

PROCOLOS
AUTONÓMICOS
DE CONSULTA
PREVIA Y EL
DERECHO
A LA LIBRE
DETERMINACIÓN

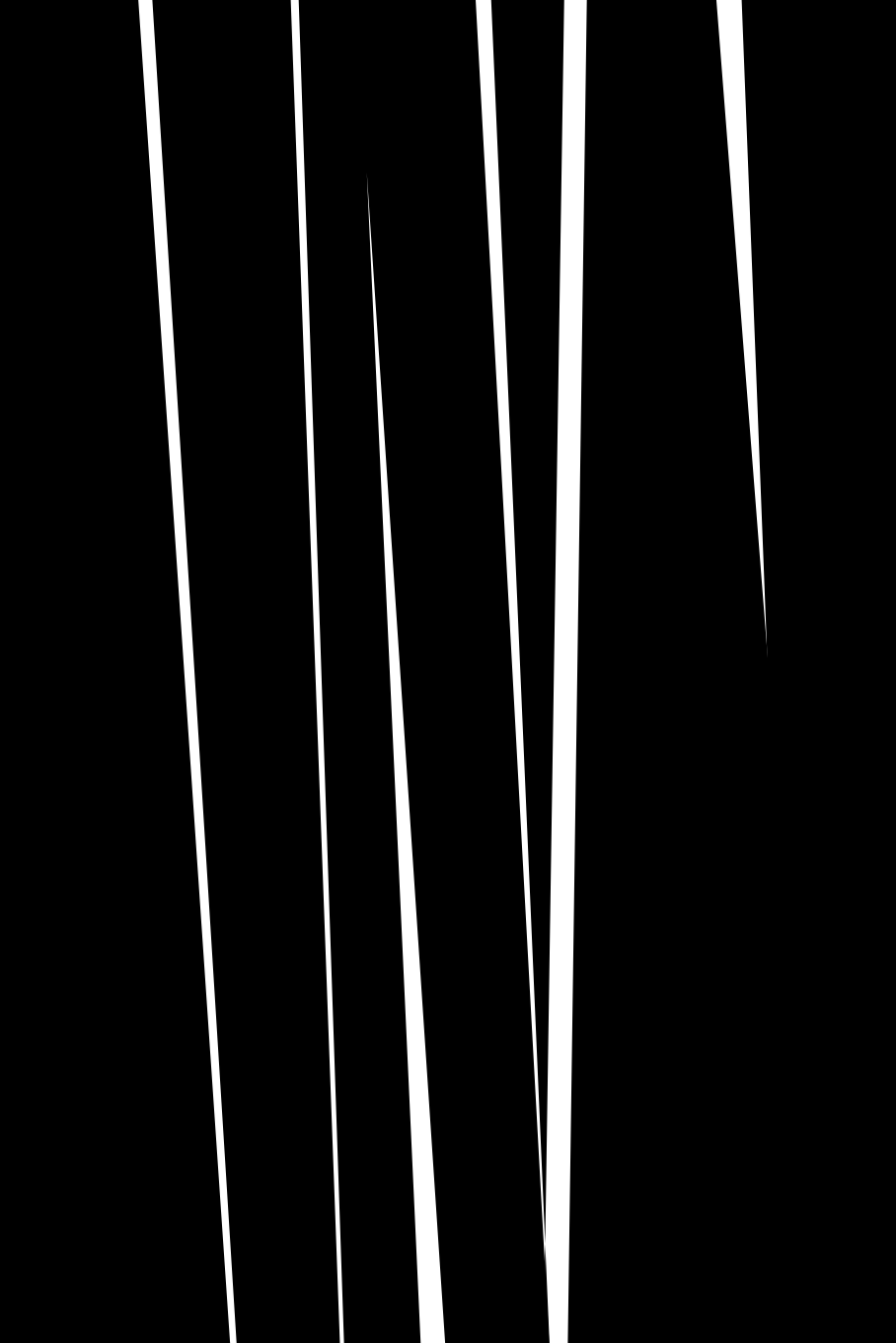
Organización Verena Glass

Autores

Carlos Marés

Liana Lima

Rodrigo Oliveira



PROCOLOS
**AUTONÓMICOS
DE CONSULTA
PREVIA Y EL
DERECHO
A LA LIBRE
DETERMINACIÓN**

Organización Verena Glass

Autores

Carlos Marés

Liana Lima

Rodrigo Oliveira


**FUNDAÇÃO
ROSA
LUXEMBURGO**

CEPEDIS
Centro de Pesquisa e Estudos
em Direito Ambiental
www.derechoambiental.org


OBSERVATÓRIO
PROTEÇÃO DE CONSULTA E CONSENTIMENTO
LIBRE, PREVIU E INFORMADO

PROTOCOLOS AUTONÓMICOS DE CONSULTA PREVIA Y EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN

Coordinación general e organización: Verena Glass

Coordinación científica: Carlos Frederico Marés, Liana Amin Lima

Presentación Paraguay: Carmen Alice Cohene Mercado

Presentación Colombia: Guillermo Padilla

Presentación México: Magdalena Gómez

Autores | Brasil: Carlos Frederico Marés, Liana Amin Lima, Rodrigo Oliveira

Traducción al español Anibal Alejandro Rojas Hernández

Preparación y Revisión Liana Amin Lima

Composición y arte Dedê Paiva

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Marés, Carlos Frederico

Protocolos autonómicos de consulta previa y el derecho a la libre determinación / Carlos Frederico Marés, Liana Amin Lima, Rodrigo Oliveira ; organización Verena Glass ; [tradução Anibal Alejandro Rojas Hernández].

-- 1. ed. -- São Paulo : Fundação Rosa Luxemburgo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2021.

Título original: Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação
Bibliografia

ISBN 978-65-990744-5-5

1. Conservação da natureza 2. Demarcação (Direito) 3. Direito ambiental
4. População - Aspectos ambientais 5. Protocolos de consulta autônoma -
Elaboração 6. Terras - Demarcação - Brasil

I. Lima, Liana Amin. II. Oliveira, Rodrigo. III. Glass, Verena. IV. Título.

21-54851

CDU-34:502.7(094)

Índices para catálogo sistemático:

1. Protocolos de consulta prévia : Direito ambiental: Legislação 34:502.7(094)
Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964

Fundação Rosa Luxemburgo

Director: Torge Loeding

Rua Ferreira de Araújo, 36
Pinheiros, São Paulo (SP) 05428-000
Tel. +55 11 3796 9901
<https://www.rosaluxspba.org/>

CEPEDIS - Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental

Presidente: José Aparecido dos Santos

Rua Imaculada Conceição, 1155 –
Rebouças, Curitiba (PR) 80215-182
<https://direitosocioambiental.org/>

Observatorio de Protocolos Comunitários de Consulta y Consentimiento Libre Previo e Informado

<http://observatorio.direitosocioambiental.org/>

Estapublicación fue realizada por la Fundación Rosa Luxemburg Brasil y Paraguay, en alianza con CEPEDIS, con el apoyo de fondos del Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de Alemania (BMZ). Solo algunos derechos reservados. Este trabajo tiene la licencia Creative Commons de «Atribución+ Uso no comercial + No a trabajos derivados» (BY-NC-ND)»



Índice

Prefacio 8

Presentación **Paraguay 11**

Presentación **Colombia 25**

Presentación **México 37**

primera parte: LA FUERZA VINCULANTE DEL PROTOCOLO AUTONÓMICO DE CONSULTA 47

1. Introducción **48**
2. La introducción de las leyes tradicionales en las leyes nacionales **51**
3. El derecho de ser consultados y la obligación de consultar **59**
4. El protocolo de consulta comunitario autonómico **64**
5. El carácter vinculante de los protocolos autonómicos de consulta **72**

segunda parte: SUJETOS DEL CONVENIO 171 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) Y EL DERECHO A LA CONSULTA Y AL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO (CPLI) 79

1. ¿Qué es el Convenio 169 de la OIT? **80**

- 1.1. ¿Por qué la OIT? **81**
- 2. ¿Quiénes son los sujetos de derechos del Convenio 169 en Brasil? **86**
 - 2.1. Sujetos del Convenio 169 en Brasil: pueblos indígenas, quilombolas y tradicionales **89**
 - 2.2. Derecho al autoreconocimiento (autoidentificación) **99**
- 3. ¿Qué es el derecho de consulta y consentimiento previo, libre e informado (CPLI) y cómo debe ser aplicado? **103**
 - 3.1. Medidas Legislativas **111**
 - 3.2. Medidas administrativa **119**
 - 3.3. Consulta previa y reparación de derechos **121**
 - 3.4. El propósito de llegar a un acuerdo o de obtener el consentimiento **123**
 - 3.5. El propósito de llegar a un acuerdo o de obtener el consentimiento **128**
- 4. ¿Qué son los Protocolos Autonómicos de Consulta y cuál es su naturaleza jurídica? **135**

tercera parte: PROTOCOLOS AUTONÓMICOS DE CONSULTA: caso del Pueblo Munduruku **147**

- 1. Construcción del Protocolo Autonóm de Consulta **148**
- Referencias **162**

Prefacio

El Libro Protocolos Autónomicos de Consulta Previa y el Derecho a la Libre Determinación fue originalmente publicado en Brasil por la Fundación Rosa Luxemburgo y el Centro de Investigación y Extensión en Derecho Socioambiental (Cepedis) en 2019.

Al igual que en varios países de América Latina, los pueblos indígenas y tradicionales de Brasil se encontraban - y aún están - en un arduo proceso de lucha por el reconocimiento legal de su derecho a la consulta libre, previa e informada previsto en el Convenio 169 de la OIT.

