aplicación	La autoridad llama a resolver los conflictos internos. Si no se resuelven frente a la autoridad, ésta llama a la Asamblea
Mecanismos de seguimiento	
Disposiciones sobre relacionamiento con actores no estatales (empresas)	No hay
Disposiciones sobre comunicación estratégica	No hay
Cierre de la aplicación	
Sección Nº 5 - Aplicación del protocolo	
Diálogo con el Estado ex ante	No aplica
Casos concretos	No aplica
Evaluación	No aplica
Sección Nº 6 - Reconocimiento estatal o jurisprudencial	
Comprende la descripción e implicancias de su aplicación para el propio pueblo y por la institucionalidad	Se advierte que la comunidad, con base en toda su experiencia en distintos ámbitos de su devenir (organización para la exportación de su café, cooperativa de transporte y sobre todo, conducción de la estructura municipal), era inevitable y necesaria la invocación en el Estatuto la relación entre los poderes constitucionales, estatales y federales, vía la invocación de la Constitución y ley secundaria, es decir la Ley Agraria, y con ello fundamentar la adopción del Estatuto Comunal como ley interna de la Comunidad.

3.1.3 FICHA DE CASO DE ESTUDIO: Ejido Taniperla, municipio de Ocosingo, Chiapas

Sección N° 1 - Caso de estudio	
Pueblo indígena	Ejido Taniperla municipio de Ocosingo, Chiapas
Ubicación	El ejido de Taniperla se encuentra en el municipio de Ocosingo, se ubica en la parte este de la cabecera municipal. Pertenece al grupo de los tzeltales. Sus coordenadas son Longitud (dec): -91.523333, Latitud (dec): 16.823611. Se encuentra a 700 metros sobre el nivel del mar.
Población	Desde 2010, la población total de Taniperla es de 2.106 personas, de los cuales 1.034 son hombres y 1.072 mujeres (SEDESOL, 2013).
Sección N° 2 - Elementos de contexto	
Reconocimiento constitucional del pueblo	De conformidad con el artículo 27 constitucional, esta comunidad indígena tiene reconocimiento como núcleo agrario por Resolución Presidencial del 21 de agosto de 1964. El ejido de Taniperla es una comunidad indígena perteneciente al pueblo tseltal, que cuenta con reglamento ejidal registrado en el RAN, en asamblea general de ejidatarios (en el año 2013). En este caso el ejido decide modificar dicho documento para agregar un aspecto que se considera de trascendencia para la vida comunitaria, ya que afecta la integridad de las tierras ejidales y, por consiguiente, los derechos de hombres, mujeres, niños y niñas.
Reconocimiento constitucional de la autonomía indígena	En la época ya se había modificado la CPEUM pasando la materia indígena al artículo 2º constitucional, mucho más amplio que lo señalado en el artículo 4º de 1992. La asamblea ejidal aprueba la modificación del reglamento quedando el precepto a modificarse de la siguiente manera: Título sexto. Sanciones. Artículo 79. A quien se sorprenda vendiendo alcohol o enervantes en el ejido taniperla, y a quien se sorprenda cometiendo violencia contra las mujeres o contra cualquier persona de la comunidad a causa del

	<p>alcohol, serán puestos a disposición del agente rural, en caso de delitos contra la salud, delitos graves o reincidencias, se turnará a las autoridades competentes; o se pondrá (sic) en la asamblea ejidal, respetándose la sanción que la asamblea de ejidatarios y pobladores defina, tomando en cuenta el respeto a los derechos humanos.</p>
<p>Reconocimiento legal de la autonomía indígena</p>	<p>El RAN, sin mayor justificación y en contra del artículo 1º y 2º de la CPEUM, niega el registro de las modificaciones al reglamento. Ante esto, el ejido decidió interponer recurso de inconformidad argumentando que el artículo 4º del Reglamento Interior del RAN no señala nada al respecto.</p>
<p>Reformas legislativas y adecuación normativa por sentencias Corte IDH en la materia</p>	<p>Sí. En 2011 se reforma el artículo 1º de la CPEUM, con lo cual se da lugar al llamado Bloque de constitucionalidad. Y en 2013 y 2014 la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación expide el Protocolo para quienes imparten justicia en casos donde están involucradas personas pertenecientes a comunidades o pueblos indígenas.</p>
<p>Acuerdos vinculantes entre pueblo y Estado</p>	<p>No hay. En cuanto el registro del reglamento con la cláusula que querían los de Taniperla, los representantes del ejido se presentan ante el funcionario registral del RAN, quien, al leer el contenido del escrito, de inconformidad, decide no sellar de recibido y más bien les ofrece la posibilidad de emitir un Acuerdo de Prevención donde el funcionario registral anotó elementos de forma, que el ejido tenía que subsanar para inscribir el acta de asamblea donde se asentaba la modificación del reglamento interno, sin señalar mayor justificación o argumentación.</p>
<p>Principales hitos de conflictos socioambientales o de reivindicación de derechos indígenas</p>	<p>No hay No hay amenazas por MEGAPROYECTOS de este tipo</p>

Sección Nº 3 - Proceso de elaboración de protocolo	
Período	No hay registro
Inicio y término de su elaboración	No hay registro
Describe el proceso de elaboración, de donde surge la iniciativa y cómo se materializa	<p>El ejido, asesorado por Servicios de Asesoría para la Paz (SERAPAZ), decide agregar al aparato jurídico de su argumento para que el RAN acepte registrar su reglamento, el Convenio 169 de la OIT, el artículo 2º y el segundo párrafo del artículo 27 de la CPEUM, así como el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas. [...] En uso de la palabra, los ejidatarios y pobladores manifiestan su inconformidad ante la venta de las (sic) bebidas embriagantes y drogas, ante la violencia que viven las mujeres, niños y niñas, también porque ha provocado varios tipos de problemas en las familias, debido al consumo de las bebidas embriagantes o drogas, ya que no es la primera vez que ocurre, pero ahora lamentablemente terminó en desgracia, ya que una persona perdió la vida en la cárcel por su estado de embriaguez así como vemos que daña la unidad en el ejido, daña a las personas y daña a las familias. Todas y cada una de las participaciones (sic) manifestaron y argumentan la necesidad de ratificar el acuerdo que ya existe en nuestro reglamento interno del ejido, establecido en el título segundo, capítulo segundo, artículo 9, apartado de obligaciones, inciso m) que a la letra dice: “se prohíbe la venta de bebidas embriagantes en el poblado del ejido”. [El texto original está escrito en mayúsculas]</p>
Participación de autoridades indígenas	<p>Asamblea ejidal. Además, subraya el ejido en su argumento que éste es una guía de actuación no solo para los juzgadores o autoridades jurisdiccionales, sino también para todas aquellas autoridades (jurisdiccionales y administrativas) que conozcan de casos en los que estén involucrados derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas.</p>

Apoyo técnico institucional /académico / gubernamental / no gubernamental	Servicios de Asesoría para la Paz (SERAPAZ), Suprema Corte de Justicia de la Nación.
Asignación de recursos o financiamiento	No hubo
Capacitación	No hubo (Aunque tienen contacto con los promotores de DD-HH de la Diócesis de San Cristóbal de las Casas, Chiapas)
Sección N° 4 - Contenido y alcance	
Enumere el contenido del protocolo	Solo participamos para agregar la cláusula de prohibición de venta e ingesta de bebidas alcohólicas. [...] En uso de la palabra, los ejidatarios y pobladores manifiestan su inconformidad ante la venta de las (sic) bebidas embriagantes y drogas, ante la violencia que viven las mujeres, niños y niñas, también porque ha provocado varios tipos de problemas en las familias, debido al consumo de las bebidas embriagantes o drogas, ya que no es la primera vez que ocurre, pero ahora lamentablemente terminó en desgracia, ya que una persona perdió la vida en la cárcel por su estado de embriaguez así como vemos que daña la unidad en el ejido, daña a las personas y daña a las familias. Todas y cada una de las participaciones (sic) manifestaron y argumentan la necesidad de ratificar el acuerdo que ya existe en nuestro reglamento interno del ejido, establecido en el título segundo, capítulo segundo, artículo 9, apartado de obligaciones, inciso m) que a la letra dice: “se prohíbe la venta de bebidas embriagantes en el poblado del ejido”. [El texto original está escrito en mayúsculas]
Responsables de implementar el protocolo	El reglamento interno es aplicado por las autoridades y la Asamblea ejidal
Riesgos o amenazas identificados por el	Inseguridad pública. Crimen organizado

protocolo. Ej: industria extractiva autorizada por el Estado, industria extractiva ilícita, crimen organizado, acuerdos de participación en beneficios con actores del sector privado.	
Procedimiento de aplicación	
Mecanismos de seguimiento	
Disposiciones sobre relacionamiento con actores no estatales (empresas)	
Disposiciones sobre comunicación estratégica	
Cierre de la aplicación	
Sección Nº 5 - Aplicación del protocolo	
Diálogo con el Estado ex ante	
Casos concretos	
Evaluación	
Sección Nº 6 - Reconocimiento estatal o jurisprudencial	
Comprende la descripción e implicancias de su aplicación para el propio pueblo y por la institucionalidad (identificar reconocimiento legal, administrativo y jurisprudencial)	

3.2. Precedentes y jurisprudencias sobre derechos de indígenas y sus pueblos en México

Existen tesis del poder judicial que establecen criterios al respecto, a continuación, pondremos solo algunas relacionadas con el tema de este trabajo.

3.2.1 Libre Determinación y Autonomía de los Pueblos y las Comunidades Indígenas

Interpretación del Artículo 2º, Apartado A, Fracciones III Y VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Controversia constitucional 70/2009. Municipio de Santiago Yaveo, Choapam, Estado de Oaxaca. 2 de junio de 2010. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza.

El citado precepto constitucional dispone que la nación mexicana es única e indivisible y tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, los cuales deben reconocerse en las constituciones y leyes de las entidades federativas; asimismo, de esta disposición constitucional se advierte que aquéllos gozan de libre determinación y autonomía para elegir: a) de acuerdo a sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas de gobierno interno (fracción III); y, b) en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos, lo cual, también debe reconocerse y regularse por las constituciones y leyes de las entidades federativas, con el propósito de fortalecer la participación y representación política conforme con sus tradiciones y normas internas (fracción VII). Por tanto, la observancia al artículo 2º, apartado A, fracciones III y VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, garantiza la libre determinación y autonomía de los pueblos y las comunidades indígenas.

3.2.2 Ejidos y Comunidades Agrarias

Al constituir formas de organización interna establecidas constitucionalmente, el funcionamiento de la Asamblea General, así como la Elección del Comisariado, son Actividades que no forman parte del Ejercicio del Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos y Comunidades Indígenas

Amparo directo 3/2009. Alejandro Paredes Reyes y otros. 21 de octubre de 2009. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

El artículo 27º, fracción VII, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé la personalidad jurídica de los ejidos y comunidades agrarias, destinando la protección de la propiedad de la tierra, no sólo para actividades productivas sino también para el asentamiento humano; de ahí que acorde con sus funciones, esos núcleos de población constituyen formas de organización interna establecidas por la Constitución. Por otra parte, si bien es cierto que los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho a decidir sus formas internas de organización, entre otras, social y económica, también lo es que al decidir por el ejido o por la comunidad de bienes comunales, deben atender a lo que la Ley Fundamental señala en cuanto a su organización y funcionamiento. Así, el penúltimo párrafo de la fracción VII del artículo constitucional citado, señala que la asamblea general es el órgano supremo del núcleo de población ejidal o comunal, con la organización y funciones que la ley disponga, y que el comisariado ejidal o de bienes comunales, electo democráticamente en los términos de la ley, es el órgano de representación del núcleo y el responsable de ejecutar las resoluciones de la asamblea. En esa virtud, se concluye que tanto la organización y funcionamiento de la asamblea general, como la elección del comisariado, son actividades que no forman parte del ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas, ya que el referido precepto constitucional establece respecto de aquéllas una reserva legal, la cual debe atenderse, pues de lo contrario se correría el riesgo de quebrantar la unidad nacional, límite de aquel derecho.

3.23 Derecho humano a la consulta previa a las personas y pueblos indígenas

Su Fundamento Constitucional y Convencional en Materia de
Biodiversidad, Conservación y Sustentabilidad Ecológicas

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO

Precedente: Amparo en revisión 609/2017. 23 de mayo de 2018. Mayoría de votos. La Magistrada Selina Haidé Avante Juárez no abordó este tema, dado el sentido de su voto. Ponente: Juan Ramón Rodríguez Minaya. Secretarios: Graciela Bonilla González y José Francisco Aguilar Ballesteros.

Esta tesis se publicó el viernes 25 de enero de 2019 a las 10:26 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Los artículos 2º, apartado B, fracciones II y IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1, 6, numeral 1, 15, numeral 2, 22, numeral 3, 27, numeral 3 y 28 del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, prevén el derecho humano a la consulta previa

a las personas y pueblos indígenas, cuyo contenido supraindividual y de naturaleza objetiva persigue garantizar a una colectividad o grupo social –pueblo indígena– mediante procedimientos culturalmente adecuados, informados, de buena fe, la oportunidad de que manifiesten sus opiniones, dudas e inquietudes ante la autoridad pública, antes de que se adopte una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar a dicho grupo vulnerable, con lo cual, se combate la exclusión social a la que históricamente se han visto sometidos. Aunado a dichas fuentes primarias, en materia de biodiversidad, conservación y sustentabilidad ecológicas, debe considerarse también como integrante del espectro protector de fuente convencional, el artículo 7º, numeral 4, del propio Convenio Nº 169 y los diversos numerales 1, 2, in fine, y 8, incisos a), e), f) y j), del Convenio sobre la Diversidad Biológica, de cuyo contenido se advierte la obligación general de los gobiernos de tomar medidas de cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan, y la protección al valor medioambiental, cultural y de subsistencia de los pueblos indígenas, así como la obligación de las autoridades nacionales de respetar, preservar y mantener, entre otras cuestiones, la participación de los miembros de esas comunidades, quienes son los que poseen los conocimientos, innovación y prácticas para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.

3.2.4 Personas y Pueblos Indígenas

Tienen Interés Legítimo para reclamar en el Amparo el Acuerdo General de Coordinación para la Sustentabilidad de la Península de Yucatán, por la falta de Consulta Previa respecto de su discusión y elaboración

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO

Amparo en revisión 609/2017. 23 de mayo de 2018. Mayoría de votos. Disidente: Selina Haidé Avante Juárez. Ponente: Juan Ramón Rodríguez Minaya. Secretarios: Graciela Bonilla González y José Francisco Aguilar Ballesteros.

Ejecutorias Amparo en revisión 609/2017. Votos 43062

Los artículos 2º, apartado B, fracciones II y IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1, 6, numeral 1, 15, numeral 2, 22, numeral 3, 27, numeral 3 y 28 del Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, prevén el derecho humano a la consulta previa a las personas y pueblos indígenas, cuyo contenido supraindividual y de naturaleza objetiva persigue garantizar a una colectividad o grupo social –pueblo indígena– mediante procedimientos culturalmente adecuados, informados y de buena fe, la oportunidad de que manifiesten sus opiniones, dudas e inquietudes ante la autoridad pública, antes de que se adopte una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar a dicho grupo vulnerable, con lo cual, se combate la exclusión

social a la que históricamente se han visto sometidos. Por ende, el ejercicio y protección común de dicha prerrogativa fundamental por una persona o grupo de personas (pueblo) autodescritas como indígenas, conllevan su interés legítimo para reclamar en el amparo una medida administrativa en materia de conservación y uso sustentable de la biodiversidad, de impacto significativo sobre su entorno, como lo es el Acuerdo General de Coordinación para la Sustentabilidad de la Península de Yucatán, por la falta de consulta previa respecto a su discusión y elaboración a los integrantes de las comunidades indígenas con identidad étnica determinada, con presencia en las entidades federativas que lo suscribieron (Campeche, Yucatán y Quintana Roo), cuya implementación, potencialmente puede traducirse en una afectación presente o futura, pero cierta, que los involucre como destinatarios directos o indirectos en su observancia.

3.2.5 Derecho Humano de las personas y comunidades indígenas a ser consultados: dimensión y relevancia

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO

Precedente: Amparo en revisión 609/2017. 23 de mayo de 2018. Mayoría de votos. La Magistrada Selina Haidé Avante Juárez no abordó este tema, dado el sentido de su voto. Ponente: Juan Ramón Rodríguez Minaya. Secretarios: Graciela Bonilla González y José Francisco Aguilar Ballesteros.

Nota: En relación con el alcance de la presente tesis, destaca la diversa aislada 2a. XXIX/2016 (10a.), de título y subtítulo: "PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. DERECHO A SER CONSULTADOS. REQUISITOS ESENCIALES PARA SU CUMPLIMIENTO.", publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 24 de junio de 2016 a las 10:24 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 31, Tomo II, junio de 2016, página 1212.

Esta tesis se publicó el viernes 25 de enero de 2019 a las 10:26 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Las personas y pueblos indígenas, por su particular situación social, económica o política, se han visto históricamente impedidos o limitados en la participación de las decisiones estatales. Por ello, el reconocimiento, promoción y protección de su derecho humano a la consulta previa, contenido en los artículos 2º, apartado B, fracciones II y IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1, 6, numeral 1, 15, numeral 2, 22, numeral 3, 27, numeral 3 y 28 del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, emana de la conciencia y necesidad de abogar de manera especial por los intereses de las poblaciones humanas de base indígena, ligadas a su identidad étnicocultural, mediante un proceso sistemático de negociación que implique un genuino diálogo con sus representantes. Así, la dimensión y relevancia

del derecho indicado, respecto de medidas administrativas o legislativas de impacto significativo sobre el entorno de los grupos mencionados, se erigen también como un mecanismo de equiparación para garantizar su participación en las decisiones políticas que puedan afectarlos, con el propósito de salvaguardar su derecho a la libre determinación, así como los demás culturales y patrimoniales.

3.2.6 Casos en la CIDH, Fernández Ortega vs. México o Rosendo Cantú vs. México

La Corte IDH, de acuerdo con su “reitera[da] jurisprudencia”, ha indicado que “las comunidades indígenas son titulares de derechos protegidos por el sistema interamericano y pueden presentarse ante éste en defensa de sus derechos y los de sus miembros” (cfr. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8º, 11.2, 13º, 16º, 21º, 24º, 25º, 29º, 30º, 44º, 46º, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador), Opinión Consultiva (OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22: párr. 72).

La Corte advierte que se ha indicado que las “comunidades” indígenas presuntas víctimas en este caso pertenecen a distintos “pueblos” (infra párr. 47). Es útil aclarar que, aunque el Estado señaló que “pueblo indígena” y “comunidades indígenas” se usan en forma indistinta en la legislación argentina, hay legislación interna de la que parecería inferirse que se ha entendido la voz “pueblo” como abarcadora de un conjunto mayor que el que indica la palabra “comunidad” (así surge de la Resolución 328/2010 del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, que habla de “comunidades” como integrantes de “pueblos” (infra párr. 54).

En similar sentido, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (aprobada el 14 de junio de 2016 - AG/RES. 2888 (XLVI-O/16)), en su artículo VIII dice que “[I]as personas y comunidades indígenas tienen el derecho de pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, de acuerdo con la identidad, tradiciones, costumbres y sistemas de pertenencia de cada pueblo. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo”. De este modo, a efectos de este caso, la Corte entiende la palabra “comunidad” como voz que designa una unidad, en cuya integración hay personas o familias identificadas como indígenas, que pertenece a un “pueblo” indígena, o a varios.