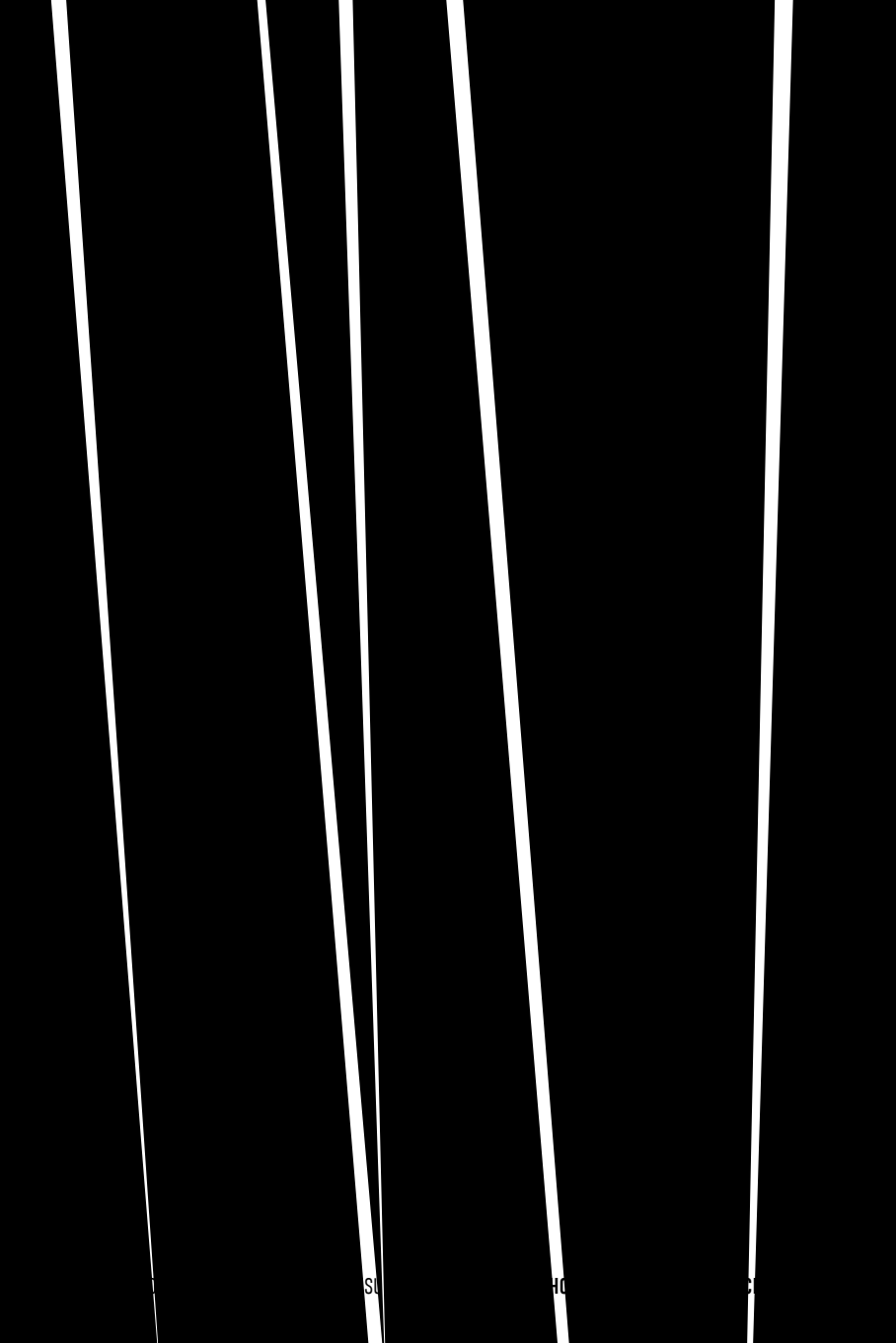
En los últimos años, el tema alcanzó una gran relevancia, instigando procesos internos en las comunidades por la confección de criterios propios, culturalmente adecuados a las diferentes realidades, traducidos en los denominados: *Protocolos Autónomicos de Consulta*.

Varios Protocolos Autonómicos de Consulta han sido reconocidos como instrumentos legítimos por el Poder Judicial del país, lo que motivó la elaboración de este libro, pensado como un insumo para la formación e información tanto de agentes del Derecho como de líderes comunitarios.

Como estos procesos también se han intensificado en otros países latinoamericanos, los autores decidieron traducir estas reflexiones al español. Este libro se basa en la experiencia brasileña, pero trae tres presentaciones sobre las realidades de países clave en este debate: Paraguay, Colombia y México.

Esperamos que esta publicación contribuya al debate regional sobre el instrumento que constituye los Protocolos Autonómicos de Consulta y al pleno reconocimiento y adopción, por los Estados Nacionales, del Convenio 169 de la OIT.

Verena Glass,
Fundación Rosa Luxemburgo



Presentación Paraguay

Protocolo de consulta a los
pueblos indígenas en Paraguay:
consentimiento libre, previo e
informado a los dueños de la tierra

Carmen Alice Cohene Mercado¹

La historia sobre los Pueblos y Comunidades Indígenas en Paraguay es la historia de la resistencia en todos los sentidos. Según el último Censo de Comunidades de los Pueblos Indígenas del Paraguay (2012), se registra una población indígena de 115.944 habitantes, lo que representa el 1,8% del total del país. Se encuentran principalmente en las zonas rurales, aunque también han sido expulsados de sus territorios a las ciudades como

¹ Ingeniera en Ecología Humana, UNA- PY, Doctora en Geografía por la UFPR, Paraná – BR y miembro del colectivo ENCONTTRA. <https://enconttra.wordpress.com> . Contacto: carmen.cohene@gmail.com

Asunción, Encarnación, Pedro Juan Caballero, Ciudad del Este y las colonias menonitas en el Chaco Central. En Paraguay, los Pueblos y Comunidades Indígenas están distribuidos en 19 pueblos y agrupados en 5 diferentes familias lingüísticas; i) *Guaraní*, ii) *Mataco Mataguayo*, iii) *Zamuco*, iv) *Maskoy*, v) *Guaicurú*. Cada uno de ellos son poseedores de una cultura milenaria reflejada en su lengua, sus conocimientos, prácticas y saberes ancestrales.

Vemos aquí que la cultura Guaraní no es la única que integra el actual territorio paraguayo, y esto desafía discursos y prácticas como lo afirma Paola Canova en su trabajo antropológico sobre los indígenas ayoreos urbanos de Filadelfia en el Chaco Paraguayo. Esta autora desmitifica dos imaginarios muy arraigados en la sociedad paraguaya, occidental- moderna -colonial: mito 1- todo lo indígena es Guaraní, sin embargo nos recuerda la diversidad simbólica, cultural y lingüística del Paraguay, actualmente con 19 grupos indígenas, pertenecientes a 5 familias lingüísticas y mito 2- de la autenticidad cultural: solo los indígenas que viven en el campo/monte son auténticos, esto se basa en la idea en que las culturas indígenas están construidas de manera estática vinculadas a un pasado prístino, en vías de extinción, lo que se convierte en un problema principalmente para los indígenas urbanos,

porque cuando ellos no consiguen vivir en base a nuestros estereotipos idealizados, cuestionamos su autenticidad.²

Los distintos modelos de Estado y «desarrollo» implementados en el país desde su independencia de la Corona Española, el 14 y 15 de mayo de 1811, no han podido garantizar y sostener las diferentes formas de ser y estar en los territorios indígenas; incluso muchos de ellos los han considerado como una amenaza al modelo de modernidad occidental europeizada a la que se pretendía alcanzar.

Varios estudios han demostrado la resistencia de los Pueblos y Comunidades Indígenas a lo largo de la historia; vemos actualmente que la expansión del cultivo de la soja en el Paraguay se da también a expensas de los pueblos indígenas cuyas tierras toman en arriendo los empresarios, a pesar de prohibiciones expresas consignadas en la Ley 904/81³ que establece el Estatuto de

2 CANOVA, P. **Mi trabajo en las comunidades de los Ayoreo en el Chaco Paraguayo**. Gramo Conversaciones 2016. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=BBDn2zFJLYw> Consultado: 26-07-2017.

3 Ley 904/81 del Estatuto de las Comunidades Indígenas. Tiene por objeto la preservación social y cultural de las comunidades indígenas, la defensa de su patrimonio y sus tradiciones, el mejoramiento de sus condiciones económicas, su efectiva participación en el proceso

las Comunidades Indígenas. Los efectos dañinos se dan en la salud de los indígenas expuestos al uso intensivo de biocidas, así como a través de la contaminación química de los suelos y cursos de agua de los que dependen los indígenas, y del debilitamiento de la organización social de las comunidades; la destrucción del hábitat indígena se da con el desmonte que deja devastada la mayor parte de la superficie de los pueblos indígenas que se encuentran en la región oriental sojera del país. ⁴

El informe de la Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay - CODEHUPY da cuenta detalladamente de las diferentes formas de discriminación a las que son sometidos los indígenas y la disputa por el territorio con los campesinos y campesinas, donde ambos son atropellados en sus derechos como en la criminalización de sus luchas, ejecuciones arbitrarias y desapariciones, torturas y otros tratos crueles, inhumanos

de desarrollo nacional y su acceso a un régimen jurídico que les garantice la propiedad de la tierra y otros recursos productivos en igualdad de derechos con los demás ciudadanos. Asimismo, crea el Instituto Paraguayo del Indígena (INDI).

4 FOGEL, R. Efectos socioambientales del enclave sojero (pp. 35-100) En: **Enclave Sojero, merma de soberanía y pobreza**. Asunción: CERI. 260 p. 2005.

y degradantes, trabajos forzosos, detenciones y procedimientos arbitrarios o abusivos, desalojos ilegales, puesta en vigor de una normativa legal punitiva.⁵

En el contexto actual se agudizó la venta irregular de territorios indígenas y la disputa entre campesinos e indígenas por el otro. En este sentido, para Ramírez, se observa que en el desplazamiento forzado de los campesinos, campesinas e indígenas por parte los empresarios del agronegocio se despiertan nuevos antagonismos entre sectores subordinados.⁶

En cuanto al uso de la tierra alquilada a empresarios paraguayos y *brasiguayos*, quienes realizan en ellas cultivos extensivos de soja, pastura, para la extracción de madera y producción de carbón, esto genera conflictos constantes, principalmente por la disminución significativa de animales

5 CODEHUPY (Coordinadora de los Derechos Humanos del Paraguay). **Informe de derechos humanos sobre el caso Marina kue**. Asunción: Paraguay: Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay (CODEHUPY), 248 p. 2012. pp. 25-35.

6 RAMIREZ, D. **Paraguay: entre la Tierra Sin Mal y los malditos terratenientes**. Publicado: 15-12-2013. Consultado: 20-10-2015. Disponible en: <http://www.sinpermiso.info/textos/paraguay-entre-la-tierra-sin-mal-y-los-malditos-terratenientes>,

silvestres, por la tala de los bosques (donde el 88,6 % de las comunidades indígenas aún recolectan alimentos como miel silvestre, frutos silvestres como guabirá, algarrobo, poroto del bosque, coco y cazan principalmente armadillo, lagarto, y venado, obtienen sus recursos para la artesanía desarrollado principalmente por las mujeres con recursos como el karaguatá, la madera, a lana, el guembepi y la hoja de palma) y la fumigación con agrotóxicos. Además, por la contaminación de las fuentes de agua para la pesca y la vida, y de la situación de violencia al interior (agresiones de lesión corporal) y exterior de las comunidades (homicidios, atropello a la comunidad, robo, lesión corporal, abigeato).⁷

En este escenario de conflictos y como resultado de varios años de trabajo, luchas y resistencias, se promulgó el Decreto N° 1039/2018 «PROTOCOLO PARA EL PROCESO DE CONSULTA Y CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS QUE HABITAN EN EL PARAGUAY», sancionado el 28 de diciembre de 2018, contemplado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT sobre los

7 DGEEyC.; STP. **Censo de Comunidades de los Pueblos Indígenas. Resultados Finales** 2012. DGEEyC/ STP. Asunción. 137 p. 2012. pp. 41y 42, 45 y 54-56.

Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, firmado en Ginebra – Suiza el 27 de junio de 1989, y ratificado por el Paraguay el 10 de agosto de 1993. Así el Estado paraguayo refuerza el principio constitucional, específicamente en el capítulo V de los Pueblos Indígenas, donde se incorpora explícitamente el principio de la participación de estos pueblos, en el Art. 65, al establecer que *«se garantiza a los Pueblos Indígenas, el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, la Constitución y las leyes nacionales»*.

Esta fue una conquista y significó un paso histórico para los Pueblos Indígenas del Paraguay. El contenido fue elaborado en forma conjunta por las organizaciones indígenas del país en un proceso participativo que duró más de nueve años, según Hipólito Acevei presidente de la Federación por la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas:

El decreto N° 1039 es una herramienta jurídica vinculante que todos los Pueblos Indígenas del Paraguay deben utilizar para que, dentro de un proceso conjunto, de entendimiento, evitar situaciones que actualmente siguen ocurriendo como el

atropello al territorio, a las comunidades, la dispersión de los pueblos. Hay muchas situaciones de sufrimiento porque varios proponentes de proyectos desconocen nuestra existencia como Pueblos Indígenas. Debemos empoderarnos de esta herramienta, que entró en vigencia el 28 de marzo de 2019, al cumplirse 90 días de la firma de este decreto, dijo Acevei.⁸

Consulta y consentimiento libre, previo e informado a los Pueblos Indígenas del Paraguay

La Consulta se establece para todos los casos en que gobiernos locales, departamentales y nacionales, empresas, instituciones financieras internacionales y

8 FAPI (Federación por la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas). **Campaña Consulta y Consentimiento**. 2019. Disponible en: <https://www.fapi.org.py/consulta-y-consentimiento/> Consultado: 30-10-2020.

otras entidades públicas, privadas e inclusive indígenas que, como proponentes de proyectos, tengan interés en trabajar en Paraguay y ejecutar actividades que puedan afectar los derechos a la tierra, territorios, la vida y los medios de vida tradicionales de los Pueblos Indígenas.

El marco normativo no solo establece la obligación de la parte interesada de hacer la consulta y respetar el derecho de los Pueblos Indígenas afectados de otorgar o no su consentimiento libre, previo e informado sobre la propuesta, como también decidir si quieren participar en las consultas o terminar las consultas en cualquier tiempo.

Las consultas se refieren también a la obligación del Gobierno Paraguayo con los Pueblos Indígenas que debe ser realizada mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Se debe pedir permiso para consultar, y si este fuere otorgado, se inicia de manera acordada, porque la consulta es un proceso interactivo y no se acaba con el consentimiento otorgado para el permiso del proyecto. Al contrario, es un proceso de participación significativa.

Elementos de una consulta de buena fe si el permiso de consulta está otorgado

Todos los Pueblos y Comunidades Indígenas afectados y los proponentes del proyecto deben ser identificados, así como otros interesados, explicitando sus actividades y a sus autoridades tradicionales, los líderes de las comunidades, los técnicos, los asesores u otros que estén autorizados por la Comunidad o Pueblo, a través de sus propios procesos.

Todos los proponentes de proyectos en Paraguay deberán presentar por escrito a los pueblos indígenas afectados, en el idioma establecido por ellos, el permiso para consultarles desde las etapas iniciales de la planificación del proyecto, y deberán ser realizados y dirigidos por el Instituto Paraguayo del Indígena (INDI).

Tanto los proponentes como los Pueblos Indígenas tienen derecho a contar con asesores especializados en temas indígenas para participar del proceso. Los Pueblos Indígenas afectados no deben ser forzados ni obligados

a tomar una decisión apurada. Los procesos de toma de decisiones son resultados de asambleas consensuadas y de lograrse un entendimiento, y los periodos de tiempo deben ser razonables y acordados entre las partes.

Con la perspectiva de realizar procesos de consultas y consentimientos de manera clara, los pueblos deben explicar sus normas relevantes y costumbres a los proponentes del proyecto y a los órganos del Gobierno; y si hay necesidad, se debe buscar una tercera parte imparcial para que actúe como mediadora o facilitadora, garantizando la libre decisión de los Pueblos en la consulta.

Hasta que los pueblos no otorguen su consentimiento, el proponente no podrá realizar ninguna actividad dentro de las comunidades, territorio o recursos naturales de los mismos. Durante el proceso de consulta no debe haber actos de violencia o intimidación, ni ofrecimiento cuestionable o irregular a individuos del pueblo afectado, sobornos o regalos.

Se necesita contar con un estudio detallado y transparente sobre los impactos culturales, sociales y ambientales que deben ser realizados por entidades independientes y técnicamente capaces, con la aprobación

y supervisión de las partes y del INDI, a fin de garantizar el respeto a sus tradiciones y costumbres. Toda la información relevante relacionada al relevamiento de dato y al proceso de consulta deben ser proporcionadas a las comunidades de manera culturalmente apropiada para el mejor entendimiento de estas, antes de que cualquier decisión sea tomada por los Pueblos Indígenas y Comunidades. Deben existir discusiones abiertas y transparentes sobre la propiedad intelectual y participación en los beneficios que incluyan un calendario de desembolsos y si fuese necesario de mitigación ambiental entre otros.

Las partes deben establecer instancias de monitoreo conjunto, de evaluación e implementación a fin de asegurar que sus acuerdos y planes de trabajo consensuados en beneficio del proyecto y la comunidad sean implementados de buena fe.

Deber y obligación del Estado y recursos disponibles para implementar el Protocolo

La responsabilidad última de respetar y hacer respetar los derechos humanos y derechos constitucionales de los Pueblos Indígenas en el país recae en el Estado paraguayo. Esto incluye el deber y la obligación del Estado a garantizar la consulta y el consentimiento previo, libre e informado de estos pueblos antes de realizar cualquier proyecto en todo el territorio nacional.

Para el cumplimiento del presente protocolo, los Organismos y Entidades del Estado (OEE) deberán prever las partidas presupuestarias necesarias para que las instituciones públicas encargadas de su aplicación cumplan con el objetivo previsto en la misma, incluido el apoyo técnico y económico a los Pueblos Indígenas afectados; sin perjuicio de los programas atinentes establecidos para el efecto para los Pueblos Indígenas del Paraguay.

Presentación Colombia

Colombia: Protocolos Autonómicos,
respuesta comunitaria al
debilitamiento de la consulta
previa.

Guillermo Padilla, PhD⁹

Aunque Colombia es el Estado latinoamericano donde más consultas previas se han llevado a cabo, persisten graves problemas que tienen a este derecho en cuidados intensivos. Para abril de 2020, el Ministerio de Interior informaba que en el país estaban activos 10.200 procesos de consulta previa que involucran a población étnica, en

9 Abogado de la Universidad Nacional de Colombia y PhD en Estudios Latinoamericanos con énfasis en antropología jurídica de la Universidad de California en Berkeley. Actualmente es investigador y profesor en el CIESAS Pacífico Sur en Oaxaca, México. Contacto: padillarubianog@gmail.com

cuyos territorios se planean decisiones administrativas o se desarrollan proyectos de inversión, la mayor parte de ellos, relacionados con industrias extractivas o megaobras de infraestructura.¹⁰

Entre los problemas que han debilitado la implementación de este derecho, tenemos la corrupción de algunos líderes e intermediarios, que por un precio se comprometen a agilizar las consultas, en particular en comunidades afrodescendientes, muchas de cuyas prácticas son promovidas por el mismo Estado, en su afán por lograr «eficacia» sin las interrupciones que acarrearán las prácticas legales de consulta previa. También persiste una grave asimetría en relación con el control financiero que las empresas tienen, en temas fundamentales como son los estudios de impacto ambiental, el pago de transporte y alojamiento de quienes participan en las consultas incluyendo a los mismos funcionarios del Estado.