4. El caso de Campeche y el amparo contra el llamado proyecto de desarrollo “Tren Maya”

El Proyecto de Desarrollo Tren Maya ha sido calificado por muchos y sobre todo por el propio presidente de la República mexicana Andrés Manuel López Obrador (AMLO), como el proyec-

to de infraestructura más importante de su gestión, a cargo de FONATUR,² diciendo desde el inicio de su gestión “el tren va porque va”, violentando los principios de una Consulta previa y libre, de buena fe, culturalmente adecuada y con información previa y cabal conforme señala el Convenio N° 169 de la OIT. Y más que un tren o rehabilitación o puesta de vías, se trata de un proyecto de reordenamiento territorial. impulsando el mercado inmobiliario y por tanto, el cambio de uso productivo agrícola de la tierra y del territorio. Así lo explican algunos analistas:

Por ‘financiarización de la naturaleza’ se entiende el proceso por el cual el capital especulativo toma el control de los bienes y componentes de la naturaleza y los comercializa por medio de certificados, créditos, acciones, bonos, etcétera, con el fin de obtener las mayores ganancias posibles gracias a la especulación financiera” (Movimiento Mundial por los Bosques Tropicales, WRM, por sus siglas en inglés, 2020). La pregunta es si ¿esto se está proponiendo en el llamado Proyecto de Desarrollo Tren Maya? Es decir, ¿en el sureste se plantea la financiarización de la naturaleza en el territorio maya? Con los instrumentos financieros Fideicomisos de Infraestructura y Bienes Raíces (FIBRA) Tren Maya, la respuesta es que sí (...) la edificación de las estaciones y las inversiones posteriores, porque esto sí será permanente, estará a cargo de los inversionistas especulativos del mercado inmobiliario. Este será el negocio permanente, y es allí donde el capital especulativo tomará el control de los bienes de la naturaleza y los comercializará. Aquí iniciará el proceso de la financiarización de la naturaleza. (Núñez Rodríguez, 2020)

Por lo que toca al resto de proyectos y megaproyectos ya iniciados en gestiones presidenciales pasadas como el Plan Morelos o presas como la de Los Pilares, e incluso actuales como el aeropuerto de Santa Lucía, el actual gobierno de AMLO ha implementado una suerte de Consultas ad hoc —ya sea para legitimar su continuidad o para cambiar sus tiempos y lugar de ejecución, que no cumplen ni condiciones mínimas de consultas ciudadanas, mucho menos los estándares internacionales en materia de participación y Consulta a indígenas y sus pueblos.

Ante eso el 11 de diciembre de 2019 en conferencia de prensa comunidades indígenas de Chiapas anunciaron que recolectaron más de 7 mil firmas en contra de los megaproyectos que se han ejecutado dentro de sus territorios sin respetar su derecho a la libre determinación (Henríquez, 2019) y que llevaron a las oficinas en México de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al Comité contra el Racismo y la Discriminación y a la Oficina de la Organización del Trabajo, organismos que a principios de 2019 ya habían seña-

2 Es un Fideicomiso Público del Gobierno Federal, constituido en Nacional Financiera, S.A. (actualmente S.N.C.), como Institución Fiduciaria el 29 de marzo de 1974, de conformidad con lo dispuesto por la Ley Federal de Fomento al Turismo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1974 y ratificada su existencia en la Ley General de Turismo publicada en el mismo medio el 17 de junio de 2009 (véase Gobierno de México 2018).

lado su preocupación sobre las irregularidades en los procesos de consulta implementados por el actual gobierno de México.

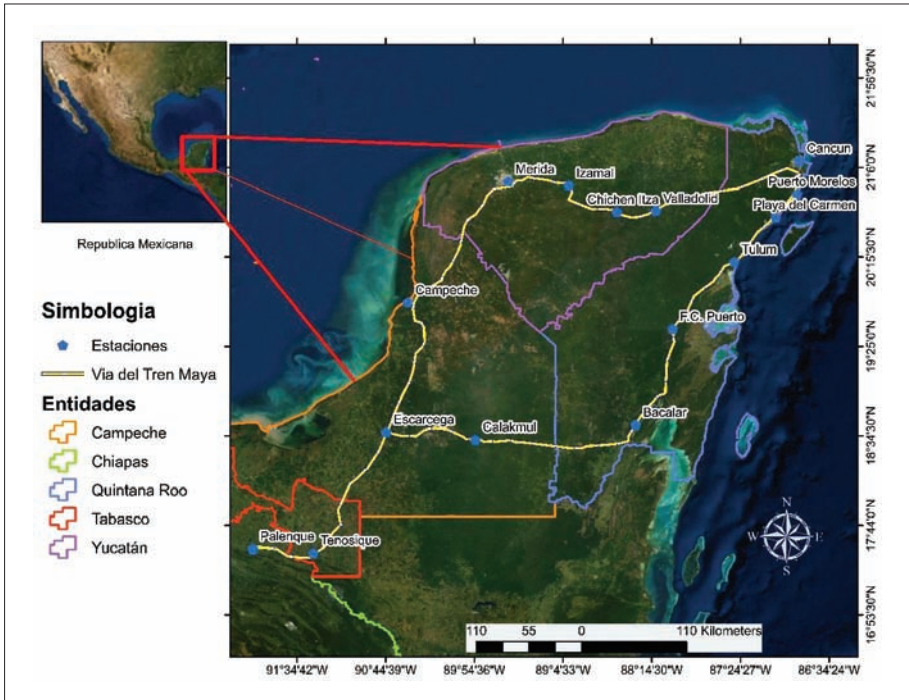
A pesar de lo anterior, los días 29 y 30 de noviembre de 2019, el Fondo Nacional de Fomento al Turismo (FONATUR) que preside Rogelio Jiménez Pons y el Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INPI) bajo la dirección de Adelfo Regino Montes, realizaron reuniones informativas de la llamada Consulta indígena y participación ciudadana, en 15 localidades de Campeche, Quintana Roo, Yucatán, Tabasco y Chiapas; en un procedimiento contrario a los principios elementales de una verdadera consulta indígena conforme al Convenio N° 169 de la OIT y los mecanismos señalado por expertos internacionales del Sistema Interamericano e Internacional de Derechos Humanos. Posteriormente, los días 14 y 15 de diciembre de 2019 se realizó el llamado Proceso de Consulta indígena y Participación Ciudadana, en los estados de Chiapas, Tabasco, Campeche, Quintana Roo y Yucatán (ver mapa de la península de Yucatán con el trazo de las vías), convocada con menos de un mes de antelación por el gobierno federal, este breve tiempo muestra que el principio de culturalmente adecuada tampoco se cumplió.

Frente a esto, surgieron varias iniciativas para denunciar además de estas irregularidades otras, una de ellas encabezada por periodistas, académicos y activistas observaron in situ (véase Firma por la nulidad de la consulta, 2019):

1º Violación al Derecho de acceso a Información previa:

- La Convocatoria, Protocolo, cuadernillos y en general la información diseminada por medios electrónicos fue diseñada y ejecutada sin la participación de las comunidades indígenas o sus representantes, y en muchos casos solo se ha transmitido en castellano sin las debidas traducciones a la lengua maya y otras como el cho'ol, tosozil, tzeltal, mam, etc, lenguas indígenas que se hablan también en la península de Yucatán (Violación a los Principios de: Participación de los Pueblos Indígenas y de Información Previa).
- La estructura de los foros, de la llamada Consulta en su supuesta fase informativa fue diseñada e implementada de manera unilateral, por lo que sus formas y modos no están acordes a las formas de deliberación y toma de acuerdos de las comunidades. Por ejemplo, asistieron una gran cantidad de funcionarios del gobierno y sus invitados colocados en un pódium y la población supuestamente consultada abajo.
- Sin información amplia, cabal y previa dirigida a los indígenas y sus comunidades, se ha realizado la primera fase. Por ello la llamada Consulta que actualmente se está operando desde el gobierno mexicano, tiene un VICIO DE ORIGEN, y por tanto afecta de nulidad todo el proceso (las siguientes fases), ya que no cumple el principio de Buena Fe, porque sin el debido tiempo, no se señalaron los espacios para que la gente llegue a las reuniones de información, sin intérpretes traductores certificados, y sin información previa que los participantes tuvieran para poder deliberar y discutir.

Mapa 1 – Península de Yucatán con el trazo de las vías



Fuente: Elaborado por Israel Angeles Martinez

- En todos los foros los funcionarios gubernamentales dieron información parcial sin responder a dudas de los participantes, y muchas veces condicionándola a cambio de servicios. Esos funcionarios les decían a los asistentes que en la siguiente fase se les daría más información, además les “delegaron” la obligación de informar a sus comunidades. Esto, violenta el principio de BUENA FE, porque el estándar internacional indica que ES DEBER DE LOS ESTADOS CONSULTAR, no de los particulares.
- En su fase INFORMATIVA la llamada Consulta aludida es parcial, contradictoria, sesgada y sobre todo limitada por estar dirigida a unos cuantos, los que pudieron enterarse y asistir en los lugares, fechas y horas establecidas por las instituciones. Sin hacer las debidas traducciones a las lenguas indígenas existentes en la península o por lo menos de aquellas comunidades que serán afectadas. Por lo cual, se violenta su derecho al uso de su lengua y ser consultados bajo los procedimientos que se han dado, garantizando que sea directamente a las comunidades y pueblos indígenas (respetando sus propios procesos y mecanismos violentando el Principio de Culturalmente Adecuada).
- Los funcionarios que llegaron a esta fase Informativa, al ser interpelados y cuestionados por algunos participantes, aceptaron NO TENER información clara, amplia y precisa de no solo de las afectaciones del llamado Tren sino de la totalidad del proyecto

(impacto en el mercado inmobiliario, construcción de hoteles, multiplicación de asentamientos humanos). Por lo tanto, la información fue limitada y contradictoria en los distintos lugares, por lo que los y las participantes no tienen información clara sobre los impactos y afectaciones (ambientales, económicos, productivos, culturales, de seguridad social y servicios públicos).

2º Violación al principio de Previa (antes de ser aprobada la acción gubernamental (proyecto, iniciativa, política pública, o acción de uno de los poderes del Estado).

- El gobierno mexicano, antes de consultar ya aprobó el proyecto de Tren Peninsular (TP mal llamado Tren Maya TM), prueba de ello son las múltiples declaraciones públicas del presidente de la República afirmando: “El Tren Va porque Va”, así como la creación de la empresa Tren Maya, S.A. de C.V., la puesta en marcha de subastas, licitaciones y concesiones que se están realizando, a la par de la fase de información a los indígenas sobre lo que es el TP. (Violando el Principio de Previa y también violentando el principio de Buena fe porque simula que es una Consulta indígena y no es así).

3º Violación a los mecanismos y formas que las comunidades y pueblos indígenas tienen para deliberar y tomar decisiones que les afectaran:

- Sin considerar los mecanismos y tiempos que cada comunidad tiene para tomar acuerdos, esa Convocatoria se publicitó con menos de una semana para iniciar la llamada Consulta, en su primera fase de información, coartando el derecho a la información sobre los impactos ambientales, al patrimonio biocultural, económicos, sociales y culturales de los pobladores, comunidades y pueblos indígenas en la zona de afectación. Premura que pone en duda y compromete (complica) su amplia difusión y recepción a/ de los directamente afectados. (Violando el Principio de Culturalmente Adecuada y de acceso a información precisa y cabal)
- De igual forma, de MALA FE el gobierno mexicano argumenta que el consentimiento es libre al aplicar mecanismos electorales (mano alzada y casillas), cuando estos han sido calificados por los distintos relatores de la ONU en materia indígena, como inadecuados e insuficientes. (Violando el principio de Buena fe).

También de MALA FE, el gobierno ha manipulado las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, promoviendo de manera descontextualizada y fuera de lugar, la realización de supuestos rituales indígenas.

- Forma parte de esas acciones de MALA FE continuas y continuadas del gobierno mexicano el “nombramiento” ad hoc de supuestos líderes indígenas, que en algunos foros se han presentado, para “arengar” a favor del gobierno, presionando, induciendo y confundiendo a los indígenas y a otras personas que llegan para informarse sobre los efectos del Tren.

- Como parte de esas acciones de Mala Fe, y siendo que la inconformidad de los indígenas y sus comunidades se está haciendo cada vez más presente, el gobierno mexicano está planeando echar a andar una consulta ciudadana, la cual polarizará mucho más a la población entre los que están a favor y los que no lo están. Finalmente, esto demuestra que lo que quiere hacer el gobierno mexicano, es legitimar a toda costa el proyecto de TM, más que cumplir con el respeto a los Derechos Humanos, ya que los derechos de los indígenas y sus pueblos forman parte del Sistema Internacional de Derechos Humanos.

4º Violación al principio de CONSENTIMIENTO LIBRE

- El gobierno mexicano y concretamente el presidente de la República Mexicana Andrés Manuel López Obrador (AMLO) violenta el principio de consentimiento previo libre e informado, por lo anotado en los puntos anteriores. Sobre todo, porque previo a echar a andar lo que él llama la Consulta, descalificó (y continúa haciéndolo) a los que no están a favor, se oponen o eventualmente “voten” en contra, señalándolos de “reaccionarios”, “retrogradas”, “fifis”, promoviendo confrontaciones en la población entre los que están a favor y los que no están a favor.

Tan solo en la primera fase de INFORMACION de la llamada Consulta, hemos recabado información con la que constatamos lo expuesto arriba y que demuestran la violación continua y constante de los principios de una verdadera Consulta Indígena, por parte del gobierno mexicano.

Además de lo anterior, se violenta el derecho a la Libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas por las acciones que el gobierno mexicano ha tenido y que hemos podido documentar, ya que colocan en estado de indefensión a los indígenas y sus comunidades, por no conocer a ciencia cierta lo que el TM provocará de afectaciones a sus modos de vida y su territorio (por ejemplo acceso al agua o el daño a los ecosistemas), como frente a la negociación de posibles accesos a beneficios (ventas de sus productos locales, mejora de los servicios públicos, pago de indemnizaciones que se les deben por afectaciones pasadas), violentando su derecho al ejercicio de la libre determinación.

Todo lo anterior constituyen elementos de NULIDAD de la llamada consulta que está puesta en marcha en su primera fase de información por el gobierno mexicano.

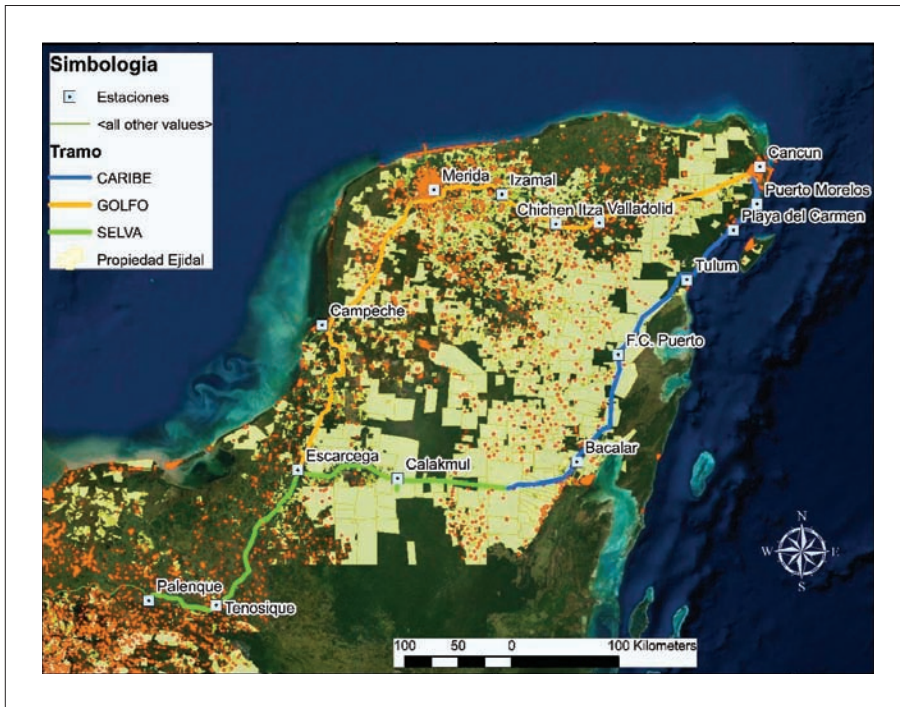
A ello, se agrega que por lo que toca al estándar de adecuación cultural, las autoridades no corroboraron si las comunidades contaban con formas de organización, normatividades internas o mecanismos de consulta, deliberación y decisión, para poder decir que, respetó su derecho consuetudinario.

De esta manera, cuando el gobierno no garantiza la entrega previa de información cabal, además de violentar ese derecho, violenta el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, porque sin información no pueden tomar acuerdos ni mucho menos decir si están o no de acuerdo con el Proyecto de Desarrollo Tren Maya. Así, si tomamos en cuenta que la mayor parte de la tierra de afectación de ese proyecto es propiedad ejidal en manos de campesinos indígenas, el hecho de no recibir información sobre el reordenamiento territorial y no tanto de las vías del tren, los coloca en estado de indefensión:

Lo primero, y más delicado desde el punto de vista social, ambiental y cultural, que está incluido en este negocio es la tierra de los ejidatarios y pequeños propietarios que habitan la zona maya, porque es sobre éstas que se edificarán las estaciones, los desarrollos urbanos y los polos de desarrollo (ahora nombradas comunidades sostenibles, a sugerencia, dice Jiménez Pons –2020–, de los ambientalistas). Aproximadamente, serán afectados cuatro ejidos en Chiapas, 13 en Tabasco, 70 en Campeche, 50 en Yucatán, 33 en Quintana Roo. Sin embargo, no está demás señalar que de acuerdo con el pasado censo ejidal, 97 por ciento de los ejidos en Chiapas realizan actividad agrícola y 73 por ciento ganadera; en Tabasco 87 por ciento tiene actividad agrícola y 95 por ciento ganadera; en Campeche 96 por ciento tiene actividad agrícola y 93 por ciento ganadera; en Yucatán 92 por ciento cuenta con actividad agrícola y 80 por ciento ganadera; y en Quintana Roo, 96 por ciento de los ejidos tiene actividad agrícola y 85 por ciento ganadera (INEGI, 2007). Aunado a esto, no olvidemos la importancia de la milpa (que proporciona seguridad alimentaria sostenible en estos estados), realizada por 88 por ciento de los productores agrícolas de Yucatán, 81 por ciento en Quintana Roo y 39 por ciento en Campeche (Alianza M-REDD+, 2016).