Estos problemas junto con otros que tienen que ver con el tiempo que toma la formalización de este derecho son ajustables, si se cumpliera la premisa de

10 Mendoza, Diana Alexandra. 2020 «El ímpetu de la autodeterminación de los pueblos indígenas en Colombia». IPDRS.

la «buena fe» por parte del gobierno, pero la ruta que este ha tomado ha sido el de reducirlo a un trámite administrativo de carácter formal.

Esto ha llevado a que la consulta «previa» se convoque una vez son acordadas por el gobierno y las empresas, las intervenciones en los territorios colectivos, una vez se han protocolizado concesiones, licitaciones, subastas, contratos, estudios técnicos, etc.

Un ejemplo reciente de este tipo de prácticas es la adjudicación de seis parques eólicos en territorios del pueblo Wayúu de la Guajira, en una subasta de energías renovables finalizada en octubre de 2019. Con posterioridad a esa fecha, el gobierno y las empresas beneficiadas iniciaron las consultas previas valiéndose de un mecanismo exprés denominado «Guajira consulta y actúa», concebido, avalado y promocionado por el Gobierno sin la participación de las comunidades indígenas.¹¹

En este contexto, la consulta previa que había sido el mecanismo por excelencia de interlocución con el Estado y las llamadas comunidades étnicas, que

11 Ibidem.

además de los pueblos indígenas incluye a comunidades afrodescendientes, los pueblos Rom (gitanos) y las comunidades raizales de las islas colombianas en el Caribe, se ha convertido en un instrumento que legitima las asimetrías de poder que hostigan la nación.

La respuesta de las comunidades y pueblos, en los últimos cinco años, ha sido apoyarse en la formulación de protocolos autonómicos, como instrumentos que se fundamentan en sus culturas, cosmovisiones y leyes de origen o «derecho mayor», afirmando con esto el ejercicio de su autonomía y libre determinación, reconocida nacional e internacionalmente. Estos protocolos parten del terreno abonado por resoluciones judiciales progresistas respecto a la importancia de la CP. Uno de los temas reseñados en los protocolos es el consentimiento, donde las comunidades y pueblos remarcan su derecho al veto.

En Colombia, el contenido y el espacio de aplicación del derecho a la consulta previa (CP) y al consentimiento libre, previo e informado (CLPI), se perfilaron a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹². Sin embargo, la Corte también ha cuestionado la noción del

12 Corte Constitucional, Sentencia T-129 de mayo de 2011.

«consentimiento» como un tácito derecho de veto.

Las antiguas posiciones garantistas que apoyaban el consentimiento cuando la gravedad del impacto así lo ameritaban, han cambiado bajo el argumento que el Convenio 169, que forma parte de la base legal de este derecho, solo trata de la consulta y no del consentimiento, que, al ser planteado por la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, no tiene el carácter vinculante, que sí tiene el Convenio.

Sin embargo, esto vale desde el punto de vista legal, más no político, donde la declaración sí tiene efectos vinculantes.

La Corte Constitucional ha expresado que mientras la consulta previa a las comunidades indígenas es el estándar general, el consentimiento previo, libre e informado es un estándar excepcional que procede en los eventos descritos por la jurisprudencia constitucional y el derecho internacional, asociados al traslado o reubicación de una comunidad; por amenaza de extinción física o cultural; o por uso o depósito de materiales peligrosos en sus tierras y territorios.

La Corte llega incluso a decir que aún así, si se prueba que todas las alternativas propuestas como «menos lesivas» por la comunidad conllevan a su extinción, el derecho a la integridad étnica y cultural y el derecho a la subsistencia prevalecerá, en virtud del principio *pro-homine*.

Así pues, este posicionamiento llega más lejos en cuanto protección de la integridad étnica y cultural de los pueblos, advirtiendo de nuevo que cuando el derecho a la consulta previa y al consentimiento dependa la supervivencia de los pueblos indígenas, el «interés social» al cual se refiere el Estado, no primará en todo caso.

Entre 2014 y 2017, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la cooperación española impulsaron procesos participativos en los territorios indígenas y afros, de los que resultaron protocolos autonómicos, como los del Pueblo Arhuaco de la Sierra Nevada de Santa Marta; del Resguardo Nasa de Cerro Tijeras; del 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.

El Protocolo Autónomo del Pueblo Arhuaco (2017) toma como punto de partida los fundamentos de su Ley de Origen, el *Seyn Zare*, que les fue dado para que cumplieran el mandato de cuidar y sanar la naturaleza y desde sus sitios sagrados, proteger la continuidad y armonía de la vida en todo el planeta. De ahí surge la «Madre espiritual», *Jaba Sénenulang*, o *Ati Zeynekun*, como la esencia o energía de que fue conformando todo el mundo.¹³

Este protocolo desarrolla un conjunto de parámetros de valoración de afectaciones que involucra una perspectiva del cuidado de la Sierra y su cultura y aquellas intervenciones humanas que pueden afectarlos. El mandato también describe la estructura del gobierno propio, y su función frente al relacionamiento con terceros, incluyendo la consulta previa. Define de antemano aquellos asuntos sobre los cuales no podrá haber consentimiento y, por lo tanto, no tienen por qué ser objeto de consulta.

El protocolo del Pueblo Nasa de Cerro Tijeras, parte de la cultura y de una identidad colectiva estrechamente ligada a los animales, el sol, el agua y el territorio.

13 Padilla, Guillermo. 2020 **Participación indígena en Colombia, la individualización del sujeto colectivo. El caso del pueblo arhuaco.** La Paz: Konrad Adenauer, en imprenta.

Todos ellos se ven afectados por la violencia armada y por la construcción de la Represa de La Salvajina, una mega obra llevada a cabo sin consultar ni dar participación alguna a los pobladores de la región. De hecho, el muro del embalse se construyó sobre el espíritu del agua: el *Xia Kue*.

A la presentación de los pilares en el relacionamiento con el exterior, sigue la descripción de las instituciones e instancias de gobierno y autoridad que atienden la espiritualidad, la armonía del territorio, la administración y el gobierno. El orden social, cultural y espiritual recae en las autoridades ancestrales, los *Thé Wala*. Ellos y ellas son los portadores del conocimiento y del saber médico y ritual y son la única autoridad legítima para representar a la comunidad en procesos consultivos. A través de ellos se articulan el sistema de gobierno y la Jurisdicción Especial Indígena al interior de sus territorios.

Con un enfoque diferente, el protocolo del pueblo negro de los Consejos Comunitarios de Suarez y Buenos Aires en el norte del Cauca, reafirma su tradición e identidad como parte de un pueblo afrodescendiente que fue esclavizado, pero que nunca retrocedió en su lucha por la libertad y la autonomía. El documento fija los mecanismos a los que deberán ceñirse los procesos de

consulta previa, haciendo valer el reglamento interno, el plan de uso y manejo, y el plan de etnodesarrollo de las comunidades.

El protocolo enfatiza tres temas esenciales para el pueblo. El primero hace referencia a la forma de financiación de las consultas previas. Una de las dificultades que se presentan, como ya lo mencionamos, es la asimetría en el poder de diálogo y negociación atribuibles a que son las mismas empresas interesadas las que financian las consultas. El protocolo plantea que es el Estado, y no las empresas, el que tiene la responsabilidad de financiar los procesos de consulta bajo los principios de transparencia e imparcialidad, y debe vigilar su ejecución a través de las entidades concernidas.

Un segundo tema es la evaluación preliminar de la empresa interesada que consiste en calificar su responsabilidad social: si anteriormente ocasionó un daño o perjuicio a otros pueblos o comunidades, deberá resarcirlos antes de la consulta. Finalmente, plantea el poder vinculante del derecho al consentimiento ligado a la objeción cultural y ambiental.

En el contexto actual, es difícil que los protocolos autonómicos se logren implementar en el corto plazo. De hecho, el Ministerio de Interior ha manifestado que no es partidario de estas iniciativas, una 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.