Y en el siguiente mapa podemos observar esas tierras:

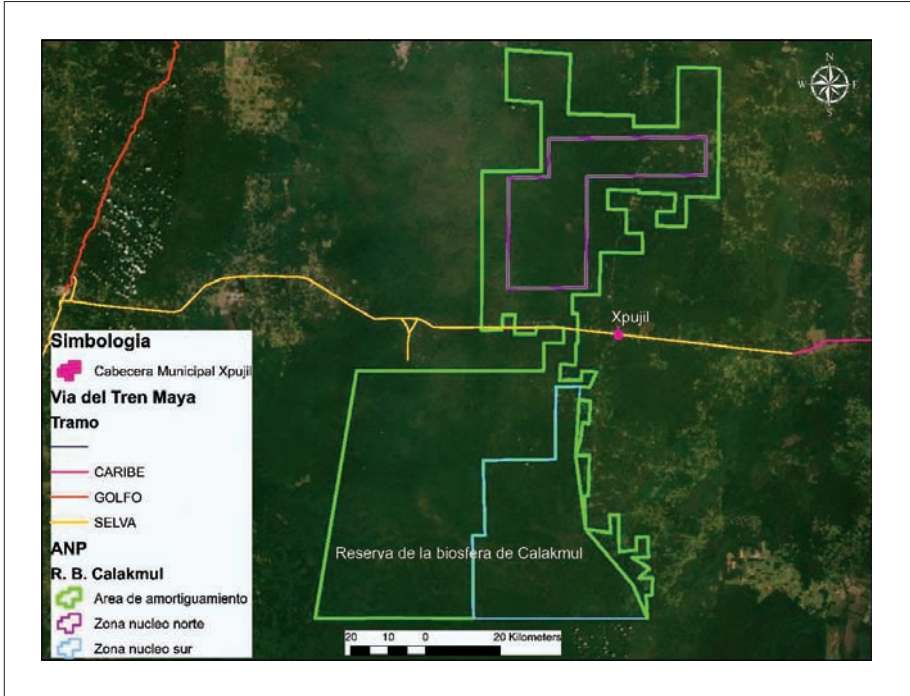
Mapa 2 – Tierras de núcleos agrarios (en su mayoría indígenas) en la ruta del Tren Maya



Fuente: Elaborado por Israel Angeles Martinez

Y en el caso de la reserva de Calakmul:

Mapa 3 – Paso de las vías del Tren Maya sobre la Reserva de la Biósfera de Calakmul



Fuente: Elaborado por Israel Angeles Martínez

El 6 de enero, el Consejo Regional Indígena y Popular de Xpujil presentó demanda de amparo ante el Juzgado 1º de Distrito radicado en Campeche. A la fecha, la jueza ha otorgado la suspensión definitiva del proyecto de desarrollo tren maya, pero solo por lo que toca a la parte de las vías que cruzan Xpujil, que es la cabecera del municipio de Calakmul, esto no nos deja conformes porque limita los alcances iniciales que la misma jueza dio previamente en una suspensión provisional —porque había otorgado la suspensión de dicho proyecto en todo el territorio maya—, violentando los derechos de los pueblos indígenas a la integridad de sus territorios, a su hábitat y al ejercicio de su autonomía y libre determinación.

4.1. Análisis sobre el llamado Proceso de Consulta Indígena y Jornada de Ejercicio Participativo Ciudadano sobre el “Proyecto de Desarrollo Tren Maya”

Debido a la historia de dominación que los pueblos indígenas han sufrido por más de 500 años, en el caso mexicano, no encontramos que en términos generales su organización social

interna no es compacta ni centralizada (tipo estado) por lo que se encuentran fragmentados en comunidades indígenas (con una diversidad de manifestaciones y que a su interior muchas veces están divididos en grupos económicos, políticos o sociales), lo que puede dar como resultado un fenómeno de pluralismo cultural a su interior. Esta situación se hace patente en la existencia de comunidades indígenas reconocidas como núcleos agrarios (segundo párrafo de la fracción VII del artículo 27º de la CPEUM) y como parte de pueblos (ver artículo 2º de la CPEUM), pero que están atomizadas y fragmentadas como efecto de la imposición de una cultura nacional que busca dominarlas. Esto es claro si tomamos como ejemplo los sistemas normativos indígenas, porque existe un derecho indígena (que es expresión de la cultura de un pueblo) por comunidad y/o núcleo agrario, pero no por cada pueblo (como conjunto de comunidades indígenas que represente su unificación).

Empero, los pueblos indígenas siguen existiendo y las comunidades se reconocen como parte de ellos, ejemplo de esto son los casos de ejidos y comunidades que abordamos en este trabajo: zapotecos de la sierra, zapotecos del istmo, tzeltales, tsotsiles, ayuük, uniéndolos fundamentalmente y distinguiéndolos de otros la cultura (lengua y el sentido o significado de las prácticas e instituciones, tradiciones, usos y costumbres). De esta manera, los sujetos colectivos operantes en muchos casos son las comunidades.

Si bien los pueblos indígenas son descendientes de los pueblos originarios que habitaron las tierras Abya Yala, en la actualidad como lo hemos anotado, no son en su mayoría organismos coherentes y florecientes. Las culturas de los pueblos indígenas subsisten y perviven, resistiendo al adoptar durante siglos elementos de la cultura dominante. Por ello, no pueden ser consideradas “prístinas” o precolombinas, o estáticas sin cambios. Sin embargo, son culturas diferentes integrantes de la pluralidad de la cultura de la humanidad y como tales deben ser respetadas (ver preámbulo del Convenio N° 169 de la OIT). Esto no significa que sean preservadas estáticas sin cambios, más bien deben ser respetadas en el control que hacen de su cultura, es decir de las adaptaciones y la apropiación de elementos ajenos (como aquellos considerados “universales”, como los derechos humanos) para que definan su destino de manera autónoma y sin imposiciones.

4.2. Las consultas a los pueblos indígenas y el llamado Proceso de Consulta Indígena y Jornada de Ejercicio Participativo Ciudadano sobre el “Proyecto de Desarrollo Tren Maya”

Partiendo de lo planteado por Pérez y Argueta (2003), los indígenas de hace cincuenta años no son los mismos que ahora, exigen interlocución y participación, ya no desde lo que dicta el Estado, sino desde lo que se decide en sus comunidades y regiones. Exigen espacios de diálogo y negociación en los que se discuta, con la convicción de que esto no sólo sea “tomado en cuenta”, sino que defina efectivamente las decisiones del gobierno en sus tres órdenes y de los tres poderes del Estado.

Para los pueblos indígenas ¿Qué es una consulta?

- No solo debe servir para tomar en cuenta la opinión de los indígenas y sus pueblos.
- Debe diseñarse de tal manera que sea un medio por el cual los indígenas y sus pueblos intervengan en las decisiones del Estado (incluyendo sus tres órdenes de gobierno).
- Debe tener carácter vinculante.
- Debe sentar las bases de un diálogo intercultural y de negociación permanente.

Fuente: elaboración propia

Por lo que se refiere al desprestigio de las consultas, es que además de que el gobierno federal en años anteriores al actual (y por desgracia, en el actual también), las minimiza y “baja” su perfil, porque les llama CONSULTAS DE OPINIÓN. De igual forma este desprestigio se da por el hecho de lo que ha significado la implementación de proyectos que han afectado y dañado a los pueblos indígenas (como presas, gasoductos de PEMEX, carreteras, centros turísticos), y que además no fueron consultados con ellos, o incluso después de haber sido ejecutados, no se pone a la consideración de los afectados la viabilidad en su continuidad, y sobre el grado de seguridad para el entorno y las personas en lo futuro.

Algunos ejemplos de No consultas

- Carretera Oaxaca-Ixtmo-Huatulco
- Complejo turístico de Huatulco
- Introducción de gasoductos en terrenos ejidales y comunales
- Construcción de presas e hidroeléctricas
- Construcción de refinerías y puertos marítimos

Fuente: Elaboración propia

En estas circunstancias, en la época de transición entre ser y dejar de ser Instituto Nacional Indigenista (INI) para transformarse en Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), los pueblos indígenas y sus organizaciones, percibían que las consultas eran impuestas, unilaterales e improvisadas o al vapor y que sus resultados eran utilizados por parte del Estado mexicano, para ensalzar y legitimar un discurso de respeto a los derechos de los pueblos indígenas, cuando en los hechos se constataba lo contrario, por ejemplo, en la impartición de justicia del Estado en regiones indígenas, el respeto a las formas de orga-

nización y de elección de autoridades, los niveles de vida de los indígenas y la alta migración que presentan (por buscar mejores ingresos y condiciones de vida). Por desgracia, mucho de esto hoy por hoy continúa.

¿Para qué consultar?

La imresión sobre las consultas

- Cuando se hace una consulta, por lo regular el gobierno ya tiene una decisión sobre el tema
- El gobierno quiere legitimar esa decisión

Fuente: Elaboración propia

De esta manera, existe una “tradicón” sobre las consultas en México, pues se presentan para los indígenas, sus pueblos y organizaciones más como un discurso de legitimación de la política del Estado mexicano a nivel internacional, que como una oportunidad de construir confianzas y diálogo (ver el caso de los Acuerdos de San Andrés, cuando el gobierno mexicano los presenta en la ONU como una prueba de su política de respeto a los derechos humanos).

Por otro lado, cuando el gobierno plantea iniciar una consulta tiene un problema de origen que se vuelve un punto débil, genera expectativas de diálogo en los consultados que salen del control del gobierno, esto, porque en realidad nunca existió esa intencionalidad o no se planteó desde él o sus dependencias ese propósito, o bien no se diseña bajo un esquema de negociación e interlocución bilateral, sino de manera unilateral e impositiva, es decir, no se consideran como elementos fundamentales la participación, el diálogo y el acuerdo bilateral. En el caso del Tren Maya, uno de los asistentes, miembro del Consejo Regional Indígena y Popular de Xpujil, lo expresó de esta manera: “No nos dejaron participar, las autoridades del gobierno en realidad fueron las que se llevaron más tiempo hablando, cuando quisimos hablar ya estábamos cansados de escucharlos. Lo conveniente hubiera sido que nos hubieran consultado comunidad por comunidad para tener más tiempo de hablar, conocer más la información, entenderla y poder decidir”

Por ello, podemos decir que desde la reforma que dio lugar al artículo 4º constitucional, anterior a las reformas de 2001 en materia indígena, la consulta se plantea y diseña como un fin en sí mismo, más que como un medio para alcanzar el objetivo central de cambiar la relación con los pueblos indígenas. El diseño de las consultas implementadas hasta ahora son unilaterales en tanto que se hacen desde el Estado y para el Estado: conocer datos sobre los indígenas, obtener información (sobre sus formas de organización, conocer sus expectativas). Desde su diseño los indígenas están ausentes, ya no se diga sobre los proyectos que se les ponen a Consulta. Ejemplos de esto son:

Casos inconsultos y diseñados sin la participación de indígenas y sus pueblos:

- Parque Solar Tipche, Muna Yucatán (Cruz 2019)
- Presa Lo Pilares Guajiros, Sonora (Haro 2019)
- Minería en Chicomuselo, Chiapas (CIEPAC 2010)
- Explotación de hidrocarburos, Zoques de Chiapas Tren Maya

Fuente: elaboración propia

A los que se agregan imponer la reserva de la biósfera de Calakmul, mega granjas porcinas en Yucatán y el cultivo de soya transgénica sometida una consulta viciada (Muñoz, 2018). Si bien la violación a los derechos a participar y a ser consultados, como la mayoría de los proyectos son anteriores al gobierno actual (véase Barreda, 2016), éste tampoco ha estado a la altura de responder con apego al Convenio N° 169 de la OIT y a las observaciones de la Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU ni de las recomendaciones.

4.3 Tren Maya y la Reserva de la Biósfera de Calakmul: inseguridad jurídica de los indígenas a consultar como desventaja para “acordar” y violación del consentimiento libre

Como lo hemos señalado y así lo declara el gobierno federal, el llamado proyecto de desarrollo tren maya es:

Proyecto Tren Maya

El Tren Maya es un proyecto integral de ordenamiento territorial, infraestructura, crecimiento socioeconómico y turismo sustentable.

Fuente: <http://www.trenmaya.gob.mx/>

Es decir, se trata de una serie de intervenciones en el territorio más allá de poner o renovar vías de tren, y solo por lo que toca a estas cruzaran varias zonas arqueológicas, de selvas y parte de la reserva de la Biósfera de Calakmul.

Imagen 2 – Tramos de Tren Maya



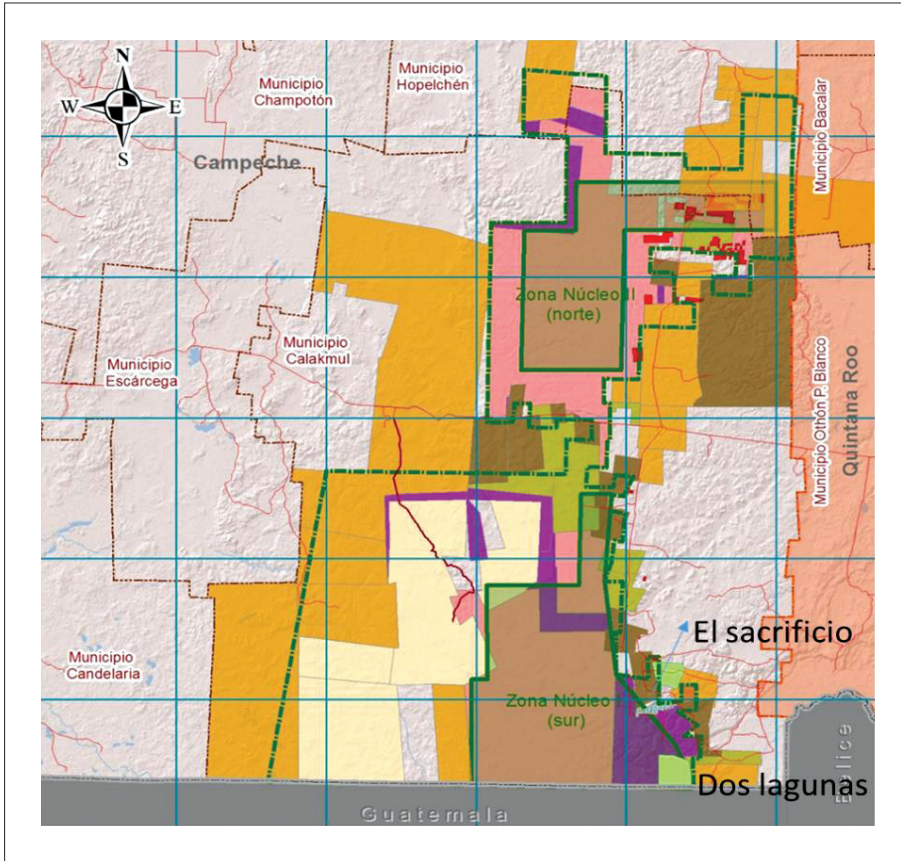
Fuente: EL ECONOMISTA, 24 de abril 2020

Se trata de por lo menos 4 comunidades: Unión 20 de Junio, Santo Domingo El Sacrificio, Nuevo San José, Dos Lagunas Sur (y según datos del CRIPX a estas se agregan 7 más), cuyos miembros son hablantes de lenguas indígenas: Maya Ch’ol, Maya Tzeltal, Maya Tzotzil, siendo aproximadamente 260 familias que representan a 1.300 personas aproximadamente (solamente de las primeras 4 comunidades), resumiendo su problemática en lo siguiente:

“Son 2 veces que se ha violado nuestro Derecho de Consulta A) La primera vez cuando se formalizó El Decreto de Creación de la Reserva de la Biosfera de Calakmul, el 23 de mayo de 1989 B) La segunda vez cuando se formaliza la “Iniciativa de Desincorporación de áreas de la zona de amortiguamiento y núcleo, de fecha 26 de noviembre del 2012.

En los dos momentos No se respetó el Proceso de constitución legal como Ejido o propiedad Social, así mismo la violación al Derecho de Consulta y al Consentimiento Previo Libre e informado y de Buena Fe. En ninguno de los 2 momentos o tiempos se ha incluido a las 11 comunidades al Estudio Justificativo a conocer su objetivo, método, técnica y sobre todos los alcances ambientales, jurídicos, sociales y culturales de su Establecimiento como Reserva o de la Desincorporación de áreas de la Zona Núcleo o de Amortiguamiento. Tampoco se ha proporcionado información clara, precisa, en lengua maya Cho’l, Tzeltal, o Tzotzil. Al igual se nos ha negado el derecho de Audiencia por parte de la SEMARNAT y de la Delegación de SEDATU en la ciudad de Campeche (tenemos un año de haberla solicitado).”

Mapa 4 – Detalle Reserva Calakmul



Fuente de información cartográfica: INEGI

Es decir, al decretarse la creación de la Reserva de la Biósfera de Calakmul (RBC) ya existían comunidades o asentamientos humanos de pueblos cho’oles, tsotsiles y tseltales desplazados de Chiapas (algunos por la erupción del volcán Chichonal, otros por desalojos de la Reserva de Montes Azules), que contaban con solicitudes de dotación en el anterior sistema de derecho agrario (antes de las contra-reformas al artículo 27 de la CPEUM).

Cuando los pobladores de esos asentamientos se dieron cuenta, el Decreto que creaba la reserva incluía las tierras que ya tenían ocupadas, pero por su mala experiencia de haber sido desplazados de manera violenta de los Montes Azules en Chiapas, aceptaron ser “reubicados”, pero ya siendo reubicados, el gobierno federal a través de la Comisión Nacional de Áreas protegidas les dijo: “lo sentimos, pero tienen que irse nuevamente”.

En 1981 llegaron de Chiapas a Hopelchen ahora Calakmul, en ese momento el Convenio N° 107 de la OIT (1957-1989) era vigente para México, y señalaba:

Mapa 5 – La Mancolona (ahora 20 de Junio), Calakmul, Campeche



Elementos del caso:

Unión 20 de junio (antes, la Mancolona)

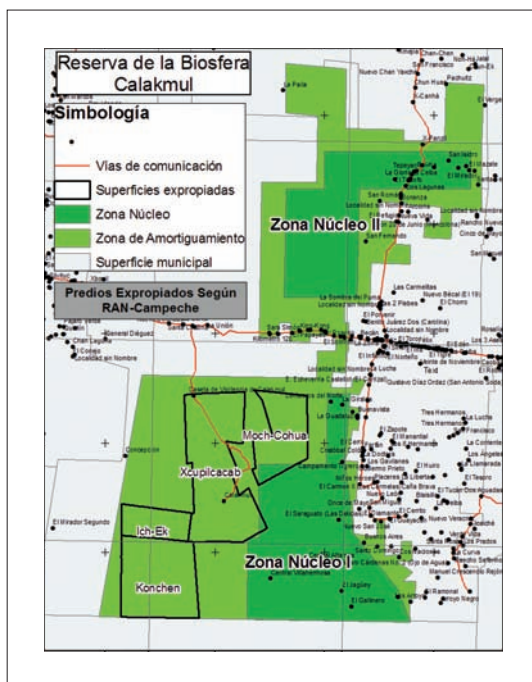
- Habitantes hablante de lenguas maya tseltal, cho'ol, tsotsil
- 600 habitantes
- Desplazados forzosamente de Montes Azules, Chiapas en 1981 y 1982 por erupción del volcán Chichonal, Francisco León, Chiapas
- Llegaron a lo que ahora es Calakmul en 1985, iniciaron proceso de solicitud de dotación de ejido

Fuente: elaboración propia

Artículo 5. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio relativas a la protección e integración de las poblaciones en cuestión, los gobiernos deberán:

- a) Buscar la colaboración de dichas poblaciones y de sus representantes;
- b) Ofrecer a dichas poblaciones oportunidades para el pleno desarrollo de sus iniciativas;
- c) Estimular por todos los medios posibles entre dichas poblaciones el desarrollo de las libertades cívicas y el establecimiento de instituciones electivas, o la participación de tales instituciones.

Mapa 6 – Zonas de la Reserva Calakmul, Incorporación de cuatro ampliaciones forestales expropiadas por causa de utilidad pública para destinarse a la Zona Núcleo I Su



Fuente de información cartográfica: INEGI CONANP 2008

Derechos violentados conforme al Convenio N° 169 de la OIT

- El 23 de mayo de 1989 se crea la Reserva de la Biosfera Calakmul, ubicada en los municipios de Champotón y Hopolchén (hoy Municipio Calakmul), en el estado de Campeche
- Con lo anterior, quedaron dentro de la ZONA NÚCLEO
- En 1999 les dan tierras en PROPIEDAD PRIVADA (terrenos nacionales en zona de amortiguamiento)
- En 2007 los hijos de ellos piden tierras

Fuente: elaboración propia

De igual forma, al no darles seguridad sobre la tierra se violentó en ese entonces también del Convenio N° 107 de la OIT:

PARTE II. TIERRAS

Artículo 11. Se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas.

Como si no fuera poco la violación constante y continuada, en 1989 se decreta la RBC, violentando ya del Convenio N° 169 de la OIT: PARTE I. Arts. 6° y 7° Derecho a la Consulta y consentimiento previo

Para 1999 les dan “oportunidad” de “obtener” tierras nacionales, pero comprándolas (y como tal quedan como pequeñas propiedades distintas de la propiedad social), por lo que compran los que tienen recursos económicos.

Por último, en 2007 los hijos piden tierra, fundando este derecho tanto en el Convenio N° 169 de la OIT como en la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU de 2007.

Lo anterior es un ejemplo y nos sitúa histórica y situacionalmente en las condiciones de desventaja en las que fueron “consultados” (lo ponemos entre comillas dado las observaciones hechas por los órganos de control de la ONU sobre Derechos Humanos) los indígenas del área de afectación del llamado proyecto de desarrollo tren maya, que involucra los territorios de Chiapas, Tabasco, Campeche, Quintana Roo y Yucatán. Y esa situación se agrava cuando el gobierno mexicano promete (como muchas otras veces en la historia de México) que “ahora sí” resolverá las múltiples problemáticas que afectan a indígenas y sus pueblos. En el plano de los hechos, esto provocó que para varios de los que firmaron el amparo se focalizaran las acciones de amenazas y represalias fomentadas por gobierno federal a través de promotores de FONATUR en Calakmul (véase entrevista a miembros del CRIPX que firmaron el amparo presentado el 6 de enero de 2020 en RompevientoTV 26 de febrero 2020)

A continuación, presentamos un análisis de algunas de las Actas de Asambleas regionales que se dieron como resultado del *Proceso de Consulta Indígena y Jornada de Ejercicio Participativo Ciudadano sobre el “Proyecto de Desarrollo Tren Maya”*, para finalizar este capítulo y reforzar nuestro punto en el sentido de que las condiciones de inseguridad jurídica que sobre sus tierras han padecido los indígenas —como se expuso en el caso de Calakmul, al momento de ser consultado (o mal consultados) para que aprobaran el proyecto de desarrollo tren maya, los colocó en grado de desventaja para tomar la mejor decisión, esto aunado a que no se cumplieron los estándares internacionales sobre consulta indígena: previa, libre, informada, de buena fe, culturalmente adecuada y por consiguiente, la expresión del consentimiento con esos mismos parámetros.

La llamada consulta (véase INPI, 2019) en su fase informativa se llevó a cabo en menos de dos días, 29 y 30 de noviembre de 2019, y en las fases consultiva y deliberativa, en menos de dos días 15 y 16 de diciembre de 2019 y sus sedes fueron:



UBICACIÓN DE LAS ASAMBLEAS REGIONALES INFORMATIVAS Y CONSULTIVAS DEL PROCESO DE CONSULTA LIBRE, PREVIA E INFORMADA SOBRE EL “PROYECTO DE DESARROLLO TREN MAYA”

ENTIDAD FEDERATIVA	SEDE	PUEBLOS INDÍGENAS	UBICACIÓN DE LAS ASAMBLEAS REGIONALES INFORMATIVAS	FECHA DE ASAMBLEA INFORMATIVA	UBICACIÓN DE LAS ASAMBLEAS REGIONALES CONSULTIVAS	FECHA DE LA ASAMBLEA CONSULTIVA
Chiapas	Palenque, Palenque	Ch'ol y Tseltal	Barrio Parque de Feria, Periférico Sur, S/N, Palenque.	29 de noviembre de 2019	Barrio Parque de Feria, Periférico Sur, S/N, Palenque.	14 de diciembre de 2019
Tabasco	Tenosique, Tenosique	Tseltal, Ch'ol y Tsotsil	Casino "René Cortez", Parque Central a un costado del Ayuntamiento de Tenosique, Tenosique.	30 de noviembre de 2019	Casino "René Cortez", Parque Central a un costado del Ayuntamiento de Tenosique, Tenosique.	15 de diciembre de 2019
Campeche	Xpujil, Calakmul	Maya Peninsular y Ch'ol	Sala de Usos Múltiples, Calle Halaltun esquina Becan S/N., Xpujil.	30 de noviembre de 2019	Sala de Usos Múltiples, Calle Halaltun esquina Becan S/N., Xpujil.	15 de diciembre de 2019
Campeche	Don Samuel, Escárcega	Maya Peninsular	Cancha Municipal, Domicilio Conocido, Centro, Don Samuel.	30 de noviembre de 2019	Cancha Municipal, Domicilio Conocido, Centro, Don Samuel.	15 de diciembre de 2019
Campeche	Felipe Carrillo Puerto, Champotón	Maya Peninsular	Cancha Municipal, Domicilio Conocido, Centro, Felipe Carrillo Puerto.	30 de noviembre de 2019	Cancha Municipal, Domicilio Conocido, Centro, Felipe Carrillo Puerto.	15 de diciembre de 2019
Campeche	Tenabo, Tenabo	Maya Peninsular	DIF Municipal, Calle 10 esquina con 11 S/N, Tenabo.	29 de noviembre de 2019	DIF Municipal, Calle 10 esquina con 11 S/N, Tenabo.	14 de diciembre de 2019
Yucatán	Dzité, Dzité	Maya Peninsular	Domo de la Cancha Municipal, Calle 23 por 20 y 22, Centro, Dzité.	29 de noviembre de 2019	Domo de la Cancha Municipal, Calle 23 por 20 y 22, Centro, Dzité.	14 de diciembre de 2019
Yucatán	Chichimilá, Chichimilá	Maya Peninsular	Domo Municipal, Calle 20 S/N Colonia Centro, Chichimilá.	29 de noviembre de 2019	Domo Municipal, Calle 20 S/N Colonia Centro, Chichimilá.	14 de diciembre de 2019
Yucatán	Tunkás, Tunkás	Maya Peninsular	Auditorio Municipal, Calle 32 por 33 S/N, Centro, Tunkás.	29 de noviembre de 2019	Auditorio Municipal, Calle 32 por 33 S/N, Centro, Tunkás.	14 de diciembre de 2019
Yucatán	Tixpéhuil, Tixpéhuil	Maya Peninsular	Domo de la Paz, Calle 19 por 26, Centro, Tixpéhuil.	29 de noviembre de 2019	Domo de la Paz, Calle 19 por 26, Centro, Tixpéhuil.	14 de diciembre de 2019
Yucatán	Maxcanú, Maxcanú	Maya Peninsular	DIF Municipal, Calle 20 por 15 A y 15, Centro, Maxcanú.	29 de noviembre de 2019	DIF Municipal, Calle 20 por 15 A y 15, Centro, Maxcanú.	14 de diciembre de 2019



ENTIDAD FEDERATIVA	SEDE	PUEBLOS INDÍGENAS	UBICACIÓN DE LAS ASAMBLEAS REGIONALES INFORMATIVAS	FECHA DE ASAMBLEA INFORMATIVA	UBICACIÓN DE LAS ASAMBLEAS REGIONALES CONSULTIVAS	FECHA DE LA ASAMBLEA CONSULTIVA
Quintana Roo	Reforma, Bacalar	Maya Peninsular	Domo de la localidad de Reforma, Carretera Bacalar-Miguel Alemán.	30 de noviembre de 2019	Domo de la localidad de Reforma, Carretera Bacalar-Miguel Alemán.	15 de diciembre de 2019
Quintana Roo	Xul – Há, Othón P. Blanco	Maya Peninsular	Domo de Xul – Há, carretera Chetumal-Cancún, entre las avenidas Adolfo López Mateos y Miguel Hidalgo.	30 de noviembre de 2019	Domo de Xul – Há, carretera Chetumal-Cancún, entre las avenidas Adolfo López Mateos y Miguel Hidalgo.	15 de diciembre de 2019
Quintana Roo	X – Hazil Sur, Felipe Carrillo Puerto	Maya Peninsular	Domo Deportivo de la localidad de X – Hazil Sur, Calle sin Nombre, S/N.	30 de noviembre de 2019	Domo Deportivo de la localidad de X – Hazil Sur, Calle sin Nombre, S/N.	15 de diciembre de 2019
Quintana Roo	Cobá, Tulum	Maya Peninsular	Domo Deportivo de Usos Múltiples, Centro S/N, Cobá.	30 de noviembre de 2019	Domo Deportivo de Usos Múltiples, Centro S/N, Cobá.	15 de diciembre de 2019

Para mayor información respecto de la Consulta Indígena, podrán acudir a los Centros Coordinadores de Pueblos Indígenas con sede en Palenque, Chiapas; Nacajuca y Tenosique del estado de Tabasco; Calkiní, Hopelchén, Xpujil y Escárcega del estado de Campeche; Maxcanú, Peto, Sotuta y Valladolid del estado de Yucatán; así como, en Felipe Carrillo Puerto, Nuevo X'Can y José María Morelos del estado de Quintana Roo; o bien, en las oficinas de representación del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas en dichas Entidades Federativas y en sus oficinas centrales: Correo electrónico: derechosindigenas@inpi.gob.mx, Teléfono: (55) 91 83 21 00 Ext. 7542, 7562 y 7564.

OBSERVACIONES Y COMENTARIOS SOBRE ALGUNAS DE LAS 15 ASAMBLEAS CONSULTIVAS SOBRE EL PROYECTO DE DESARROLLO TREN MAYA DE FECHAS 14 Y 15 DE DICIEMBRE DE 2019

LUGAR	FECHA	OBSERVACIONES Y COMENTARIOS
<p>Carrillo Puerto Champotón, Quintana Roo</p>	<p>15/12/19</p>	<p>En la pág., 5 se señala “... Lic. Hernández García en representación del INPI, explicó que esta asamblea tiene como finalidad desahogar la etapa propiamente consultiva del proceso convocado por FONATUR, INPI y Gobernación, mencionó que en la pasada asamblea se les entregaron diversos materiales que contenían información sobre el Tren Maya, resaltó que el proyecto está en diseño o construcción...” A esto cuestionamos ¿Entonces para qué consultar algo que no está acabado?</p> <p>En la pág. 6 el representante de FONATUR Lic. Araujo Arcos menciona; “..... explicó que respecto a las solicitudes para la ubicación de las estaciones se están haciendo los estudios correspondientes, para ubicar los puntos que den viabilidad al proyecto, pero sobre todo que se logre mejorar la movilidad de las personas...” es decir, hasta la fecha de la asamblea consultiva no había información cabal del proyecto.</p> <p>En la pág. 7 Se confirma esto con la intervención del C. Jeremías Euan Guzmán, del ejido 5 de Febrero quien, “.....manifiesta que no se contempló en el material de FONATUR, la construcción de paraderos, así mismos mostró su inconformidad ya que tampoco se habló de la construcción de estaciones en distintas partes de la zona, derecho de libre tránsito, es decir que se hagan obras que permitan el tránsito de los y las campesinos, le preocupa que el tren sea rápido, por lo que las comunidades van a ser divididas y en la presentación solo se habló del paso de los animales, pero no se habló del paso de los seres humanos....”</p> <p>En la pág. 8 del Acta de Asamblea Consultiva, el representante de FONATUR, tomó la palabra y; “.....dijo que este es un ejercicio muy bueno porque las comunidades están diciendo que cosas no se incluyeron en el documento.....” Esto reitera QUE NO HUBO INFORMACIÓN PREVIA Y DE BUENA FE, LA CONSULTA</p> <p>En la pág. 12 dice: <i>Participación del representante de SEDATU.- Dijo que una vez que se tenga ya definido el trazo de ruta del tren</i></p>

LUGAR	FECHA	OBSERVACIONES Y COMENTARIOS
		En las págs. 12 y 13. Participación del representante de FONATUR, “..... dijo que sobre las parcelas o terrenos que pueden ser afectados ya hay un programa que dará atención a estas personas, sobre los pasos de animales y personas, dijo que se están evaluando las corridas y riesgos para los seres humanos, que se harán estudios sobre la afectación por ruido, medio ambiente, una vez que se detecten los riesgos o afectaciones se empezará a trabajar en las medidas de mitigación, que para ello se harán foros y reuniones con las comunidades, dijo que una vez se tenga el trazo del tren, se evaluará cuál es el mejor mecanismo para asegurar que el paso de los humanos, animales y vehículos sea seguro.....” AL DECIR ESTO SE VIOLENTA LA PROPIA NORMA INTERNA AMBIENTAL, ANTES DE ECHAR ANDAR CUALQUIER OBRA DE INFRAESTRUCTURA, DEBE EXISTIR UNA MIA Y NO EXISTE.
Chichimilá, Chichimila Yucatan	14/12/19	En la pág. 11 se consensa de parte de las autoridades comunitarias presentes: <i>Preservación del medio ambiente: Conocer el impacto social y ambiental del Proyecto, que se envíe por escrito los resultados de los estudios que se hagan.</i> Se pone de manifiesto que NO HUBO INFORMACIÓN PREVIA Y PRECISA, SOBRE EL OBJETO CENTRAL DE LA SUPUESTA CONSULTA
Cobá, Tulum Quintana Roo	15/12/19	En el registro de intervenciones la número 8 dice: <i>“Beatriz Ramírez, subdelegado Municipal de Macario Gómez, lee un comunicado de su comunidad ante la Asamblea, expresa preocupaciones específicas de las afectaciones que causará el Proyecto del Tren Maya, las inquietudes las expresa esperando que las instituciones puedan atenderlas y explicar cada una de ellas.”</i>

Con lo anterior, afirmamos que el gobierno mexicano trastoca los principios que establece el Convenio N° 169 de la OIT, aunque se autonombra como la base o como actor central para implementar el Derecho a la Consulta.

Y si tomamos en cuenta que fue recurrente en las asambleas por parte de los funcionarios de gobierno, señalar que:

Así entonces recordó que en la convocatoria y el protocolo se fijaron los siguientes objetivos:

1. Establecer un diálogo con los pueblos y comunidades indígenas a fin de recibir sus opiniones sobre el “Proyecto de Desarrollo Tren Maya”, y
2. Establecer acuerdos con los pueblos y comunidades indígenas que se encuentran en el área de influencia del Proyecto, respecto de su participación en la implementación de dicho proyecto, así como en la distribución justa y equitativa de los beneficios.

Subrayamos como finalidad central recoger opiniones y sugerencias. Sin embargo, una Consulta, tal y como lo establece el Convenio N° 169, no es para sólo recibir opiniones sobre el proyecto a Consultar, y así lo indica el Convenio N° 169, artículo 6º, punto 2:

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.

Lo cual, como lo expusimos en la tercera parte capítulo IV, no fue así, es decir, las autoridades del gobierno federal ofrecieron la zanahoria por delante, prometiendo a la gente que, si aprobaban el proyecto de desarrollo tren maya, todos sus problemas se resolverían y les llegarían más apoyos gubernamentales, usando estos como gancho para obtener el consentimiento, pero ni libre, ni previo mucho menos, informado

Finalmente, reiteramos, que el Derecho a la Consulta más que un fin en sí mismo es un proceso que tiene la finalidad de cambiar la relación del Estado mexicano con los pueblos indígenas. Relación marcada por una política indigenista que siempre quiso integrarlos sin considerar sus especificidades y la riqueza de sus aportes de pensamiento y obra.

Si el gobierno mexicano sigue insistiendo en tergiversar este derecho, se abre la puerta a que todos y todas sin ser indígenas seamos víctimas del trastocamiento de nuestros derechos. Es decir, que al violentarse los principios de los derechos humanos en aras de facilitar el acceso a bienes materiales y eliminando la posibilidad del diálogo entre saberes, se ponen en riesgo los bienes comunes de la humanidad: agua, aire y ambiente sano en general.

Es importante señalar, que mientras se limita el derecho de propiedad a indígenas y sus pueblos por un bien común que son las Áreas Naturales Protegidas (ANP), por otro lado, de manera hipócrita se promueven proyectos de desarrollo en los que se ponen en riesgo esos mismos bienes (ANP), además de que no se toma en cuenta el derecho que tienen esos pueblos a decidir la forma de desarrollo que quieran, porque se les pone solo una opción, por ejemplo el “Tren Maya”. Es cuando coincidimos con otros estudiosos que señalan que el Derecho mexicano vive una suerte de esquizofrenia (Aragón, 2015) al reconocer, pero no aceptar ni respetar los derechos humanos que promueven la diversidad en todas sus formas, y centralmente la diversidad étnico cultural. El reconocimiento de la diversidad es fundamental, porque en la diferencia y en la alteridad (por contraste con el “otro”) puedo dar cuenta de mi especificidad como individuo y de la necesidad del respeto de la existencia del “otro” con sus

propias formas de vivir y de desarrollarse (que hizo posible el sentido de contraste y por tanto, de mi conciencia de que soy un “otro” también).

5. Conclusiones: vida digna y respeto a la autonomía indígena como condición de cualquier consulta indígena en apego al Convenio N° 169 de la OIT

De acuerdo con nuestra experiencia, podemos decir que existe una constante en los contextos que enmarcan los procesos de consulta que se han implementado en distintos gobiernos en México, tanto en este sexenio como en los anteriores y que está íntimamente relacionada a la relación de años atrás entre el Estado mexicano con los indígenas y sus pueblos.

Esta constante es justamente la desventaja de los indígenas, sus comunidades y pueblos frente al estado mexicano para oponerse a un proyecto o aprobarlo negociando beneficios. Esta desventaja se explica por las condiciones precarias de vida de los indígenas y sus pueblos, que se traducen en demandas de atención a necesidades básicas y elementales de las comunidades en: salud, trabajo, vivienda, alimentación, acceso al agua, resolución de problemas relacionados con la tierra y el territorio (legalización de la tenencia de la tierra o regularización de esta), resolución de conflictos políticos, sociales y económicos en general, etcétera, etcétera, inevitablemente relacionados con la vida digna. Y aunque nosotros podemos decir que están directamente relacionadas con la capacidad de ejercicio autónomo (ya que en la medida en que se resuelvan esas demandas cada comunidad y pueblo podrá estar en mejores condiciones de decidir y pensar su futuro), desde los indígenas, sus pueblos y organizaciones, no lo han planteado de esa manera. De hecho, los amparos presentados en sexenios anteriores contra proyectos y megaproyectos de infraestructura, rara vez, si no es que nunca, vincularon la demanda de vida digna, respeto a sus territorios y pervivencia directamente con el ejercicio de su autonomía.

De esta manera, cuando el gobierno mexicano ha planteado consultas a los indígenas y sus pueblos por proyectos llamados de desarrollo, o extractivos, subyace esa desventaja en el contexto o en la realidad de los indígenas y sus pueblos, lo que de alguna manera plantea una condición previa que debe resolverse antes de ser consultados.

Es decir, una consulta a pueblos indígenas en un escenario donde los indígenas viven en condiciones de precariedad echa por tierra cualquier intento gubernamental de argumentar el respeto a los estándares internacionales, en materia de consulta. Es decir, si no se han resuelto las demandas mínimas de vida digna o de respeto a las tierras y territorios, o de seguridad jurídica sobre ellas, los indígenas sus comunidades y pueblos, estarán en condiciones de desventaja (empobrecidos, fraccionados y sin posibilidades de ejercer una verdadera libre determinación) para poder oponerse/acordar beneficios o negociar sobre estos respecto de cualquier proyecto presentado por el gobierno.

En este tenor está la idea que plantea el Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas en su estudio que concluyó con la Opinión núm. 11 del Mecanismo de Ex-

pertos sobre los pueblos indígenas y el consentimiento libre, previo e informado (ver Naciones Unidas, 2018b: 3):

A. Libre determinación

6. El derecho a la libre determinación es el derecho humano fundamental en que se basa el consentimiento libre, previo e informado e incluye aspectos internos y externos. Históricamente, el derecho a la libre determinación, que tiene sus principios en el movimiento de descolonización, obedecía al propósito de que las naciones y los pueblos subyugados pudiesen recuperar su autonomía, decidir su propio destino, tomar decisiones por sí mismos y controlar sus recursos. De hecho, el derecho a la libre determinación se consideraba un derecho básico que incluía otros derechos de pueblos y naciones a no ser objeto de coacción de ningún tipo, de vivir en dignidad y de ejercer por igual todos los derechos, entre ellos el de ser responsable de su futuro, de ser plenamente informados y de estar en condiciones de rechazar o aceptar libremente ofertas, planes, proyectos, programas o propuestos que afecten a ellos mismos o a sus recursos.