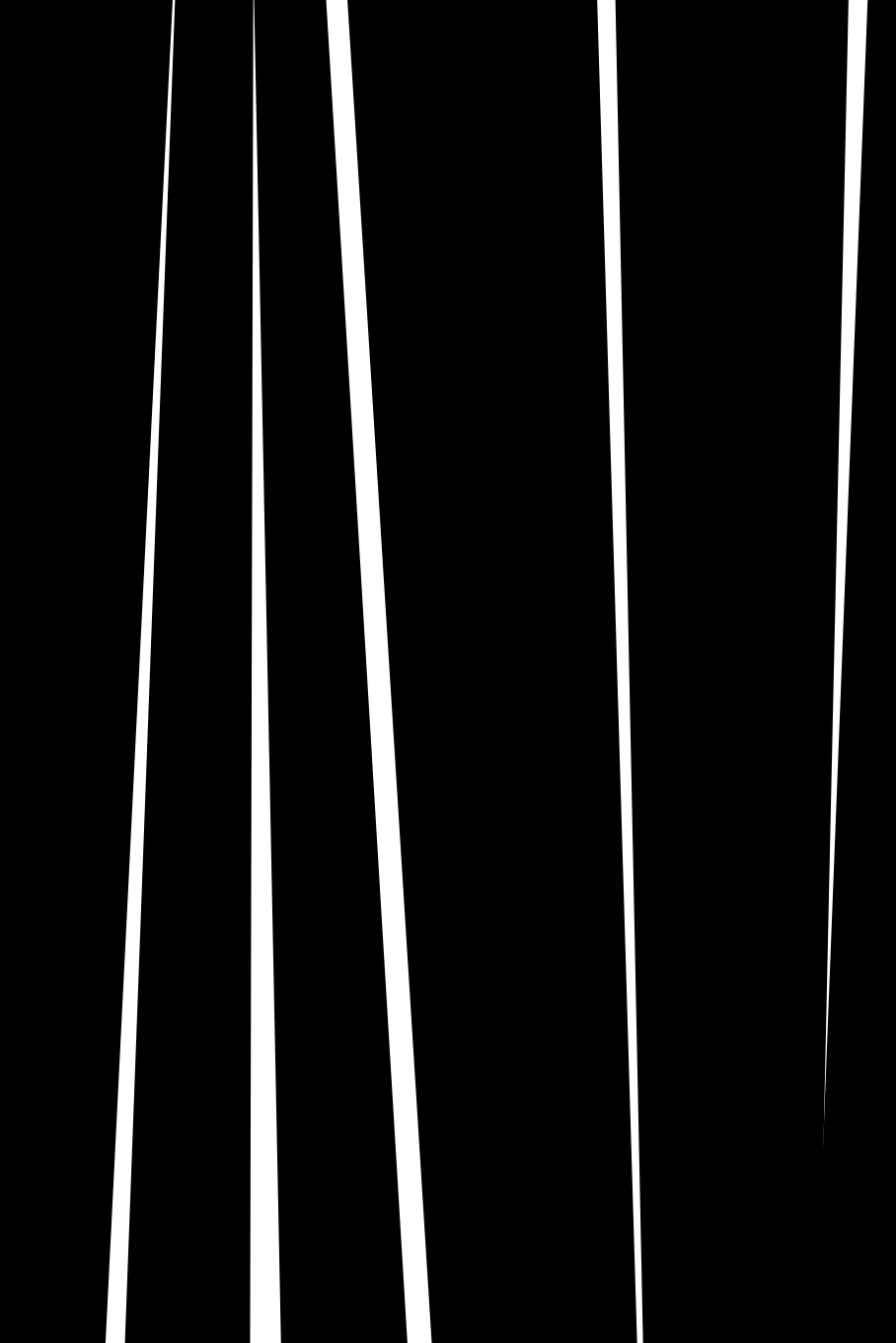
Sin la implementación de los protocolos, las posibilidades que este derecho no se convierta en un trámite burocrático formal, están en la vigencia de lo desarrollado por la Corte Constitucional, cuya posición más garantista es la expresada en la Sentencia T-129 de 2011 y la última en torno a este tema, es la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-123, del 15 de noviembre del 2018. De la cual extraemos los siguientes apartes que consideramos señalan un marco de interpretación importante:

a) La consulta previa trata de un derecho fundamental e irrenunciable y su objetivo es intentar lograr, en forma genuina y mediante diálogo intercultural, el consentimiento de las comunidades indígenas y tribales sobre las medidas (administrativas

y legislativas) que las afecten. Así mismo, debe guiarse por los principios generales de buena fe entre las partes, participación efectiva y activa de los pueblos interesados, diálogo intercultural, ausencia de derecho de veto, flexibilidad, información y respeto de la diversidad étnica y cultural.

b) Esta consulta procede siempre que exista la posibilidad de afectación directa del grupo étnico, concepto indeterminado que hace referencia al impacto positivo o negativo que tiene una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyan la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica.

Uno de los magistrados que participó en la unificación de jurisprudencia de esta sentencia, la SU-123/2018, explicaba que la consulta previa debe ser orientada a tener el consentimiento de comunidades indígenas y afrodescendientes, en donde «los indígenas no tienen un derecho de veto, pero el Estado tampoco tiene un derecho de imposición arbitraria de sus decisiones».



Presentación **México**

Esbozo del derecho a la consulta en el caso mexicano

Magdalena Gómez¹⁴

En primer lugar es importante explicar en que consiste el derecho de consulta previa, libre, informada y con pertinencia cultural establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Se trata de que los Estados que lo han ratificado garanticen a los pueblos indígenas y tribales, la información de manera previa y libre sobre las medidas legislativas o la autorización o concesión de proyectos o programas que pretendan adoptar.

Para ello, se debe construir un proceso donde los pueblos participen y tenga como objetivo, alcanzar

14 Académica de la Universidad Pedagógica Nacional y colaboradora de sección de opinión en el periódico La Jornada. Contacto: [magdgomez@hotmail.com](mailto:magdomez@hotmail.com)

un acuerdo. Este principio de consulta permitirá a estos pueblos, fortalecer su autodeterminación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales.¹⁵

El derecho a la consulta en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En 2001 se incluyó en el apartado B del artículo 2º constitucional¹⁶ fracción IX, que ahora señala: «Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional

15 Inciso E, apartado 1, párr. 42 a) del Documento UNEP/CBD/WG8J/4/7 del 24 de noviembre de 2005, sobre la Elaboración de los Elementos de Sistemas Sui Generis para la Protección de los Conocimientos, Innovaciones y Prácticas Tradicionales, del Grupo de trabajo sobre el Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas.

16 El texto fue reformado el 29 de enero de 2016, para incluir a la Ciudad de México.

de Desarrollo y de los planes de las entidades federativas, de los Municipios y, cuando proceda, de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen». Ésa es la muy limitada base jurídica que no incluyó la que proviene del derecho internacional. En específico, lo que establece el Convenio 169. Por fortuna, desde 2011, con la reforma al artículo 1º, ya los Tratados en materia de derechos humanos están a la par que la Constitución.

Ausencia de reglamentación del derecho a la consulta en México

Entre 2003 y 2010 se elaboraron cuatro iniciativas que nunca alcanzaron aprobación como ley. La primera de ellas, la llamada Ley de Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas, del 4 agosto de 2003, fue aprobada en el Senado el 14 de diciembre de 2005 y enviada formalmente a la Cámara de Diputados. Las otras iniciativas formales y en proceso de dictamen son la Ley del Sistema de Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas, del 27 de abril de 2004;

la Ley General del Sistema Nacional de Consulta Indígena, del 18 de septiembre de 2008, y la Ley Federal de Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas, del 25 de marzo de 2010. Peor aún, es obvio que estas iniciativas no fueron producto de ninguna consulta conforme a derecho, ni conforme a la abundante y significativa jurisprudencia internacional de la OIT o del Sistema Interamericano. Marcan el acento en el procedimiento de foros regionales abiertos. Algunos incluyen asambleas comunitarias, encuestas y entrevistas, la creación de organismos técnicos para procesarla o de instancias de coordinación bicameral, o en la propia Comisión de Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI).¹⁷ Tienden implícitamente al enfoque de recabar y sistematizar opiniones, más que a construir acuerdos. Llama la atención que dos de los proyectos excluyen de la consulta el tema del Presupuesto de Egresos en Materia Indígena, y uno de ellos agrega en la «exclusión» el nombramiento de mandos medios y superiores en los organismos dedicados a las políticas (públicas) en el ámbito indígena. Parecen decirles a los pueblos que los cargos y recursos públicos no les corresponden.

17 Que fue sustituida por el Instituto Nacional de Pueblos Indígenas (INPI).

En lugar de leyes reglamentarias, el Gobierno Federal ha optado por elaborar Protocolos, sin consulta, donde marcan las fases de las consultas, definen a quienes se consulta, integran comités y sacan conclusiones. Estos protocolos son una suerte de reglamentos administrativos que no satisfacen a los pueblos que resultan afectados, pues por lo general las llamadas consultas se realizan después de otorgada una concesión en los casos de megaproyectos.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) presentó el 11 de julio de 2016 la Recomendación General número 27 «Sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre, Informada, Culturalmente Adecuada y de Buena Fe de los Pueblos y Comunidades Indígenas de la República Mexicana», que propone la incorporación expresa de dicho derecho dentro del sistema jurídico mexicano, mediante la elaboración de leyes específicas sobre el mismo, tanto a nivel federal como local, sustentadas en los más altos estándares de protección, tanto nacionales como internacionales, como la vía para que tal prerrogativa adquiera la vigencia y efectividad que le es debida. Inclusive recientemente la Suprema Corte de Justicia determinó que se debe emitir una ley reglamentaria.

Perspectiva

Entre los pueblos hay diversas posturas frente al derecho a la consulta. En algunos casos no aceptan participar, en otros han realizado impugnaciones judiciales con resultados insatisfactorios pues no se detienen los proyectos impugnados y, también están divididos respecto a la emisión de una ley reglamentaria.

Uno de los signos positivos del Convenio 169 de la OIT es que considera la consulta previa y la participación. Sin embargo, desde su discusión y aprobación, fue evidente que distinguían la consulta, respecto de la decisión que, en su caso, tomarán los gobiernos sobre el contenido de esta. Los pueblos recriminan la violación sistemática de este derecho, así como su derecho a decir *no* en una consulta, si el proyecto que les están mostrando afecta su derecho al territorio, por ejemplo, y lo están planteando en diversos casos que han llegado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (como el de la tribu Yaqui por la autorización, sin consulta, del Acueducto Independencia).¹⁸

18 Existen casos emblemáticos en México como el Yaqui, el de

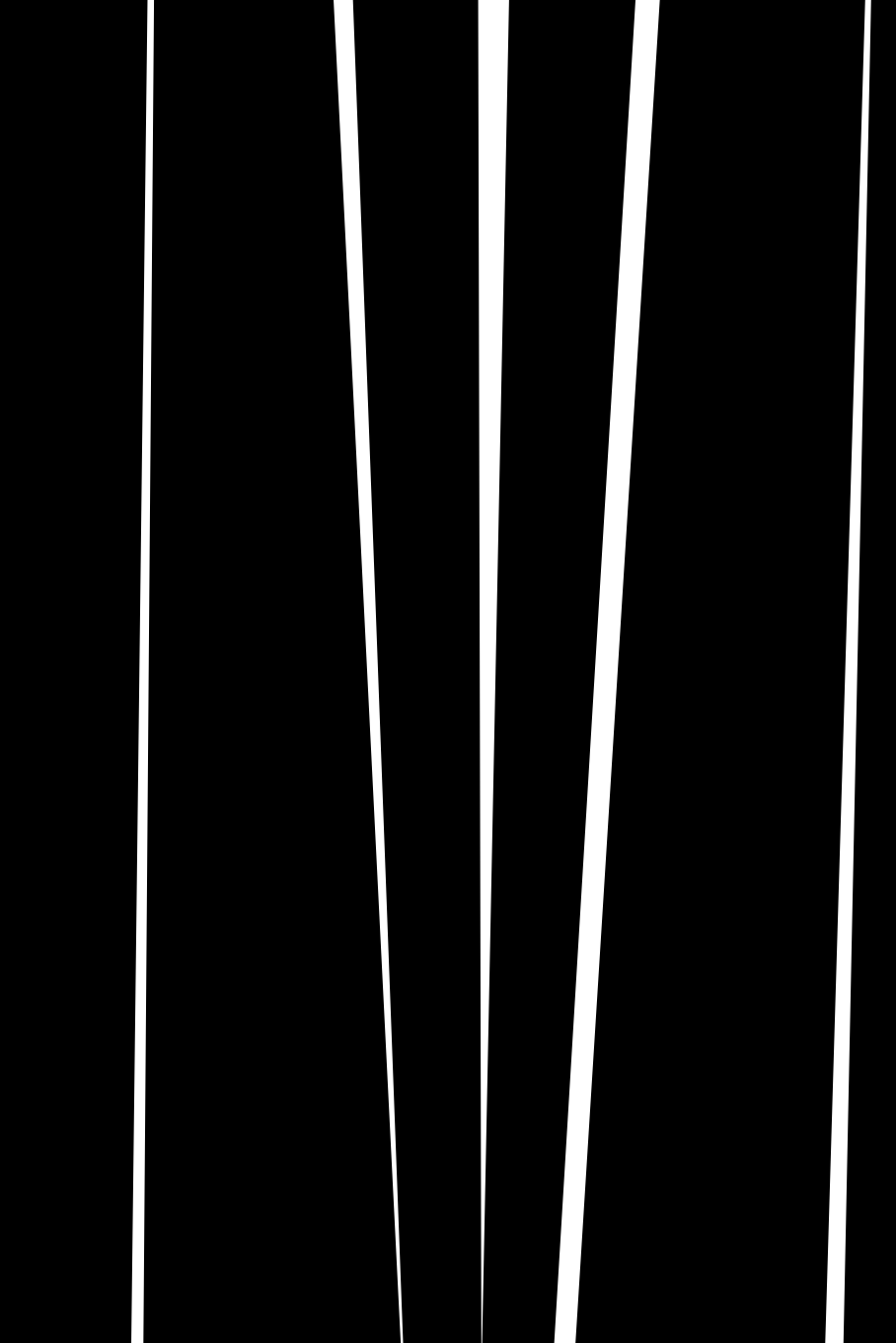
Normalmente, las decisiones estatales respecto a ¿cuándo?, ¿dónde? y ¿cómo? explotar los recursos naturales se justifican en nombre de los intereses de la nación, los cuales suelen ser interpretados como el reflejo de los intereses de la mayoría. El resultado redunda en que los derechos e intereses de los grupos sin representación, como lo son los pueblos indígenas y otros, frecuentemente terminan siendo subordinados, en nombre de los llamados intereses de la mayoría. Esta dinámica típicamente genera conflictos, y los perjudicados por lo regular son los pueblos indígenas, cuyos derechos son relegados a un segundo plano.

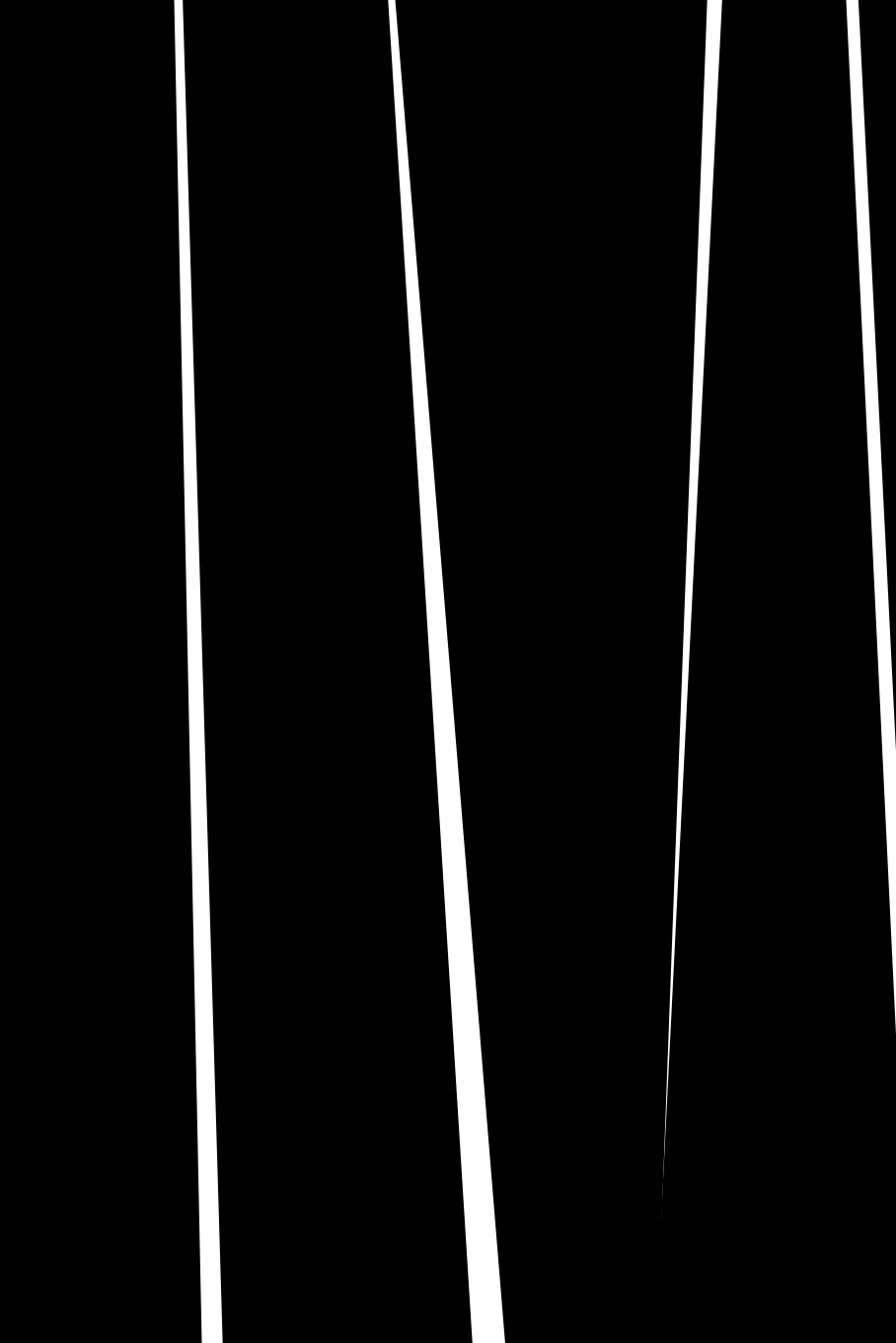
De manera que la consulta indígena solo es la punta del iceberg de una problemática más amplia, que incluye las escasas garantías que el Estado ofrece para el acceso a la justicia para los pueblos indígenas; el impacto del despojo territorial que han sufrido; el riesgo presente con megaproyectos, concesiones mineras y aún las exploraciones en materia energética y, en general, la operación del proyecto neoliberal de Estado que resulta antagónico a los derechos de los pueblos originarios.

Cherán o el de Juchitán contra la eólica, que han sido analizados en otros textos que anotaré en bibliografía.

El Estado mexicano ha diseñado una estrategia que combina la cooptación con el discurso jurídico para sustentar un mensaje equívoco de supuesto respeto al derecho a la consulta. Un soporte para que ello sea posible es la división comunitaria y la consecuente pérdida de las instancias representativas de los pueblos indígenas.

En síntesis, es evidente que solo con la consulta a secas con sus estándares internacionales, en el caso de que se pretendieran respetar, resulta insuficiente: el camino es la reivindicación del territorio, la autonomía y la libre determinación.





primera parte: LA FUERZA VINCULANTE DEL PROTOCOLO AUTONÓMICO DE CONSULTA

Carlos Marés ¹⁹

19 Carlos Frederico Marés de Souza Filho es profesor titular de Derecho Agrario y de Derecho Socioambiental del programa de Maestría y Doctorado de la PUCPR. Investigador del Grupo de Trabajo «Derecho, Clases Sociales y Reconfiguración del Capital » del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO) y Coordinador del Grupo de Investigación «Medio Ambiente: sociedades tradicionales y sociedad hegemónica», PPGD/PUCPR. Contacto: carlosmares@terra.com.br

1. Introducción

El siglo XX estuvo marcado por profundas alteraciones en los derechos nacionales y en las normas internacionales referentes a los pueblos indígenas, principalmente, después de grandes movilizaciones que consiguieron suscitar transformaciones sustanciales en las Constituciones de los Estados nacionales y en la posición de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el reclutamiento de los llamados «trabajadores indígenas».

Hasta a mediados del siglo XX, los pueblos tradicionales eran considerados reservas de mano de obra y el organismo internacional del trabajo indicaba a los Estados nacionales que organizaran puestos de trabajo para integrarlos al sistema laboral.

Por lo tanto, en las Constituciones nacionales, comenzando por la brasileña de 1988, así como en la normativa internacional de la OIT, la ruptura se dio al abandonar el ideario integracionista y reconocer que los pueblos tienen derecho a ser pueblos, es decir, a continuar siendo grupos diferentes al de la sociedad nacional hegemónica, que se rigen por sus

propias leyes y jerarquías sin necesidad de ser integrados. O, en el concepto del Convenio 169 de la OIT: «(pueblos) cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos, total o parcialmente, por sus propias costumbres o tradiciones.»