Es decir, si por mucho tiempo los indígenas, sus comunidades y pueblos han sido relegados de una serie de servicios elementales y básicos, al momento que llega el gobierno a plantear una consulta que no contempla las necesidades inmediatas de los indígenas, comunidades y sus pueblos, estos se enfrentan a varias disyuntivas sobre lo que puede significar una Consulta, como:

- la oportunidad de resolver esas carencias ancestrales (por lo que tendrán que decir que Sí, aunque no entiendan bien a bien de qué se trata el proyecto que les someten a consulta), o
- la multiplicación de problemas y ahondamiento de sus carencias (aunque no entiendan bien a bien de qué se trata el proyecto que les someten a consulta)
- o ambas

En los tres casos, esa constante que es una cuestión de contexto histórico, económico, político y social, se vuelve una violación al procedimiento de consulta, porque como sucedió en el caso del *Proceso de Consulta Indígena y Jornada de Ejercicio Participativo Ciudadano sobre el "Proyecto de Desarrollo Tren Maya"*, en ningún momento las autoridades o el gobierno mexicano aclaró a los asistentes que una cosa era atender las demandas ancestrales de atención y resolución de problemas, y otra aprobar o no el proyecto aludido, o bien, que independientemente del resultado, las demandas serían atendidas a cabalidad. Esta circunstancia quedó documentada en videos tomados por los asistentes a las reuniones (llamadas por el gobierno federal, Asambleas) que se realizaron en las distintas fases de ese proceso.

Con lo anterior podemos observar que lo arriba punteado es un condicionamiento sobre la voluntad de los indígenas y sus pueblos sobre las consultas realizadas y a realizarse por el gobierno mexicano.

Estas desventajas y situación de precariedad es importante de tomarse en cuenta al hablar de protocolos propios, o autonómicos o de consulta que elaboren los indígenas y sus pueblos, porque puede suceder que, en el inicio del proceso de elaboración, o en algún momento surja al interior de las comunidades divergencias sobre el propósito de elaborar un protocolo, anticipando una consulta previa (PCPLI) hipotéticamente planteada por el gobierno mexicano en cualquiera de sus niveles: federal, estatal y municipal. Y dadas las condiciones de vida se plantee por parte de los habitantes: ¿Queremos que nos consulten? ¿Cómo? ¿Con ese proyecto hipotético se resolverá nuestra situación de pobreza? ¿Usamos la consulta para resolver esa situación? O bien, que arriben a la convicción de que no hay necesidad de un protocolo ¿simplemente nos oponemos al proyecto? Preguntas que en caso de no presentarse sí se tendrían que plantear para ser discutidas previo a la elaboración del o los protocolos.

De esta manera, en el contexto del *Proceso de Consulta Indígena y Jornada de Ejercicio Participativo Ciudadano sobre el "Proyecto de Desarrollo Tren Maya"*, o supuesta Consulta indígena, podemos señalar que existían condiciones de desventaja de los indígenas consultados, fundamentalmente porque sus demandas de mejora en sus condiciones de vida digna no habían sido resueltas al momento en que se les consultó. De hecho, se denunció en su momento (véase Debate sobre el Tren Maya – Perspectivas en RompevientoTV 10 febrero, 2020), cómo previo a esa consulta, a través de la llamada Caravana del Tren Maya el gobierno federal llevó información a las comunidades indígenas y sus representantes sobre programas de estímulos y apoyos. Y existen videos que dan cuenta de cómo los promotores de esos programas ("sembrando vida", "jóvenes construyendo futuro") decían que llegarían esos apoyos en caso de aprobarse el proyecto de desarrollo "Tren Maya", cuando en realidad son estímulos sociales ya asignados que no dependían ni dependen de tal aprobación.

6. Propuesta de mecanismo para la elaboración de protocolos comunitarios de consulta previa

Con el fin de no errar, la presente propuesta contempla un escenario único o estándar, en que el sujeto, es decir, comunidades indígenas bajo las figuras agrarias de Bienes Comunales, Ejidos y/o pequeñas propiedades, que están plenamente convencidas de la necesidad de contar con un instrumento que normen su vida interna y dinámicas de relación con el exterior, ejerciendo su derecho a la libre determinación como expresión de la autonomía.

Ahora bien, en el contexto del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas de México: se buscaría que tales estatutos quedaran inscritos en el RAN, como acción afirmativa de lo normado en el Artículo 2º de la CPEUM, a fin, pero no menos válido, de que no quedaran solo para consumo interno, como es el caso de los municipios autónomos del EZLN. ¿O quizá que algún organismo de control de la ONU en DDHH los registrará?

PASOS

1º paso. Se cuenta con el consentimiento previo, libre e informado de por lo menos el 50% más 1 de los pobladores, personas adultas de la comunidad (independientemente si son o no comuneros o ejidatarios legalmente reconocidos), para regular su vida interna y forma de relacionarse con el Estado y la sociedad nacional. Se realizarán talleres de sensibilización e información sobre derechos humanos, derechos de los indígenas y sus pueblos y el Derecho a la Consulta, para lograr ese consentimiento previo, libre e informado.

2º paso. Las autoridades comunitarias y/o el Comisariado y Consejo de Vigilancia de los Bienes Comunales o Ejido, somete a votación de la Asamblea General de pobladores, los siguientes puntos:

- a. Acuerdo de elaboración de un borrador de Estatuto Comunal, para una vez concluido sea sometido a proceso de consulta para su aprobación y apropiación.
- b. Propuesta de metodología para la elaboración del Estatuto.
- c. Elección de un grupo de trabajo de comuneros y comuneras que guiarán la elaboración del Estatuto.
- d. Presentación y aceptación del equipo asesor de acompañamiento para elaborar el Estatuto.

3º paso. Una vez obtenido el acuerdo de la Asamblea, plasmado en Acta de Asamblea, se reunirá: el Grupo de Trabajo Comunitario junto con las autoridades indígenas comunitarias, el Comisariado y Consejo de Vigilancia y, Equipo Asesor de Acompañamiento, quienes se encargarán de elaborar el borrador del Estatuto:

- a. Diagnóstico Comunitario. Se hará uno inicial para abundar posteriormente.
- b. Guía metodológica (pasos, cómo hacer, ruta crítica y línea de tiempo)
- c. Tiempos y ruta de elaboración del estatuto (elaboración de cronograma)
- d. Capacitación del Grupo de Trabajo Comunitario.

4º paso. Ejecución de cada uno de los puntos a saber:

- a. Capacitación del Grupo de Trabajo Comunitario:
Tres talleres de tres días por tema:
 1. El movimiento indígena en México y América Latina, por sus Derechos fundamentales.
 2. Protocolos autonómicos en Latinoamérica.
 3. Andamiaje legal mexicano en materia Agraria, Penal, Ambiental y de Derechos Humanos

4. Andamiaje legal internacional sobre los DESCAs y sobre Pueblos Indígenas.
 - b. Guía metodológica.

Un taller de 2 días para la construcción de la guía metodológica para la elaboración del Estatuto.
 - c. Tiempos y ruta de elaboración del estatuto.

Un taller (2 días) para construir los tiempos y la ruta de la elaboración, consulta y aprobación del estatuto comunitario.
 - d. Diagnóstico Comunitario.

Un taller para la elaboración de un primer diagnóstico comunitario (borrador) abordando entre otros temas:

 - Auto adscripción.
 - Historia de la lucha por los derechos agrarios y otros derechos (salud, alimentación y territorial).
 - Mapeo de actores internos y el papel que han jugado cada uno en la historia de la comunidad.
 - El papel que han jugado las mujeres, los ancianos y los jóvenes.
 - Demandas, logros y pendientes.

5º paso. Informar sobre los contenidos de la propuesta de Estatuto

- a. Elaboración de la ruta para ponerlo a consulta (tiempos)
- b. Exposición del Estatuto en Asamblea (esta podrá determinar si es necesario pasar la a una consulta más concreta/aterizada por colonias, rancherías o asentamientos según la organización de la comunidad).
- c. Correcciones y agregados que se hayan sugerido en la consulta.

6º paso. Aprobación y acordar en donde se registra o no el Estatuto

Asamblea general de pobladores, conforme a sus formas internas, para aprobar el Estatuto y acordar si se registra o no el Estatuto. ○

Referencias

- Barreda, A. (2016):** Juicio al Estado mexicano por la violencia estructural causada por el libre comercio. Audiencia Final del Capítulo México del Tribunal Permanente de los Pueblos: libre comercio, violencia, impunidad y derechos de los pueblos (12 al 15 de noviembre de 2014). Sentencia, fiscalías y relatorías. México: Editorial Itaca
- Cruz Rueda, E. y Santana E. (2013):** ¿Reconocimiento jurídico de la diversidad cultural sin ejercicio de derechos? *Revista Pueblos y frontera digital*, Vol. 8, Nº 6, 218-255.
- Cruz Rueda, E.**
2008 Mecanismos de consulta a los pueblos indígenas en el marco del convenio 169 de la oit: el caso mexicano. *Pueblos y Fronteras Digital*, Nº 5. Recuperado de http://www.pueblosyfronteras.unam.mx/index_n5.html

- 2009 *Mecanismos de consulta a los pueblos indígenas en el marco del Convenio 169 de la OIT*. En: Sánchez, E. (ed.) (2009). *Consulta Previa. Experiencias de Aprendizaje*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia y Agencia Nacional de Hidrocarburos.
- 2011 Eólicos e inversión privada. El caso de San Mateo del Mar, en el Istmo de Tehuantepec Oaxaca. *Journal of Latin American Anthropology*, Vol. 16, Nº 2, 257-277.
- 2014 *Derecho indígena: dinámicas jurídicas, construcción del derecho y procesos de disputa*. México: Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH), Consejo Nacional para la Cultura y las Artes (CONACULTA).
- 2018 *Derecho indígena: dinámicas jurídicas, construcción del derecho y procesos de disputa*. México. Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH), Consejo Nacional para la Cultura y las Artes (CONACULTA). México
- 2019a El derecho indígena como impulsor del pluralismo jurídico en el derecho mexicano. *Diálogo Andino*, Nº 59, 131-142.
- 2019b *Reforma energética/estructural, nuevo Estado de derecho, nuevo plan de negocios y resistencias: dos casos en la península de Yucatán, México*. In: Duarte B., Ixkic, A. y Jairath, V. (coords.) (2019). *Conflictos y resistencias: energía y conflictividad socioambiental en México*. México: Universidad Autónoma del Estado de Morelos y Miguel Ángel Porrúa.

Comisión Nacional de Areas Protegidas (2020): *Mapas de las Áreas Naturales Protegidas*. Recuperado de: http://sig.conanp.gob.mx/website/pagsig/mapas_serie.htm

Chambers, I. (1997): *Retos y perspectivas del derecho indígena en América Latina*. In: Gómez, M. (2009) *Derecho indígena*. México: Instituto Nacional Indigenista/Asociación Mexicana para las Naciones Unidas.

Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas

- 2019a *Documentos diversos sobre el proceso de Consulta y participación ciudadana sobre el proyecto de Desarrollo Tren Maya*. Recuperado de: <https://www.gob.mx/inpi/es/documentos/convocatoria-al-proceso-de-consulta-indigena-sobre-el-proyecto-de-desarrollo-tren-maya?state=published>
- 2019b *Proceso de Consulta Indígena y Jornada de Ejercicio Participativo Ciudadano sobre el "Proyecto de Desarrollo Tren Maya"*. Recuperado de <https://www.gob.mx/inpi/articulos/convocatoria-al-proceso-de-consulta-indigena-y-jornada-de-ejercicio-participativo-ciudadano-sobre-el-proyecto-de-desarrollo-tren-maya>

Naciones Unidas

- 2003 *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Misión a México. Derechos humanos y cuestiones indígenas*. Comisión de Derechos Humanos ONU. Ginebra. Recuperado de http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=133:informe-del-relator-especial-sobre-la-situacion-de-los-derechos-humanos-y-las-libertades-fundamentales-de-los-indigenas-sr-rodolfo-stavenhagen-mision-a-mexico-2003&catid=17&Itemid=278
- 2018a *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a México*. Victoria Tauli-Corpuz. A/HRC/39/17/Add.2. (28 junio 2018). Recuperado de: <https://undocs.org/es/A/HRC/39/17/ADD.2>
- 2018b *Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Consentimiento libre, previo e informado: un enfoque basado en los derechos humanos*, A/HRC/39/62 (10 de agosto de 2018). Recuperado de: <https://undocs.org/es/A/HRC/39/62>.

Muñoz, N. (2018): Violación del derecho a la consulta indígena: siembra de soya transgénica en comunidades mayas del estado de Campeche, México. *Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas RICSCH*, Vol. 7, Nº 13, 51-71.

Pérez, M. y Villamar, A. (2003): No todos los indigenismos son iguales. *México Indígena*, Vol. 2, Nº 4, 14-24.

RompevientoTV

10 de febrero 2020

Debate sobre el Tren Maya – Perspectivas. Recuperado de: <https://www.rompeviento.tv/debate-sobre-el-tren-maya-perspectivas/>

26 de febrero 2020

Calakmul: el amparo contra el Tren Maya. Recuperado de: <https://www.rompeviento.tv/calakmul-el-amparo-contr-el-tren-maya/>

CAPÍTULO 9

ESTUDIO DE CASO SOBRE PROTOCOLO AUTÓNOMO DE CONSULTA INDÍGENA EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA: PERÚ

Frederica Barclay

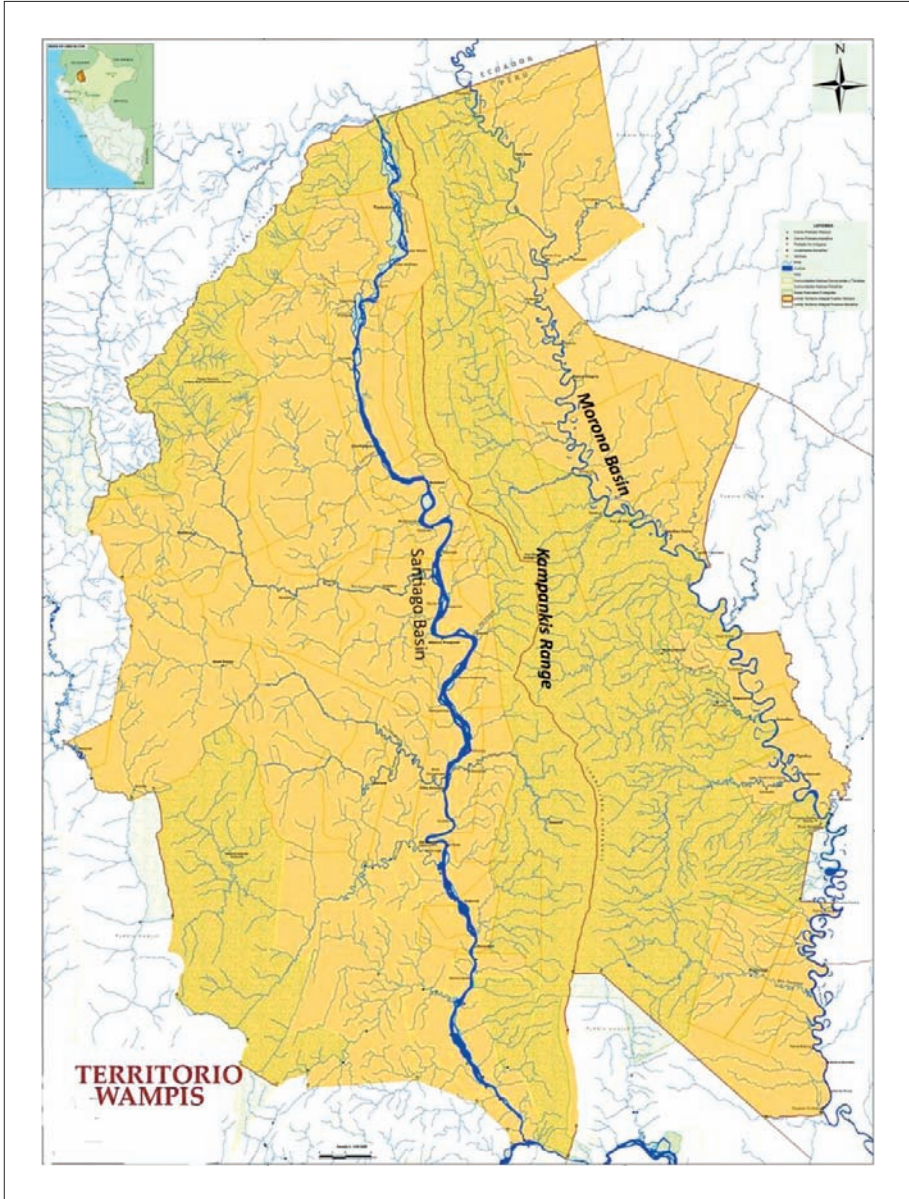
Introducción

En el Perú, la Nación Wampis es el único pueblo originario que, bajo el formato de protocolo de consulta previa, ha propuesto formalizar un instrumento que establezca las condiciones mínimas bajo las cuales pueda ser consultado como pueblo, estableciendo las garantías que considera necesarias de cara a propuestas de expedición de normas, planes o proyectos que pudieran afectar sus derechos. La construcción de este protocolo ha sido autorizada por el órgano máximo del Gobierno Territorial Autónomo de la Nación Wampis bajo el mandato de encuadrarse dentro del Estatuto del Gobierno Territorial Autónomo de la Nación Wampis - GTANW y de respetar los principios fundamentales consagrados en este. En lo que sigue se presentan los antecedentes históricos de la nación Wampis que marcan su relación con el Estado peruano, el contexto en el que se propuso desarrollar un protocolo propio de consulta y su enfoque enmarcado en su visión de pueblo y propósito de reconstruir su autonomía.

1. Aspectos generales de la Nación Wampis y su Gobierno Territorial Autónomo

La Nación Wampis constituyó su Gobierno Territorial Autónomo en noviembre del 2015. Al hacerlo promulgó su Estatuto a manera de constitución interna, la cual reconoce que sus miembros son ciudadanos peruanos. A continuación notificó a los poderes del Estado peruano que estaban actuando en ejercicio de su derecho a la autodeterminación. Desde entonces, la Nación Wampis y su Gobierno Territorial Autónomo han ido desarrollando diversos otros instrumentos internos, a manera de pactos sociales, entre los distintos segmentos de la población Wampis (mujeres, jóvenes, personas mayores consideradas sabias) y han

Mapa 1 – Territorio Wampis



ido construyendo una política de relacionamiento con el Estado peruano que procure una forma de vinculación “positiva”, dialogante y de respeto.

La población de la Nación Wampis ha sido estimada en algo más de 15.000 habitantes¹ que habitan en 85 localidades distribuidas en el territorio Wampis, el cual abarca 1.327.000 ha. Este territorio comprende dos cuencas que corren paralelas de norte a sur desde la frontera con el Ecuador, enlazadas entre sí a su vez por la cordillera Kampankias. En la parte oeste de este territorio se encuentra la cuenca del río Kanus o río Santiago, que corresponde al distrito de Río Santiago (provincia Condorcanqui, Región Amazonas). Al este, la cuenca del Kankaim o río Morona (distrito Morona, provincia Datem del Marañón, Región Loreto). La cordillera Kampankias se eleva 1.435 m. sobre las tierras bajas adyacentes y de ella nacen numerosos cauces de agua que alimentan tanto el Kanús como el Kankaim (Pitman, N. et. al., 2012: 28). Hoy en día la mayor parte de la población Wampis se concentra en áreas ribereñas pero existen asentamientos en las estribaciones de Wichinkat Mura (Cordillera del Cóndor²) y en tramos medios de afluentes izquierdos del Kanús. Entre las cuencas de Kanus y Kankaim existen caminos, ancestralmente utilizados por la población.