Para que los derechos de los pueblos fueron introducidos en los sistemas legales nacionales, hubo necesidad de profundas transformaciones. La modernidad estaba modelada en los parámetros de los derechos individuales patrimoniales y los derechos de los pueblos son colectivos, comunitarios, a los cuales el patrimonio les interesa no como un bien de valor económico, sino, como referencia cultural, religiosa, mística o simbólica de uso. Esta transformación, ocurrida al final del siglo XX, no se dio únicamente para los derechos de los pueblos, otros derechos fueron cubiertos por ella. Es que la naturaleza, llamada como medio ambiente por la Constitución, también ganó protección especial en el Derecho y se tornó un bien jurídico de titularidad difusa o colectiva. A lo que se le debe sumar a ello el llamado patrimonio cultural y genético, en todas sus gamas e incluso, el derecho del consumidor, mucho más próximo al derecho patrimonial, pero también considerado colectivo o difuso.

Los derechos de los pueblos fueron reconocidos y garantizados en primer lugar como el derecho de existir como pueblo, de mantener su cultura y organización social. En segundo lugar, como el derecho al territorio para que puedan desenvolver su cultura y la organización social. En este sentido, los dos grandes derechos son el de ser y el de estar en su lugar. De ahí surgen los otros, material o inmaterialmente considerados. Esos derechos incluyen, por deducción obvia, una autodeterminación de escoger su futuro. En general, los Estados nacionales y sus órganos internacionales retiraron de esa autodeterminación el derecho de constituirse como Estado, lo que no es, en general, un problema para los pueblos tradicionales de América Latina que reclaman independencia pero con la protección del Estado.

Esos derechos a la autodeterminación implican otro derecho también obvio, el de ser consultados siempre que cualquier medida, acto o acción de la sociedad hegemónica pueda interferir en el ser social o su territorialidad. Esta consulta está expresa en el Convenio 169 de la OIT con adjetivos como: «previa», «libre», «informada» y de «buena fe». Estos adjetivos, aunque explícitos en el Convenio, hacen parte del propio concepto de consulta y están en la esencia de los derechos establecidos y reco-

nocidos; no es posible imaginar una consulta que no sea libre, previa, informada y de buena fe. Cualquiera de los adjetivos que le falte implicaría su nulidad por la simple aplicación de las reglas del derecho civil y de la propia civilización. Pero, para que no queden dudas, está expreso.

La consulta necesita de un procedimiento apropiado que garantice los adjetivos establecidos. El Convenio determina que estos procedimientos estén de acuerdo con las instituciones representativas de cada pueblo ¿cómo proceder entonces?

2. La introducción de las leyes tradicionales en las leyes nacionales

Hasta a mediados del siglo XX, mientras se fortalecían las leyes de integración de los pueblos tradicionales por el trabajo asalariado individual, las protecciones y garantías de los derechos eran provisorias,

hasta que todos los miembros de un pueblo fueran integrados de acuerdo a los criterios del Estado, cuando, entonces, dejaba de existir el pueblo. Ello significaba que, a pesar del reconocimiento de la existencia de los pueblos, sus normas internas eran apenas toleradas, desde que no colisionaran con las normas estatales ni con los procesos de integración.²⁰ Por eso, aunque se reconociera la existencia de derechos colectivos sobre los bienes culturales tradicionales y sobre el territorio, estos derechos no eran para siempre, contaban con un valor siempre y cuando no hubiera integración o, como decía el Príncipe Regente D. João VI, quien sabía sin ironía que al declarar la guerra a los *botocudos* de Río de Janeiro, hasta que pasen a gozar de los «bienes permanentes de una sociedad pacífica y dulce, debajo de las justas y humanas leyes que rigen a mis pueblos».²¹

20 A propósito, ver el libro: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

21 BRASIL. Carta Régia de 13 de mayo de 1808 firmada por el Príncipe Regente pidiéndole al Gobernador de Minas Gerais que haga la guerra a los Botocudos. Disponible en: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/carregsn/antioresa1824/cartaregia-40169-13-maio-1808-572129-publicacaooriginal-95256-pe.html>. Acceso en: 9 nov. 2018.

En aquella perspectiva integracionista, por lo tanto, el Derecho estatal no tenía porqué introducir normas relativas del Derecho interno de cada pueblo, ya que deberían valer las normas establecidas para la integración. La ruptura promovida con las Constituciones Latinoamericanas del final del siglo XX y del inicio del siglo XXI, comenzando por la brasileña, garantizado la existencia de los pueblos como tales, su organización social con normas internas, disposiciones jerárquicas y un territorio suficiente para la reproducción física y cultural, mudó completamente el panorama de las leyes nacionales y pasó, entonces, a ser necesario saber el que hacer con las decisiones internas tomadas por los pueblos y que pasaron a influenciar la relación de cada uno con los Estados nacionales, sea en el ejercicio de las decisiones internas y su territorio, sea en la relación estricta entre sus miembros.

El sistema legal, a partir de esa ruptura, no podrá más tolerar únicamente la existencia de sistemas normativos propios, sino que tendrá que reconocer la duplicidad de sistemas y su ni siempre pacífica convivencia. Dependiendo del caso y de la intensidad de aplicación de las Constituciones, la legalidad nacional puede reconocer la efectividad de los sistemas tradicionales o legislar introduciendo en las leyes nacionales institutos de los

pueblos tradicionales. Ambos casos son limitados.

La ruptura se dio en las Constituciones Latinoamericanas, acompañadas por la legislación internacional, especialmente por el Convenio 169 de la OIT de 1989, que alteró la Convenio 107 de 1957, integracionista por esencia, tanto que era aplicada a los *miembros* de las comunidades tribales y semitribales, inclusive indígenas, mientras que el Convenio 169 es aplicada a los *pueblos* indígenas y tribales.²²

Al ser muy profundos los cambios, las normativas internacionales y nacionales demoraron para ser comprendidas en la práctica de las administraciones y en los procedimientos judiciales estatales, habitual en los sistemas legales de cada país, siempre influenciados por una fuerte concepción de centralidad del Estado y de sus leyes – por lo tanto, integracionistas. Por eso son limitados tanto los casos en que el Estado reconoce y armoniza las reglas internas de cada pueblo como aquellos casos en que introduce en el sistema institutos de un pueblo, generalizándolos.

22 La primera era aplicada a los miembros, siempre que existieran las sociedades; la segunda, a las sociedades, para siempre.

La aplaudida y elogiada decisión del Poder Judicial de Roraima que reconoció que una pena aplicada por la comunidad indígena inhibiría la aplicación de la sanción por el Estado, decidiendo «Declarar la ausencia in casu del derecho de punición estatal, de cara al juzgamiento del hecho por la comunidad indígena»,²³ es un ejemplo. Hubo un homicidio en el que se vieron involucrados dos integrantes de una comunidad en Roraima y las comunidades, por sus instancias propias, decidieron aplicar una pena de destierro temporal de los culpados por cinco años para otra comunidad. Aún así, hubo una denuncia formal del Ministerio Público contra el acusado. En el proceso judicial, se alegó que ya se habría decidido un castigo por el mismo hecho, adelantado por la comunidad, mucho más rápida y eficiente que la estatal. El juez investido por el Estado reconoció la existencia de la pena comunitaria y la exclusión del derecho a castigar del Estado, sería subsidiario al derecho de castigar de la comunidad. La decisión, sin duda innovadora y meritoria, utiliza el sistema jurídico estatal para excluirlo siempre y cuando ya haya castigo comunitario. En la

23 RORAIMA. Tribunal de Justicia (TJ-RR). Apelación Criminal n. 0090.10.000302-0. Cámara Única, Turma Criminal. Relator Desembargador Mauro Campello. Juzgado el 18 diciembre de 2015.

realidad, no se trata de admitir una jurisdicción extra estatal, independiente y autónoma, sino de la posibilidad del Estado de no intervenir siempre que haya eficacia en el castigo de la comunidad. Sin duda, es un avance en el reconocimiento de las autonomías comunitarias y en la solución de conflictos entre normas estatales y normas comunitarias. Es claro que aquí se trata de Derecho Penal, que tiene siempre que ser modulado por los Derechos Humanos y con especial cuidado para que no haya exceso en la pena.

Diferente de eso es cuando el Derecho estatal resuelve introducir en su normatividad institutos jurídicos, formas y procedimientos propios de los derechos comunitarios. Pedro Pachaguaya Yurja, antropólogo e investigador, relata las dificultades de la utilización de símbolos y poderes de los pueblos de Bolivia en el sistema judicial estatal sobre la égida de la Constitución Plurinacional en un excelente trabajo inédito titulado «*El tabú de Tatarrey: autoridad, ecología y género en comunidades del sur de Oruro*»²⁴. Relata que, al apropiarse de

24 YURJA, Pedro Pachaguaya. *El Tabú de Tatarrey: autoridad, ecología y género em comunidades del sur de Oruro*. II Reunión Plenaria del GT CLACSO «Derecho, Clases Sociales y Reconfiguración del Capital». Curitiba: PUCPR, 22-26 out. 2018.

la autoridad de *Tatarrey*,²⁵ con su poder simbólico de resolución de conflictos, el Estado olvida u omite deliberadamente todos los otros símbolos y poderes que informan y fortalecen y constituyen el *Tatarrey*. Entre los símbolos olvidados está el papel de la mujer, guardiana de las actas, por tanto de las decisiones anteriores o de la jurisprudencia, como se diría en el lenguaje moderno. Este hecho quiebra una parte importante del *Tatarrey* y lo adapta a la visión masculina del mundo, como si el *Tatarrey* pudiera decidir sin las actas anteriores y sin la historia salvaguardada por las mujeres. Pero no es solo esto; relata Pachaugaya que el *Tatarrey* no se entiende como un cargo honorífico, sino como una misión, es por eso que es designado por la comunidad después de un largo camino de servicios impuestos o voluntarios, muchas veces cumplidos como castigo por maleficios. Ese camino se llama *Thakhi*, sin el cual el *Tatarrey* queda completamente desvirtuado. El Estado, al introducir

25 De acuerdo al antropólogo Pedro Pachaguaya Yurja, entre los pueblos indígenas de Bolivia el *Tatarrey* es una autoridad tradicional que tiene el papel de juzgar casos complejos que envuelven una o más comunidades y familias, en general en cuestiones de uso de la tierra. El escogido es siempre un hombre con historia en la comunidad, que obligatoriamente ya haya resuelto casos menores o ya haya sido *Tatarrey*. MARÉS, Carlos. *Tatarrey*. Revista PUB, 14 jan. 2019. Disponible en: <https://www.revista-pub.org/blog/tatarrey>. Acceso en: 21 abr. 2019.

el *Tatarrey*, nomina directamente una persona por sus méritos y no porque haya recorrido el *Thakhi*. El *Thakhi* no se recorre por reconocimiento honorífico, sino por la determinación de la comunidad, no siendo pocas las veces que se elige para el cumplimiento del castigo por errores cometidos. De esta forma, el *Tatarrey* del Estado desvirtúa el original y, peor que eso, al desvirtuarse, se retira del *Tatarrey* original el poder real y simbólico en la solución de los conflictos, especialmente de tierras.