Los Wampis forman con los Awajún, Achuar y Shuar lo que la literatura antropológica y etnohistórica conocen como el conjunto jívaro, los miembros del cual comparten una tradición cultural y lingüística; sus territorios tradicionales formaban un bloque extenso al norte del Perú y al sur del Ecuador.³

En la era colonial el área estuvo temprana y casi nominalmente bajo la jurisdicción de la Gobernación de Bracamoros, área que alcanzó notoriedad e interés para la Corona española debido a la presencia de yacimientos de oro.⁴ En este ámbito se establecieron encomiendas, mecanismo empleado para forzar al trabajo a los indígenas “encomendados”, particularmente en la sección norte de este bloque (Shuar). Pocas décadas más tarde, en 1599, los pueblos de tradición jívaro se confederaron para expulsar a los encomenderos españoles que se habían asentado en diversas “ciudades”, como se llamaba a estos asentamientos, solo una de las cuales se ubicaba en lo que hoy es el territorio Wampis (Santiago de las Montañas). De esa acción y sucesivos levantamientos los Wampis ganaron, con el resto de pueblos jívaro, una reputación de grandes guerreros, la misma que ya la crónica de Garcilaso de la Vega les había atribuido al reseñar la derrota inca en su intento de penetrar al territorio aurífero.⁵ Casi al final de la era colonial (1808) el área pasó de pertenecer, también nominalmente, de la Audiencia de Quito al Virreinato del Perú. En los mapas coloniales los Wampis figuran principalmente con los nombres de Guiarra, Jívaro y más adelante como Huambises.

1 El último censo nacional (2017) estableció una población Wampis censada en comunidades de 10,530 habitantes, pero un muestreo censal realizado en el 2019 por el GTANW verificó una subestimación significativa de población en al menos tres comunidades. Por otro lado, aunque el censo presenta un listado de los asentamientos Wampis que tiene registrado el Ministerio de Cultura, no se ha publicado el de las localidades censadas.

2 Que los Awajun denominan Ichigkat Muja.

3 Hoy en día algunos sectores Shuar, del Ecuador, se oponen a la caracterización de este conjunto transfronterizo como “jívaro/jíbaro” (Deshoullièrey Utitaj, 2019). **El GTANW no ha tomado posición pública al respecto.**

4 El tramo norte se inscribió en la llamada Gobernación de Yahuarzongos.

5 Para los Wampis y Awajún es importante también la referencia a su resistencia a la penetración del reino costeño mochica que figura en su tradición oral.

En la era republicana, la frontera norte fue motivo de litigio permanente entre Perú y Ecuador. La situación permaneció sin cambios substantivos y con roces y enfrentamientos periódicos con extractores y militares, hasta que un enfrentamiento armado (1941) llevó a que se firmara un Protocolo de Paz y Amistad. El subsiguiente rechazo de parte de Ecuador de este acuerdo fronterizo –debido a que poco tiempo después se llegó a establecer que la frontera internacional había sido mal delimitada por desconocimiento de la geografía local–precisamente en las cabeceras peruanas del río Kanus en territorio Wampis, llevó a que Perú estableciera de forma permanente algunos campamentos militares y líneas de abastecimiento en esta área. Una década más tarde el gobierno invitó a misioneros católicos y evangélicos a asentarse en esta zona de frontera y les delegó la tarea de establecer escuelas primarias. Fue en este período que se atribuyó a los Wampis y ellos adoptaron la denominación “Huambisa” que es una castellanización del término wampis que refiere a pez escurridizo, difícil de atrapar, habilidad muy importante en la guerra.

Aunque a fines del siglo XIX en la región se habían establecido temporalmente extractores de shiringa, para los Wampis las medidas gubernamentales post conflicto bélico fueron el inicio del relacionamiento institucional con el Estado peruano, a través del ejército y de misioneros católicos y evangélicos.⁶ La existencia del diferendo fronterizo contribuyó a que el Estado solo hiciera esporádicos esfuerzos de promover la colonización en territorio Wampis, lo que les permitió no tener que enfrentar grandes oleadas de colonos en su territorio. Confederados con los Awajun para formar el Consejo Aguaruna Huambisa – CAH en 1977, pronto los Wampis tomaron conocimiento del nuevo marco legal que permitía la inscripción de comunidades nativas como personas jurídicas y la obtención de un título legal de tierras comunales según la legislación de 1974.⁷ Para ello reconvirtieron tramos del territorio tradicional en comunidades, que de acuerdo a la ley pasaron a tener autoridades reconocidas por el Estado peruano.

La estrategia Wampis fue gestionar títulos comunales a lo largo de las orillas de los ríos. Con ello lograron legalizar a lo largo de cuatro décadas 448,328 hectáreas en áreas mayormente continuas. Las tierras más altas e interiores, incluyendo la cordillera Kampankias, que estaban igualmente bajo control de los Wampis, quedaron mayormente fuera de los títulos en razón de que a partir de 1978 dejaron de ser consideradas susceptibles de ser tituladas.⁸ En las décadas siguientes se hizo evidente que no se titularía las áreas interiores solicitadas por los Wampis como “reservas”. Peor aún la reforma constitucional de 1993 eliminó las garantías de inalienabilidad e inembargabilidad a las tierras comunitarias. Esta fue la primera señal de alarma.

6 Ya antes de la guerra se había establecido un campamento militar en la boca del Kanus y la presencia y abusos de los militares habían sido objeto de fuertes fricciones y conflictos con los militares (Clark, 2001: 225). El distrito Morona, entonces perteneciente a la provincia de Alto Amazonas en Loreto, fue creado en 1943, mientras que el distrito de Río Santiago como tal fue creado recién en 1984.

7 Los Wampis dejaron de participar en el CAH en la década de 1990.

8 En razón de su clasificación según la ley de comunidades nativas de 1978 como tierras con aptitud mayor forestal o de protección. Las nuevas demarcaciones designaron a estas áreas como propiedad de Estado cedidas en uso a la comunidad.

Poco después, a menos de un año de que Perú ratificara el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1994), la llamada “Ley de Tierras” (Ley 26505) del gobierno de A. Fujimori (1995), dejó en claro la intención de terminar de socavar el régimen establecido para las tierras de pueblos originarios, a través del plan de crear un mercado de tierras en la amazonía y licitar las áreas que el Estado consideraba eriazas, así fueran parte de los territorios tradicionales.

En ese contexto diversos pueblos de la Amazonía norte discutieron la importancia de delimitar sus “territorios integrales” ante la evidencia de un proceso de regresividad de derechos.⁹ En el caso de los Wampis, dicha auto delimitación se hizo tanto más imperativa porque tras la firma del nuevo acuerdo de paz Perú-Ecuador la visión geopolítica del Estado para la región de frontera se modificó al punto de permitir concesiones a favor de terceros.¹⁰ La más clara señal de ello fue la delimitación por el Estado de la “Zona Reservada Santiago-Comainas” que fue superpuesta a territorios titulados y no titulados, incluyendo la Cordillera Kampankias que los Wampis reclaman como territorio ancestral.¹¹ Mediante esta medida, se pretendía que el destino de dichas áreas fuera definido por el Estado y no por sus ocupantes y propietarios ancestrales.

A continuación, la nueva agenda estatal para la región amazónica se plasmó en la conversión de poco menos del 50% del área designada de común acuerdo con el Estado, en la Cordillera del Cóndor, como zona de máxima protección ecológica en apta para otorgamiento de concesiones mineras (IWGIA, 2009).¹² Esto a su vez desató una fiebre de concesiones mineras en la margen izquierda del río Kanus.¹³

Otras amenazas sobre territorio Wampis se materializaron en la misma época. En 1995 se superpuso a los territorios Wampis y Achuar, en la cuenca del Morona, el lote 64, cuando ya estaba vigente el Convenio N° 169 de la OIT.¹⁴ La resistencia a la operación de este lote ha sido constante a lo largo de dos décadas. Así mismo, al oeste de esta área, en el año 2006 se superpuso a territorio Wampis (y Awajún) el lote petrolero 116 que afecta tanto a la cuenca del

9 En 2008 la Municipalidad Provincial de Datem del Marañón formalizó la Ordenanza N° Ordenanza Municipal N° 012-2008-MPDM *Establecen procedimiento autónomo de ordenamiento y zonificación territorial para los pueblos indígenas de la Provincia Datem del Marañón.*

10 He argumentado que la firma del acuerdo de paz se reflejó en la ruptura del “pacto” del Estado con los Wampis y Awajún (Barclay, 2019).

11 Ver referencias más adelante en relación con el tema de consulta. Dos años más tarde el gobierno redefinió el área reservada al crear áreas naturales protegidas pero dejó a Kampankias dentro de la zona reservada pendiente de categorización.

12 El proceso es relevante para la discusión wampis sobre la consulta, como se verá más adelante.

13 Una sentencia (2019) en primera instancia ante una demanda por omisión de consulta por las concesiones mineras en el área resultó en la anulación de éstas. La sentencia ha sido apelada por el Estado (Acción de Amparo ante el 10mo Juzgado Constitucional Expediente 14037-2013-0-1810-JR-CI-10).

14 Tras una sucesión de cambios en los titulares de la concesión y ante la abierta oposición liderada por los Achuar en el 2001, el concesionario abandonó el lote. Sin embargo, este fue objeto de un nuevo contrato con el Estado peruano en el 2003, el cual fue nuevamente abandonado en respuesta a la resistencia indígena; estando actualmente el lote en manos de una empresa a la que se ha denegado aprobación de su estudio de impacto ambiental. La oposición de los Wampis y Achuar al lote resulta del conocimiento que se tiene de los impactos ambientales y sociales y de las maniobras divisionistas de las sucesivas empresas

Kanus como a la del Kankaim y que a su vez se superpone a la Reserva Comunal Tuntanain. Casi en paralelo, una serie de propuestas legislativas y normas promulgadas entre el 2006 y el 2008 dieron lugar a activas y sostenidas protestas de las organizaciones indígenas amazónicas en todo el país y en junio del 2009 resultó en el denominado Baguazo.¹⁵

Este contexto, que refleja un progresivo deterioro de las garantías para la integridad territorial, una creciente preocupación por los fuertes impactos sociales y culturales internos y por los impactos en la gestión del territorio, llevaron a los Wampis a tomar la decisión de dar nuevos pasos para implementar la recuperación de la autonomía de la que en diversos contextos se venía hablando.¹⁶ Fue tras un debate prolongado acerca de los futuros arreglos institucionales y aspiraciones que, como se ha dicho, la nación Wampis se dotó de un estatuto y proclamó su Gobierno Territorial Autónomo en noviembre del 2015.

2. La consulta previa en el Perú

El caso peruano destaca por la decisión del Estado, aunque tardía, de promulgar una ley de consulta antes que ninguno de los demás países de América Latina.

Como se sabe, después de haber entrado en plena vigencia el Convenio N° 169 de la OIT en el Perú,¹⁷ sucesivos gobiernos democráticos y no democráticos optaron por no implementar el derecho a la consulta y consentimiento previo libre e informado, a pesar de que aquel tiene rango constitucional. Primero haciendo caso omiso de la obligación, y luego alegando que para ello se requería desarrollar una ley.¹⁸ El momento de necesidad inequívoco para promulgarla fue después del “Baguazo”.¹⁹

Este acontecimiento puso al Perú ante el atento escrutinio del sistema de Naciones Unidas. De inmediato el Relator Especial James Anaya realizó una visita de emergencia e instó al gobierno a implementar este derecho; la misma invocación hicieron otros órganos como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) (2009) y el Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (2009).²⁰ La masiva protesta indígena amazónica se había producido por la emisión inconsulta de varias leyes que afectaban profun-

15 Sobre el Baguazo existe una amplia literatura publicada. El documento más exhaustivo es el Informe en Minoría de la Comisión Especial para Investigar y Analizar los sucesos de Bagua de abril del 2010, de J. Manaces y C. Gómez Calleja, disponible en <https://amazonwatch.org/documents/bagua-minority-report.pdf>.

16 Para un análisis del proceso de implementación de la autonomía Wampis: Noningo, S. y Barclay, F. “Camino de la Autonomía de la Nación Wampis” (en prensa 2020).

17 Ratificado en 1994 y en vigencia desde 1995.

18 En el 2018 una sentencia del Juzgado Constitucional N° 4 de Lima (Expediente 3236-2014) estableció que en el Convenio existían “lineamientos claros y suficientes” para la aplicación de la obligación de consulta.

19 Todos los estudiosos de los procesos organizativos y derechos indígenas coinciden en que fueron los acontecimientos del 5 y 6 de junio de 2009 los que determinaron que el gobierno y el Congreso asumieran como inevitable la elaboración de una Ley de Consulta.

20 El Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) hizo diversos señalamientos al Perú al respecto y lo urgía a aplicar la consulta previa. Observó también que en más de 10 años Perú no había presentado ningún reporte.

damente las garantías territoriales sin que se hubiera intentado consultarlas, y se agravó cuando el Congreso se negó a derogar dos de los más graves decretos-ley inconsultos habiéndose comprometido a ello. En ese momento la demanda de consulta se había convertido en un clamor, el cual alineó a todas las organizaciones indígenas detrás del objetivo de conseguir derogar las normas inconsultas y demandar la implementación del derecho al consentimiento.

Así y todo, cuando bajo presión internacional y de las organizaciones indígenas, el gobierno peruano convocó al Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos, el Estado arrastró los pies en este tema a pesar de que tanto la Defensoría del Pueblo como la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana - AIDSESEP presentaron propuestas para una ley marco.²¹ En la Mesa 3 del Grupo Nacional participaron varios líderes indígenas vinculados más tarde al surgimiento del GTANW, lo mismo que en las Comisiones del Congreso en las que se discutieron varios proyectos y donde el Ejecutivo observó todos los temas de fondo.²²

La Ley de Consulta Previa (Ley N° 29.785) fue promulgada en el año 2011 y su Reglamento publicado en el 2012 (DS 001-2012-MC). De inmediato la ley se convirtió en el mascarón de proa que pretendía simbolizar que el Perú estaba a la altura de sus compromisos internacionales. Es notorio que ambas normas no siguieron la insistente recomendación de la Defensoría del Pueblo hecha desde el 2008 que reiteró que las consultas eran “procesos” y “no simples actos”.

La versión aprobada de ambas normas dejó en claro que las consultas no buscaban el consentimiento porque a final de cuentas establecía que quien tomaría la decisión acerca de cómo plasmar el resultado del diálogo sería el Estado, aun cuando el Art. 15 establece que *“Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial”*. Ante esto resulta difícil entender cómo un mecanismo de diálogo pensado para garantizar los derechos colectivos puede terminar en una decisión unilateral que no esté obligada a considerar lo que el Estado no quiere tomar en cuenta y sin que nadie pueda vigilar si guarda “armonía” con lo expresado por los pueblos indígenas en caso no se llegue a un acuerdo con el Estado durante el proceso de consulta.²³ Para los pueblos indígenas esta es la evidencia más clara de que la norma de consulta, que pregona la “buena fe” del Estado, no responde a ella.

Sobre las otras falencias de la ley de consulta previa y su reglamento y las brechas respecto de los estándares internacionales se ha escrito abundantemente lo mismo que acerca

21 AIDSESEP había encargado al abogado Pedro García Hierro preparar una propuesta, la cual estuvo lista en agosto del 2009. Esta propuesta señalaba “La presente Ley establece un marco normativo orientado a facilitar el cumplimiento del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, consagrado en el Convenio N° 169...”.

22 Ver INFORME N° 011-2009-DP/AMASPP1-PPI de la Adjuntía de Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas de mayo del 2009.

23 En su comentario a la autografía de ley que Congreso preparó para la aprobación de la Ley de Consulta el Poder Ejecutivo señaló como “Primera Observación: La Autografía de Ley debe consignar de manera expresa que si no se logra el acuerdo o consentimiento al que hace referencia, ello no implica que el Estado renuncie al ejercicio del *Ius Imperium* pues ello supondría la dispersión del carácter unitario y soberano de la República” (Oficio N° 142-2010-2010_DP/SCM del 21 de junio 2010 que firma el Presidente A. García y su Primer Ministro; énfasis en el original).

de su aplicación.²⁴ Las principales críticas apuntan a su carácter burocrático que anula la posibilidad o voluntad de diálogo, las definiciones unilaterales acerca de qué consultar y qué no, a quién y cuándo, la calificación de los traductores, lo mismo que a la forma de implementación de los procesos, los que ya suman medio centenar.²⁵

En muchos si no todos los procesos los consultados han llamado la atención también sobre la mala fe manifiesta en la falta de información adecuada o suficiente como para poder establecer la afectación potencial y las medidas que podrían requerirse, el manejo de los plazos, el deficiente rol de ente rector que debería ser garante de derechos, etc. En varios casos se han requerido medidas de fuerza e incluso denuncias por parte de los consultados, sea porque se impidió la participación de legítimas partes interesadas al arrogarse el Estado la atribución de definir quiénes son los afectados desde un criterio que fragmenta a los pueblos, la información fue insuficiente o sesgada. En algunos casos, a pesar de la existencia de un mecanismo de insistencia de petición de consulta previsto en el Reglamento se ha impedido su realización por razones administrativas que no se condicen con el criterio de afectación.

No resulta exagerado decir que la mayor parte de las veces las comunidades consultadas no han sido informadas adecuadamente acerca de lo que será materia de la consulta (tal como lo haya definido la dependencia estatal respectiva) y cuándo, o si llegan a un “acuerdo” producto de la etapa de diálogo, ellas no están seguras acerca de las obligaciones que adquiere el Estado para garantizar sus derechos. Con frecuencia, tras la consulta, los consultados no están seguros de si lo que establece la formulación del acuerdo en el acta se corresponde a lo que mínimamente aspiraban.

3. La consulta previa, consentimiento y la nación Wampis

Una reciente publicación sobre protocolos indígenas de consulta previa analiza el caso de la Nación Wampis basado en un estudio preliminar realizado en el 2018. En su artículo C. Doyle y T. Okamoto (2019) anotan que el Estatuto del Gobierno Territorial Wampis establece, por sí mismo, los criterios para la realización de consultas previas al instituir las condiciones para el ejercicio de sus derechos colectivos y afirmar la voluntad de la Nación Wampis de ejercer su autonomía como expresión del derecho a la autodeterminación. Es decir que el Estatuto Wampis ya define los temas de fondo respecto de los procesos de consulta o más bien, de la relación entre la nación Wampis y el Estado peruano, a partir de la afirmación del derecho a la autodeterminación. El Estatuto es un documento interno del que la Nación Wampis se dota para declarar sus derechos, obligaciones y principios, y para regular la forma en que se toman decisiones sobre los asuntos colectivos y se asegura la gobernanza socio ambiental para asegurar la continuidad del colectivo, su territorio y su cultura.

24 Ver por ejemplo la muy recomendable publicación: Leyva, A. (2018). *Consúltame de verdad. Aproximación a un balance de la consulta previa en el Perú en los sectores minero e hidrocarburífero*. Lima: Cooperación / Oxfam. Disponible en <http://cooperacion.org.pe/wp-content/uploads/2018/07/Consultame-de-verdad.pdf>

25 El estado de los procesos puede ser consultado en <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/>

Ya que la consulta ha sido concebida en el marco internacional como un mecanismo que viabiliza el ejercicio de los derechos colectivos, no es extraordinario que el Estatuto se refiera a un aspecto central también para el ejercicio de la autonomía. Cabe recordar que el Estatuto Wampis fue construido con posterioridad a la promulgación de la Ley de Consulta peruana y su Reglamento, y después de que dichas normas hubieran empezado a ser aplicadas. De ahí que no sea sorprendente que aquel tome una postura clara en relación a las condiciones establecidas por el Estado peruano para la realización de las consultas.

La Nación Wampis no ha estado involucrada en ningún proceso de consulta bajo el mandato de la Ley N° 29.785 y su Reglamento.²⁶ Sin embargo sus autoridades y miembros conocen diversas experiencias con pueblos del país y los tortuosos derroteros que han resultado de los acuerdos de los procesos de consulta con otros pueblos. Conoce también la experiencia de pueblos que reclaman el derecho a no ser consultados contra su voluntad. Pero tiene también experiencia significativa en procesos de diálogo en los que el Estado ha mostrado mala fe, o al menos la cúpula que toma decisiones.

Su experiencia de diálogo con el Estado más frustrante es probablemente la que giró en torno a la creación de áreas naturales protegidas en un sector que comprende territorios Awajun y Wampis, caso al que se ha hecho referencia en el acápite anterior. Este diálogo estuvo sostenido por la experiencia previa de los pueblos y el mandato del Convenio N° 169 con el fin de llegar a un acuerdo consensuado. Se realizó antes de la promulgación de la Ley de consulta con INRENA (hoy SERNANP) bajo el mandato del Código del Medio Ambiente que obligaba a la participación ciudadana de los pueblos indígenas en relación a la creación de áreas naturales protegidas. El contexto era el de la “categorización” mencionada de un amplio segmento territorial de estos pueblos como consecuencia de la solución de la controversia fronteriza con Ecuador. Bajo la presión de las organizaciones Awajun y Wampis esta categorización hubo de realizarse con participación de ambos pueblos.

El diálogo se centró en las condiciones para la creación de un Parque Nacional en la Cordillera del Cóndor en territorios indígenas. El área protegida permitía sellar la frontera con Ecuador, que quedó establecida en 1997, apelando a una fórmula discutida a nivel binacional y también entre pueblos indígenas del Perú y Ecuador. A los Wampis y Awajun les interesaba resguardar esta zona que es cabecera de cuenca de los ríos Santiago, Comaina y Cenepa de la intrusión de empresas y extractores de oro. A cambio de ello estaban dispuestos a ceder la administración del área al Estado a condición de la aplicación de la categoría de parque nacional, la más garantista frente a amenazas de ocupación y extracción.

Después de un largo proceso de diálogo que duró 4 años, en el que se cuidó de redactar y hacer públicas las actas de acuerdos y compromisos, el gobierno de A. García

26 Aun cuando erróneamente la Base de Datos del Viceministerio de Interculturalidad señala que “viene participando de dos procesos de consulta previa respecto del lote de hidrocarburos 192 y de la propuesta de categorización de la Zona Reservada Sierra del Divisor como Parque Nacional”. Ver <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/>

observó el plan maestro acordado con los Awajún y Wampis para permitir el ingreso de una empresa minera (IWGIA, 2009).²⁷

Aún si este diálogo y subsecuente acuerdo no se enmarcaron en la ley de consulta, para los Wampis y Awajún este proceso llevado a cabo con autoridades estatales, bajo la inspiración del Convenio N° 169, había constituido un proceso de diálogo con toda formalidad destinado a alcanzar acuerdos vinculantes. Por eso estos pueblos denunciaron el desconocimiento de los acuerdos y tuvieron activa participación en las protestas del 2008 y 2009 (Ibíd.; Manacés y Gómez, 2010).

4. La opacidad del Estado peruano en materia de derechos y pueblos indígenas

La Ley de Consulta Previa peruana es el instrumento mostrado a la comunidad internacional, a los pueblos indígenas originarios y la sociedad civil como señuelo de su compromiso con los derechos de los pueblos indígenas. Más allá de las falencias de la ley y su aplicación, señaladas por diversos analistas y organizaciones indígenas (ver arriba), cabe resaltar la opacidad²⁸ que caracteriza al Estado peruano en materia del tratamiento de los pueblos indígenas y sus derechos, la que se manifiesta en la apariencia de adherencia a las normas y jurisprudencia del sistema internacional, al tiempo que glosas antojadizas, normas de menor rango y prácticas recurrentes limitan su implementación a través de “interpretaciones auténticas”.²⁹ Esta opacidad, evidentemente responde al interés de promover las actividades extractivas.³⁰

Así, la Ley de Consulta previa recoge del Convenio N° 169 el empleo de “pueblos indígenas u originarios” para establecer en su artículo 5^o quiénes son los titulares del derecho.³¹ Sin embargo, en la práctica, el Estado peruano desconoce a los pueblos indígenas como sujetos de derecho. Eso sí, se guarda de decir que no existen o de denegar derechos acordados internacionalmente. En paralelo, desde la expedición de la Ley de Consulta la expresión pueblos

27 El área acordada para el Parque Nacional abarcaba 152,873.76 has y quedó reducida a 88,477.00 has. El malestar compartido por los Awajun y Wampis abonó la protesta indígena que se puso de manifiesto en las protestas del 2008 y 2009 que concluyeron con los acontecimientos del “Baguazo”.

28 He tomado de Nancy Yañez el uso de la expresión opacidad a este respecto, que usara en el taller sobre consulta organizado por IWGIA en Lima en junio del 2019.

29 En el Perú, durante el gobierno de A. Fujimori el Ejecutivo y el poder legislativo introdujeron el uso de la expresión “interpretación auténtica” para acomodar a intereses personales y políticos todo tipo de normas y compromisos legales.

30 Por esa razón no hay en el Estado peruano una homogeneidad absoluta. Además de las intervenciones del Tribunal Constitucional que ha reconocido en diversas ocasiones los derechos que resultan de la existencia y reconocimiento de los pueblos indígenas, y de las actuaciones de la Defensoría del Pueblo, otras dependencias han dado pasos en una dirección que puede identificarse como consistente, pero que luego quedan bloqueados. Así por ejemplo, en el 2013 el Ministerio de Educación dio la Resolución Ministerial 0630-2013-ED que creó el Registro Nacional de Instituciones Educativas de Educación Intercultural Bilingüe, mediante la cual las escuelas debían ser registradas de acuerdo al pueblo al que correspondieran y no únicamente con un número. Este era el primer paso para hacer que en las políticas educativas referidas a un pueblo éste tuviera injerencia.

31 Artículo 5. Sujetos del derecho a la consulta. Los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa (Ley N° 29785).

indígenas figura en otros en el título de normas, políticas, dependencias e instancias funcionales en diversos ministerios.

Una situación reciente pone en plena evidencia esta pauta de comportamiento por parte del Estado peruano.

En el Ministerio de Cultura el Viceministerio de Interculturalidad es designado como ente rector en materia de “pueblos indígenas”. Esta dependencia no reaccionó formalmente ante la proclamación de la nación Wampis y la subsecuente notificación a las autoridades peruanas. Sin embargo, en una comparecencia ante la Comisión parlamentaria de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología, la titular del Viceministerio cuestionó la pretensión de la nación Wampis de ser reconocida como sujeto político.³² Los argumentos esgrimidos ante la comisión del Congreso no dejaban duda de que iba a ser difícil obtener ese reconocimiento.

En vista de ello, el Gobierno Territorial de la Nación Wampis acudió a CORPI-SL para gestionar ante el Gobierno Regional de Loreto una norma que reconociera a los pueblos en su jurisdicción. La norma fue aprobada por Loreto como Ordenanza (014-2017-GRL-CR) y fue publicada en diciembre del 2017; unos meses después fue reglamentada a través de un Decreto Regional (0001-2018-GR).

Casi de inmediato el Estado, a través del Viceministerio de Interculturalidad, presentó una demanda de inconstitucionalidad, ante el Tribunal Constitucional, en contra de esta Ordenanza, alegando la violación de sus competencias por el gobierno regional.³³ A continuación, en julio del 2018 expidió un Decreto Legislativo (1360) que “precisa funciones exclusivas para el Ministerio de Cultura”. A la postre (septiembre del 2019) el Tribunal Constitucional se pronunció en favor de las competencias del Ministerio de Cultura en un voto no unánime.³⁴

5. El Protocolo Wampis y su Política de Relacionamiento con el Estado peruano

Los protocolos de consulta autónomos responden a distintas experiencias de relacionamiento con la institucionalidad estatal que tienen los pueblos, pero todos ellos procuran mejorar el marco de relacionamiento desde la afirmación de su demanda de reconocimiento de derechos

32 Transcripción de la sesión matinal de la Comisión del 22 de marzo del 2016 con la Viceministra Patricia Balbuena.

33 Al mismo tiempo planteó una demanda similar contra una Ordenanza aprobada por el Gobierno Regional de Cajamarca. La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales Ley N° 27867, en su art. 60 sobre las funciones que tienen los Gobiernos regionales en materia de desarrollo social e igualdad de oportunidades específica: inciso g) “*Formular y ejecutar políticas y acciones concretas orientadas a la inclusión, priorización y promoción de las comunidades campesinas y nativas en el ámbito de su jurisdicción*”. De ello se deduce que éstos tienen competencia para legislar sobre asuntos indígenas dentro de su jurisdicción, y siempre que el fondo sea acorde a la normativa nacional (Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2018).

34 STC 004-2018. La magistrada Ledesma señaló en su voto singular: “Este caso no encierra un simple conflicto de competencias. Este es un caso en el que se decidía la suerte del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios en el Perú y el resultado ha sido un claro debilitamiento de tal derecho. Esto debido a que la mayoría del Tribunal Constitucional ha declarado que sólo el Poder Ejecutivo puede encargarse de “identificar” y “reconocer” a los pueblos indígenas u originarios que existen en el Perú.”

(Doyle y Tugendhat, 2019). En el caso de la Nación Wampis, esta afirmación y exigencia de derechos se expresa en su Estatuto, el cual deja en claro que al proclamarse nación exige que se le trate como un sujeto político con derechos.³⁵

Este asunto, relevante por sí mismo, lo es en particular en el caso de los Wampis porque en el Perú, como se ha visto, pese a los enunciados de los pueblos como sujetos de derecho en el corpus legislativo y administrativo, el Estado no reconoce este derecho en el ordenamiento jurídico ni éste se expresa en su conducta de relacionamiento con los pueblos indígenas de los que sólo reconoce a las comunidades locales.

Del Estatuto de la nación Wampis emana muy claramente la definición de su territorio como indivisible,³⁶ como lo es la nación, lo cual anticipa y delimita las condiciones para que una consulta pueda ser válida. Este solo enunciado establece un requisito que pone la valla muy alta de cara a la ley peruana.

El protocolo de la nación Wampis lleva ya dos años en discusión, plazo que refleja no tanto la complejidad de su elaboración, sino el estado de la opinión de diversos sectores de la nación Wampis frente a esta cuestión, como se verá más adelante. Así mismo, este prolongado proceso de elaboración de un documento que aún no ha sido sometido al *Uun Iruntramu* guarda también relación con el hecho de que, en paralelo, está en discusión y construcción una política general de relacionamiento de la nación Wampis con el Estado peruano. Esta va más allá de procesos puntuales de consulta, y en cambio busca establecer, desde una perspectiva política, los términos de las relaciones entre una nación indígena que reclama su autonomía como manifestación del derecho a la auto-determinación.

En ese mismo sentido Doyle y Okamoto (2019) han señalado que un protocolo Wampis permitiría que los actores externos mejoren sus “conocimientos y comprensión” sobre los procesos de toma de decisión de la nación Wampis. En un reciente encuentro, que reunió a pueblos que vienen preparando o ya aplican protocolos indígenas, el Secretario Técnico del GTANW señaló: “La propuesta de la Nación Wampis es para enseñar al Estado a que piense de distinta manera” (Nación Wampis, 2020).

No sorprende en ese sentido que los Wampis plantearan excluir de la consulta y del uso de su protocolo a todo proyecto o plan que implique una afectación significativa al territorio. Como lo ha planteado S. Noningo de la Nación Wampis: “Para nosotros no va la consulta previa si toca la naturaleza; porque si lo hace, afecta ineludiblemente los derechos humanos y colectivos, es decir, la propia vida humana” (Ibíd.).

Una apreciación ligera consideraría una contradicción trabajar en la elaboración de un protocolo de consulta cuando no se lo pretende aplicar.

35 La decisión de adoptar el nombre de nación Wampis en lugar de pueblo Wampis fue tomada luego de amplios debates en los que se subrayó la idea de que como nación eran un sujeto político con territorio e idioma, además de un gobierno propio y autónomo. Aunque pueblo indígena, pueblo originario y nación podrían ser términos intercambiables, en el Perú, dada la práctica estatal, “pueblo indígena” no pasa de ser un sujeto administrado, no un sujeto político.

36 Art. 2º del Estatuto: Vínculo espiritual con el territorio. - Nuestro territorio, Iña Wampísti Nunke, es uno solo e integral, y su gobierno se denominará “Gobierno Territorial Autónomo de la Nación Wampis”.

Para comprender esta aparente paradoja hay que remitirse al contexto en que la asamblea de la Nación Wampis acordó encargar a sus autoridades formular un protocolo de consulta. Este contexto se enmarcó en el resultado de su litigio constitucional para invalidar el lote petrolero 116 que se superpone a los territorios Wampis y Awajun. El recurso legal para solicitar su anulación fue planteado como demanda por omisión de consulta en el año 2014 bajo el enfoque de litigio estratégico.³⁷ En segunda instancia el juzgado constitucional no solo confirmó la sentencia que establecía que se debía suspender las actividades del lote, sino también estableció que la consulta era exigible al declarar que ésta era ya una obligación del Estado peruano desde 1995 cuando el Convenio N° 169 de la OIT entró en vigencia en el Perú.

Esta sentencia implicaba la posibilidad, inminente o no, de que el Estado peruano sometiera el lote a un proceso de consulta bajo los estándares de la Ley de Consulta y su Reglamento. Cabe señalar, sin embargo, la sentencia indicó al mismo tiempo que no existe el “derecho a veto”, implicando que los consultados no podrían oponerse.³⁸

Es en ese marco que la nación Wampis inicia la discusión de la posibilidad de construir un protocolo a la manera en que otros pueblos indígenas habían ya avanzado en preparar, implementar y exigir, teniendo en este caso como marco de referencia el Estatuto Wampis. Llevado el tema a la Asamblea de la nación Wampis, los participantes manifestaron su desconfianza frente a la consulta como procedimiento estatal, regulado unilateralmente por éste, para llegar a acuerdos que respeten derechos y atiendan a las opiniones que emanen de “los consultados”.³⁹

Un segundo caso “pendiente” en el que el Estado podría plantear un proceso de consulta bajo sus propias regulaciones es el de la categorización de la cordillera Kampankias. Como se ha señalado, esta parte del territorio Wampis, no cuenta con título y desde 1999 quedó declarada por el Estado como área natural protegida a ser categorizada, en principio como “reserva comunal”. Aunque esta figura prevé dar espacio a la población circundante para participar en

37 Vale la pena señalar que a menudo las instituciones y expertos que litigan a favor de pueblos indígenas se autonomizan cuando ven una oportunidad de hacerlo bajo un enfoque estratégico que trasciende lo que “sus clientes” esperan que logren. En estos casos los resultados pueden ser muy positivos desde una perspectiva de derechos humanos o colectivos, pero arribar a un puerto al que aquellos no pensaban dirigirse.

38 En esto se reiteraba lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional STC 0022-2009-PI/TC, fund. 24. TC. El fundamento 88 de la sentencia acerca de la omisión de consulta en el lote 116 señala: “No se trata de que los pueblos o comunidades nativas tengan derecho a veto, pues luego que a tales ciudadanos les sea cumplido su derecho: ser consultados, si su decisión fuera de oponerse a la industria extractiva, será el Estado el que adopte las medidas del caso conforme a su potestad de soberanía en armonía con el respeto a los demás derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y a los bienes jurídicos globales reconocidos por el ordenamiento internacional.” (negritas en el original).

39 Bien distinto es el contexto afrontado por los Quechua del Pastaza, Kichwa del Tigre y Achuar del Corrientes por el lote 192, que al ser puesto en concesión fue sometido por el Estado a consulta, luego de que el área estuviera en explotación por 40 años. En este caso las federaciones representativas de estos pueblos, ante la urgencia del Estado por concesionar el lote, lograron insertar en el proceso una serie de condiciones inéditas, comenzando por la definición de lo que era materia de la consulta (en este caso el contenido de aspectos sociales y ambientales del contrato), la información a proporcionar y a quién consultar (Zúñiga y Okamoto, 2019). Aun así el proceso de consulta del lote 192 resultó insatisfactorio ya que dejó de lado numerosos acuerdos y propuestas planteadas en el curso de las fases previas a la toma de decisión por el Estado.

su gestión, colocaría esta parte del territorio Wampis bajo en el ámbito de las tierras estatales, además de permitir la implantación de nuevos lotes en el área.

De hecho, el Estado lleva cierto tiempo impulsando activamente la creación de esta reserva comunal, incluso apelando a la táctica de tratar de dividir opiniones. Los Wampis, aún antes de la constitución de su gobierno territorial autónomo y la presentación de su territorio, han rechazado tal propuesta consistentemente por tratarse de su territorio, indivisible. Han declarado que están abiertos a dialogar con el Estado en torno a acuerdos para asegurar la gestión de un área ambientalmente delicada e importante, pero sin ceder derechos de propiedad.

Un tercer caso de potencial iniciativa estatal de consulta referido al territorio Wampis podría resultar del cuestionamiento que el GTANW ha hecho al lote 64 (junto con los Achuar), el cual fue establecido sin consulta, como ha señalado en diversos pronunciamientos de ambos pueblos. Pero para la nación Wampis el denunciar la falta de consulta no significa pedir que ésta se realice, pues comprometería su territorio y decisiones sobre él. Como se sabe, las autoridades peruanas han hecho los mayores esfuerzos por comunicar que consulta no significa derecho al consentimiento (salvo el caso de traslados forzosos de población) y que el Estado peruano no aceptará un “veto”, tal como se concibe una opinión negativa de los consultados ni el que la medida alternativa se elabore con los afectados. En ese sentido, el GTANW señala que la consulta en materia de territorio y naturaleza “...viene predestinada, predefinida para formalizar la decisión del Estado” (Nación Wampis). Es decir que la consulta referida a territorios y otros constituye un formalismo que legitima la política estatal.

La postura de la Nación Wampis está en consonancia con la tercera Resolución que figura como preámbulo de su Estatuto: “Asumir los compromisos y responsabilidades que incumben a la presente generación Wampis para con las generaciones venideras, muy especialmente: gobernar su territorio en interés general, protegerlo de agresiones externas, mantener un medio ambiente sano, reclamar los derechos colectivos cuando se requiera, así como definir las estructuras de gobierno, participación y representación externa de conformidad con el derecho a la autonomía y el derecho consuetudinario de la nación Wampis”. En esa medida es un compromiso intergeneracional Wampis no permitir que se comprometan “las bondades de la naturaleza” y “se afecte la vida humana”. Esos son los márgenes dentro de los cuales el debate de la propuesta de protocolo en preparación tendrá lugar.

En ese sentido la nación Wampis argumenta que no podrá aceptar que se consulte una medida que pueda comprometer el patrimonio intergeneracional, más aun tomando en cuenta que de no llegarse a un acuerdo no se contaría con garantías de que el Estado tomaría una decisión “en armonía” con lo observado por la nación Wampis.

Al mismo tiempo, al situar el tema de la consulta y el ámbito de aplicación de un eventual protocolo en el marco de su Estatuto, lo que la nación Wampis plantea es que las condiciones de consulta hacia afuera deben responder a la valla de los derechos y de los estándares de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, muy por encima de la oferta estatal actual. Así frente al veto estatal, la nación Wampis señala como punto de partida que nada que pueda afectar la integridad y vida del territorio puede ser sometido a

consulta con el procedimiento establecido por el Estado porque como señala S. Noningo “En materia de territorio no cabe sino consentimiento” (Ibíd.).⁴⁰

Pero, ¿significa eso que los Wampis desestiman que el Estado les consulte? Lo que hasta ahora parece ser el estado de ánimo entre las autoridades y comunidades es una postura en pro de un nuevo esquema de relacionamiento basado en el diálogo entre las Nación Wampis y el Estado para buscar una concertación, un sistema de relacionamiento que han apreciado que existe en otras latitudes del mundo. Sin simpatía por el término mismo de consulta, se propone rescatar el sentido que originalmente tuvo, el de que los pueblos indígenas participen 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” (Artículo 6º), respondiendo a uno de los principales postulados del Convenio: *el derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan*” (OIT, 2014).

En ese sentido, muchos de los esfuerzos en curso están puestos en la elaboración de lo que el Gobierno Territorial Autónomo ha denominado una Política General de Relacionamiento, la cual será también sometida a debate sobre la base de los lineamientos dados previamente por la Asamblea y afincada en los derechos que el Estatuto Wampis también afirma. Se trata de contar con un marco y procedimientos para acordar con el Estado las políticas de salud, educación, inversión, infraestructura social, etc. con la nación Wampis.

Para los Wampis, como para otros observadores, el Estado (los estados) deliberadamente han desplazado la consulta hacia los temas extractivos y la creación de áreas naturales protegidas, es decir en procesos que implican expropiaciones tácitas o autorizaciones para impactar al territorio. En el Perú, esto incluso se pone de manifiesto en la exclusión de consulta que precisamente establece la 15va. Disposición Complementaria del Reglamento de la Ley de Consulta previa. En esta se excluye la realización del proceso de consulta en temas tales como “Educación, Salud y Provisión de Servicios Públicos”, bajo la racionalidad de que el Estado no dispondrá nada que tenga un impacto negativo.

Esto evidencia una ceguera absoluta del Estado peruano frente a la importancia de concertar con los pueblos indígenas en materias que son extremadamente relevantes para ellos. En el campo de la salud, donde se habían dado iniciativas y pasos importantes, la reglamentación de la consulta condujo a bloquearlos. Desde el 2001 el Ministerio de Salud empezó a realizar estudios desde una perspectiva de epidemiología intercultural en una línea que llamó “Análisis de Situación de Salud de Pueblos Indígenas” o ASIS Indígenas. Estos fueron diseñados y ejecutados bajo acuerdo con AIDSESP y de las organizaciones locales de los pueblos concernidos. El protocolo de los estudios establecía que se trataba de lograr un diagnóstico y un plan de acción para cada pueblo sobre la base de una metodología *de consulta*. Una vez que se promulgó la Ley de Consulta previa y su Reglamento el Ministerio de Cultura, órgano rector de los procesos de consulta, obligó a la oficina responsable de llevar a cabo los estudios en el Ministerio a eliminar el término de consulta de la metodología que se preparaba a publi-

40 Señala también: “¿Cuándo es consulta y cuándo es consentimiento? Para la Nación Wampis las dos cosas van juntas y deben ir unidas”.

car de forma oficial. Arguyó que la consulta en el Perú es la que se lleva a cabo bajo el formato de los 7 pasos y solo si es convocada por los canales competentes. No se intentó rescatar esta valiosa práctica y dar legitimidad a las recomendaciones que durante la realización del estudio hacían las autoridades de dichos pueblos.

Es verdad que en el Perú se han consultado políticas, planes y leyes a nivel nacional, lo que en general ha tenido poca significancia. Hoy en día existe la tendencia a convertir el cenáculo del Grupo de Trabajo de Políticas Indígenas (GTPI) en sucedáneo de la consulta.⁴¹ El Estado pone de manifiesto así además que desconoce la existencia de pueblos o naciones específicas como si tuviera la tutela de “los indígenas”.

La Política General de Relacionamento que la nación Wampis está en proceso de formular, apunta a crear condiciones para debatir con el Estado, en sus distintos niveles (nacional, regional, local) las políticas e inversiones en su territorio. Se señala que el documento sistematizará las expectativas de una relación positiva, tomará en cuenta las dificultades experimentadas hasta aquí para construir acuerdos con el Estado y ofrecerá pautas para lograr una acción coordinada del Estado concertada con la nación Wampis. En ese marco, el protocolo de consulta, que el GTANW advierte podría terminar por no llamarse así por la resistencia que muchos Wampis tienen a la idea de asociar diálogo positivo con consulta, pretende ofrecer las pautas para ese diálogo y operativizar algunos aspectos. Entre estos se considera la definición de los actores que participan dependiendo de los alcances de lo que se discutirá, por ejemplo si tal o cual diálogo puede ser asumido sólo por un gobierno de cuenca o si necesariamente involucra al conjunto de la nación a través del GTANW.

6. Experiencias y perspectivas de implementación de un protocolo de consulta Wampis

Ante la falta de adecuación de la legislación nacional que señala el Convenio N° 169 de la OIT y de apertura del Estado peruano a reconocer las autonomías indígenas, la nación Wampis optó en el 2015 por “notificarle” la constitución de su Gobierno Territorial Autónomo sin esperar a su reconocimiento oficial. Ello ha implicado empezar a ejercer el rol que el Estatuto define para el Gobierno Territorial Autónomo y sus autoridades.

En ese campo y en la práctica, el GTANW tiene diversas experiencias positivas de coordinación con distintas dependencias del Estado, aún al más alto nivel. Esa experiencia es precisamente la que de cara a la Política de Relacionamento con el Estado se busca sistematizar. También en el contexto de la emergencia por la epidemia del COVID-19, ha sido capaz de articular con el ejército, las autoridades municipales, y sectoriales de salud y educación para una acción concertada y consensuada.

41 El Ministerio de Consulta ha informado a la Organización de Estados Americanos que vía el GTPI consulta todas las medidas que pudieran afectar a los pueblos indígenas. Aunque es el ente rector quien establece la agenda.

En ese sentido, puede esperarse que estas experiencias continúen desarrollándose y puedan formalizarse crecientemente. Pero la perspectiva de reconocimiento institucional del Estado frente al derecho a la autonomía es menos optimista, aunque como señala el DL N° 1360 en su Tercera Disposición Complementaria: “Los pueblos indígenas u originarios no reconocidos a través de los mecanismos previstos para la aplicación de la presente normativa ejercen sus derechos colectivos independientemente de que hayan sido identificados y reconocidos”. Pero, frente a esta falta de apertura por parte del Estado peruano, como señalara un líder Wampis: “aquí seguirán estando nuestros hijos y nietos, nuestras generaciones, hasta que la nación Wampis logre lo que tiene planificado”.

Conclusiones

Resulta paradójico que en un país donde no hay probablemente ningún pueblo u organización indígena que esté satisfecho con la fórmula institucional de consulta previa implementada por el Estado peruano no hayan surgido entre iniciativas para la elaboración de protocolos autonómicos. Tal situación resulta, sin lugar a dudas, de la falta de expectativa por parte de los pueblos indígenas de que el Estado peruano, a punto de cumplir su bicentenario, tenga la disposición de variar su actitud y procedimientos frente a los pueblos indígenas materializados en procesos de consulta.

La Nación Wampis viene adoptando una postura de construcción colectiva de un futuro común, aspecto que sin lugar a dudas abre un horizonte de más largo aliento para pensar las formas de relacionamiento con el Estado que buscan transformar desde un enfoque de afirmación de derechos. El protocolo o mecanismo de diálogo que plantea se inscribe así en una política de relacionamiento con el Estado que pone salvaguardas para no comprometer el territorio ni la naturaleza. Busca promover en cambio un diálogo constructivo y no vertical para definir precisamente aquellas cosas que el Estado peruano ha establecido que no requieren ser consultadas. Se trata de un enfoque que guarda relación con la política de un pueblo empeñado en reconstruir su autonomía. ○

Referencias

- Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Perú (2018):** *Informe Alternativo 2018 sobre el cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano del Convenio 169 de la OIT*. Recuperado de: <http://derechoshumanos.pe/2018/10/informe-alternativo-2018-sobre-el-cumplimiento-del-convenio-169/>
- Clark, L. (2001) [1953]:** *The Rivers Ran East*. USA: Travelers' Tales Classics.
- Barclay, F. (2019):** Pactos entre pueblos indígenas y el Estado en la Amazonía peruana republicana. *Amazonía Peruana*, N° 32, 61-72.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas [UN] (2009):** *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Observaciones fina-*

- les del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial Perú. CERD/C/PER/CO/14-17. Recuperado de: <https://acnudh.org/load/2010/12/CERD-2009-Perú.pdf>
- Deshoullière, G. y Utitiáj, S. (2019):** *Declaración para el cambio de nombre del conjunto lingüístico erróneamente llamado "Jibaro"*. Journal del Sociétés des Américanistes, Vol. 105, N° 2, 167-179.
- Doyle, C., Whitmore, A. y Tugendhat, H. (eds.) (2019):** *Los protocolos de consentimiento libre, previo e informado como instrumentos de autonomía: sentando las bases para interacciones basadas en los derechos*. Alemania: INFOE. Recuperado de: <https://www.infoe.de/InstrumentosDeAutonomia.pdf>
- Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas [IWGIA] (2009):** *Perú: Crónica de un Engaño. Informe IWGIA 5*. Perú: IWGIA. Recuperado de: <https://www.iwgia.org/es/recursos/publicaciones/320-informes-de-derechos-humanos/2808-per-crnica-de-un-engao-informe-iwgia-5>
- Leyva, A. (2018):** *Consultame de verdad. Aproximación a un balance de la consulta previa en el Perú en los sectores minero e hidrocarburífero*. Lima: Cooperación/Oxfam. Recuperado de: <http://cooperacion.org.pe/wp-content/uploads/2018/07/Consultame-de-verdad.pdf>
- Manacés, J. y Gómez, C. (2010):** Informe en Minoría de la Comisión Especial para investigar y analizar los sucesos de Bagua. Recuperado de: <https://amazonwatch.org/documents/bagua-minority-report.pdf>
- Nación Wampis (2020):** *GTANW debatió sobre el derecho a la Consulta y Consentimiento Previos durante evento en Colombia*. Recuperado de: <https://nacionwampis.com/gtanw-debatio-sobre-el-derecho-a-la-consulta-y-consentimiento-previos-durante-evento-en-colombia/>
- Okamoto, T. y Doyle, C., (2019):** El Protocolo de CLPI de la Nación Wampis - Una Herramienta basada en su Estatuto para la Defensa del Territorio Integral. In: Doyle, C., Whitmore, A. y Tugendhat, H. (eds.) (2019), *Los protocolos de consentimiento libre, previo e informado como instrumentos de autonomía: sentando las bases para interacciones basadas en los derechos*. Alemania: INFOE. Recuperado de: <https://www.infoe.de/Instrumentos-DeAutonomia.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2014):** Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Presentación de su edición del 2014 para América Latina. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf
- Pitman, N. et. al. (2012):** *Perú: Cerros de Kampankis*. Recuperado de: https://museohn.unmsm.edu.pe/docs/pub_ic-tio/RI24_SPANISH.pdf
- Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas de Naciones Unidas, S. James Anaya (2009):** *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*. Al HRC/12/34/Add.8. Recuperado de: http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2009_special_peru_bagua_sp.pdf
- Zúñiga, M. y Okamoto, T. (2019):** *Sin derechos no hay consulta. Aproximación a las miradas indígenas sobre el proceso de consulta previa en el lote 192 de la Amazonía peruana*. Lima: PUINAMUDT / Oxfam / Cooperación. Recuperado de: https://cng-cdn.oxfam.org/peru.oxfam.org/s3fs-public/file_attachments/Sin_derechos_no_hay_consulta.pdf

CONCLUSIONES GENERALES

Salvador Millaleo Hernández

- La crisis de la implementación del derecho a la consulta en América Latina, con sus convergencias en medio de la diversidad de estructuras normativas en la región, no significa que los pueblos indígenas renuncien al derecho a la consulta previa, el cual es un pilar sobre los cuales se comenzó a construir el sistema especial de protección a los derechos humanos de los pueblos indígenas en el derecho internacional.
- Sin embargo, las regulaciones y formas de implementación restrictivas han privado del significado a la consulta indígena como forma de empoderamiento de los pueblos indígenas en sus relaciones con el Estado, y especialmente a propósito de las autorizaciones de los proyectos de inversión de empresas privadas en territorios indígenas.
- Los protocolos comunitarios consisten en una respuesta de parte de los pueblos indígenas frente a dicho vaciamiento, inyectándole vida a la consulta y buscando recuperarla, desde “abajo”. Dichos protocolos se han originado en las formas de acceso al conocimiento en la saga del protocolo de Nagoya y los Acuerdos de Compartición de Beneficios (ABS), pero están mostrando sus virtudes para resignificar la consulta indígena como un derecho que va en beneficio de sus titulares, de una manera que no pueda ser cosificada como un conjunto de trámites previos para el licenciamiento social para los proyectos de inversión.
- El fundamento y el objetivo de los protocolos comunitarios consiste en la autodeterminación de los pueblos indígenas, tanto a nivel del derecho como de las capacidades reales de los pueblos indígenas para elaborar, sostener y defender sus protocolos. Es en ejercicio del derecho a la autodeterminación que se elaboran los protocolos. Con ello, los pueblos indígenas realizan sus capacidades para autocerciorarse y autodefinirse, reafirman su tradición, refuerzan su cohesión y se sostienen frente a las amenazas externas. Los documentos de los protocolos manifiestan ante el mundo exterior la voluntad de los pueblos indígenas de persistir en sus formas de vida comunes y la continuidad de su derecho consuetudinario.

- El desarrollo de protocolos es también desarrollo de capacidades en los pueblos indígenas para ejercer y sostener sus derechos. Esto define el carácter autónomo de los protocolos de consulta que han elaborado ciertos pueblos indígenas frente al carácter heterónomo que han adquirido los procedimientos de consulta indígena regulados por el Estado.
- Frente a otras manifestaciones de derecho comunitario, los protocolos autónomos de consulta de los pueblos indígenas se singularizan porque establecen relaciones más allá de los límites de la experiencia social que establecen las comunidades occidentales, porque realizan el derecho consuetudinario indígena, el cual está sustentado en formas de convivialidad, copertenencia e interdependencias entre sociedad y naturaleza, que superan los márgenes de las manifestaciones del derecho comunitario y del pluralismo jurídico occidental. Los protocolos actualizan el derecho indígena como un artefacto de relacionalidad y reciprocidad con la biodiversidad, mostrando cómo dichas relaciones constituyen el contenido final de las exigencias normativas que plantean para regular las relaciones con terceros en el contexto de sus territorios ancestrales.
- El punto de partida de los protocolos es diverso, pudiendo tanto partir de entornos normativos que declaran fuertes derechos políticos de índole colectiva para los pueblos indígenas, como de entornos que carecen de derechos significativos. Tanto en contextos de reconocimiento fuerte como de reconocimiento débil de los derechos indígenas, surgen los protocolos autónomos frente a las deficiencias comunes que ha planteado la cosificación de la consulta indígena en la región.
- La respuesta de los protocolos autónomos de consulta ha mostrado ser una tendencia emergente pero creciente en la región. Su multiplicación es, en cualquier caso, incierta por que enfrenta diversos desafíos y obstáculos.
- Uno de los principales desafíos consiste en el reconocimiento estatal formal. En contextos de reconocimiento fuerte de derechos, en el plano formal del derecho estatal, existen más posibilidades de reconocimiento estatal de los protocolos autónomos, especialmente por la vía de las decisiones judiciales.
- Otro de los desafíos, tanto en contextos de reconocimiento fuerte como débil de derechos, consiste en el desarrollo y alcance de las capacidades políticas de los pueblos indígenas para ejercer persuasión sobre el conjunto de los actores estatales y privados para generar adhesión y una legitimidad intercultural de los protocolos indígenas. Ello va más allá de la susceptibilidad de que las pretensiones normativas de los protocolos autónomos de consulta sean acogidas por los tribunales, porque genera una fuerza normativa derivada de la aceptación antes que la imposición, en armonía con las tradiciones políticas de las formas propias de gobernanza de los pueblos indígenas. Esta

perspectiva se ofrece como uno de los principales horizontes de los protocolos para los pueblos indígenas, porque desafían su forma de inclusión dialogante de los otros y de generación de relaciones de respeto recíproco con los otros, en circunstancias que esos otros han procurado siempre imponerles sus decisiones.

- Otro desafío es interno, aunque se relaciona con las interacciones exteriores, porque apunta a la capacidad de las instituciones indígenas de movilizar los recursos, de liderar cambios y recuperar la cohesión y las narrativas internas propias de las identidades de sus pueblos. Los documentos de los protocolos autonómicos de consulta lo primero que documentan es eso, la propia capacidad de las comunidades de exigir sus derechos y su voluntad por persistir frente a grandes poderes. Si eso falla, los protocolos caerán junto con las comunidades.
- Uno de los mayores obstáculos consiste en la lógica asentada en los modelos de desarrollo extractivista y los proyectos de inversión de las empresas que la ejecutan en territorios indígenas. En dicha lógica, las ventajas de un derecho estatal que limita o desconoce el derecho a la consulta, no son fácilmente renunciables por las empresas para buscar un lucro sin dificultades y al corto plazo. La ausencia de lógicas de sostenibilidad y de buena vecindad estable, de parte de las empresas, impide que valoren las ofertas de diálogo que ofrecen los protocolos autonómicos de consulta de parte de los pueblos indígenas.
- Sin duda, el otro gran obstáculo es el Estado, ya sea por la captura que hacen de su agenda las grandes empresas extractivistas, como por las dependencias de patrón que tiene sus lógicas y procedimientos. Este puede ser refractario al máximo ante las formas de pluralismo jurídico que significan los protocolos, especialmente cuando contradicen contenidos normativos del derecho estatal. La tendencia en América Latina al centralismo político – más allá de las formas de gobierno que tenga el Estado – genera una lógica de imposición y concentración de poder que verá al menos con desconfianza las formas plurales de derecho que ofrecen los protocolos, intentando anularlas y someterlas, en pos de la realización de la idea de gobierno central, antes que la aceptación de formas de gobernanza plurales y adaptadas a la diversidad de los territorios, como las que proponen los protocolos autonómicos de consulta de los pueblos indígenas. ○

Los protocolos autonómicos de consulta indígena son una tendencia emergente en América Latina. Estos protocolos comunitarios procuran responder a las amenazas y desafíos que enfrenta la implementación del derecho a la consulta previa para los pueblos indígenas, en virtud del Convenio N° 169 de la OIT. La procedimentalización y burocratización de la consulta previa regulada por los estados, el vaciamiento de su sentido para los pueblos indígenas, son confrontadas con procesos de deliberación colectiva en la cual se ejercita la libre determinación de dichos pueblos y que, lejos de renunciar al derecho a la consulta, lo reelaboran mediante sus propias visiones de una relación equitativa frente a agentes externos a sus territorios y rescatando su derecho propio. En este estudio de IWGIA se enfocan en profundidad ejemplos de protocolos autonómicos de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Honduras, México y Perú.



GRUPO INTERNACIONAL
DE TRABAJO SOBRE
ASUNTOS INDIGENAS



FORD
FOUNDATION