Aunque pueda existir una buena voluntad del Estado, el reconocimiento de derechos propios tradicionales con su armonización en las estáticas estructuras estatales transforma el derecho original y lo condiciona tanto para las relaciones internas a las que servían como para las relaciones entre ellas y el Estado nacional, dejando claro en ambos ejemplos que el Estado, al tener la palabra final, utiliza criterios modernos que pueden favorecer a los pueblos, pero también desvirtuar su organización social.

3. El derecho de ser consultados y la obligación de consultar

El Convenio 169 de la OIT dispone que, siempre que una medida o acto administrativo o legislativo del Estado pueda ocasionar daño o amenaza de daños a derechos, el pueblo afectado debe ser consultado previamente para ofrecer su consentimiento. Determina el artículo 6 que los pueblos deben ser consultados mediante procedimientos apropiados a través de sus instituciones representativas. Complementa el artículo que la consulta debe ser hecha de buena fe.

La obligación de consulta deriva de la necesidad de que los Estados nacionales preserven los derechos de los pueblos – o, dicho de forma inversa, la seguridad de los derechos de los pueblos tradicionales genera a los Estados la obligación de consultar. Es claro que la consulta debe ser hecha por las instituciones representativas de cada pueblo. Es en este punto de inflexión donde reside la posibilidad de romper con

las prácticas de subordinación o de las instituciones representativas.

De hecho, el Convenio 169 de la OIT establece que la consulta se hará con «procedimientos apropiados y, particulares, a través de sus instituciones representativas». Muchas son las diferencias entre las sociedades tradicionales y la sociedad organizada sobre la égida de los Estados, pero tal vez la más marcada sea exactamente la diferencia de las instituciones representativas. El ejemplo del *Tatarrey*, arriba comentado, es emblemático. Si los Estados nacionales resolvieran establecer o incorporar en sus leyes las instituciones representativas tradicionales, probablemente habrá una tergiversación y, muy seguramente, se violará el objetivo de la consulta plasmado en el numeral 2 del artículo 6: «(...) con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas». Esto, porque la forma de establecer las jerarquías y la representación de cada pueblo es diferente entre sí y aún más diferente de las sociedades organizadas en Estados, cuya representatividad es central, aunque muchas veces falla. Gran parte de las sociedades tradicionales no tienen instituciones de representación, sus jerarquías son formadas en otras lógicas, como en el ejemplo del camino recorrido por el *Thakhi*.

Fue así como la primera reacción de los Estados nacionales para establecer la consulta y su procedimiento fue crear leyes generales, siempre en el sentido de la representación moderna. Era de esperarse esa actitud; la lógica de los Estados nacionales, cuando quieren garantizar algún derecho o establecer un procedimiento, indica la redacción de la legislación específica. Entretanto, esa iniciativa podría resolver la obligación del Estado porque los funcionarios tendrían una guía, un modelo para aplicar, pero ciertamente no resolvería la seguridad del derecho de los pueblos, porque una regla para todos los pueblos sería visiblemente inepta frente a la profunda, densa y multiforme diversidad organizacional de los pueblos. Sería el *Tatarrey* sin *Thakhi* y sin libro de actas, un simulacro, una reproducción grotesca, un pastiche. la voluntad libre e informada no sería presionada, no pasaría por las instituciones representativas ni sería posible el acuerdo y el consentimiento – en resumen, no sería una consulta formal, no habría buena fe, los derechos tradicionales serían violados.

Está claro que no puede ser realizada esta consulta con una ruta general que sirva para todos los actos que causan un potencial daño a los derechos pertenecientes a todos los pueblos. Es común que los

órganos ambientales establezcan Rutas Metodológicas para formular Planes de Manejo de Unidades de Conservación en los cuales consta la forma de relacionarse con los moradores de la Unidad o de sus vecinos. Esas Rutas pueden servir para quien tiene derechos de propiedad sobre la tierra y no para quien la usa como extensión de su derecho a la existencia como grupo humano, como colectividad. Las rutas metodológicas generales, afirmadas o no en la ley, no sirven para promover la consulta conforme las determinaciones del Convenio 169 de la OIT. Algo nuevo tendrá que ser pensado.

La forma jurídica más próxima del reconocimiento de las autonomías de los pueblos tradicionales es la autonomía de la voluntad de las partes en la formulación de los contratos. Pero, aunque la forma pueda ser parecida, entre el contrato y el consentimiento de los pueblos hay diferencias muy profundas que hacen inviable la aplicación del instituto para la protección y la garantía de los derechos colectivos de los pueblos.

La consulta a la comunidad no es un acuerdo de dos partes, de dos derechos, lo que está en juego es

el derecho de una parte y la obligación de la otra, aquí la proximidad con el contrato. El Estado tiene la obligación de hacer consulta «con el objetivo de llegarse a un acuerdo y conseguir el consentimiento acerca de las medidas propuestas», en los términos exactos del Convenio, el artículo 6, numeral 2. Con el consentimiento logrado, entonces sí puede ser firmado un Término de Acuerdo o contrato, estableciendo los límites del acto o medida propuesta por el Estado y su *modus faciendi*. Este acuerdo puede ser llamado como protocolo porque establece los límites del consentimiento y las exactas consecuencias del acto administrativo o legislativo a ser practicado.

El establecer esos protocolos bilaterales tendría la ventaja de determinar la forma y los procedimientos que los pueblos entienden pertinentes para ser consultados, al mismo tiempo en que el Poder Público informa detalladamente el contenido de la consulta y las secuencias e impactos que tratarán los actos administrativos o legislativos. La bilateralidad está en la posibilidad del Estado de aceptar o reconocer la forma y los procedimientos a ser adoptados.

Entretanto, no puede ser bilateral la forma en que se establece el modo del cómo el pueblo llegará

a formular su consentimiento; esta es una cuestión interna del pueblo, que solo a este le merece respeto. Por eso, un protocolo que establezca este modo tiene que ser, necesariamente, unilateral o autónomo.

4. El protocolo de consulta comunitario autónómico

Los pueblos tradicionales, especialmente en el Brasil, comenzaron a entender que estos protocolos no podrían ser tratados como actos bilaterales, sino como normas internacionales elaboradas libremente que establecerían las formas y procedimientos como llegarían a una decisión cuando el Estado fuera a consultarlos. La diferencia parece sutil, pero es profunda. En el acto bilateral hay una discusión, un acuerdo, antes de la elaboración del protocolo, mientras que en el modelo de la norma interna del pueblo, unilateral, las formas y procedimientos son establecidos sin posibilidad de replica por parte del Estado,

lo que quiere decir que el procedimiento de consulta estará previamente definido y, siguiendo ese procedimiento o ruta, el Estado hará la consulta, esta sí bilateral. Y así debe ser porque se trata de la institucionalidad propia de cada pueblo. Debe tenerse en cuenta que lo que está en juego en la medida administrativa o legislativa a ser consultada son los derechos de ser y de estar, de la existencia en cuanto pueblo y de su territorialidad y que la decisión para el consentimiento debe ser establecida por la lógica interna de cada pueblo de formar su voluntad colectiva, libre e informada. Por eso, el protocolo debe establecer la forma como todo el pueblo se considerará informado para la libre decisión.

Cada pueblo tiene su jerarquía interna de relaciones de poderes y jerarquías para la toma de decisiones. En las jerarquías, cada pueblo construye su legitimidad. En el caso de una consulta externa hecha por el Estado, con tal magnitud que puede afectar los derechos de la colectividad, la decisión a lograr queda en firme, al ser tomada por consenso y profundamente reflexionada. En general, esas decisiones son para siempre, definitivas, por eso preocupan tanto para el pueblo. El tema para decidir es siempre nuevo, extraño y cotidiano. Para las decisiones del día a día, las comunidades tienen formas y

procedimientos conocidos, reconocidos y adoptados, pero la consulta está lejos de ser una decisión cotidiana. Por esas razones, los pueblos comenzaron a pensar en cómo crear mecanismos que pudieran construir y expresar la voluntad colectiva y responder adecuadamente a las consultas sobre temas preocupantes y que requieren decisiones reflexionadas y, en general, sin posibilidad posterior para arrepentirse.

Los pueblos, y cada uno *per se*, entendieron que para eso tendrían que discutir y decidir internamente para solamente después presentar en documento la forma y los procedimientos de como desearían ser consultados. En este entendimiento, antes de discutir con los Estados, antes de ser consultados, sería necesario internamente establecer las normas procedimentales de la propia consulta. Para un proceso tan nuevo e importante y que interfiere con los derechos garantizados en las Constituciones y en los Tratados y Declaraciones internacionales, sería necesario formas y procedimientos nuevos.

Debe quedar claro que los pueblos indígenas y tribales, pero mucho más intensamente los indígenas de América Latina viene desde el inicio de la vigencia del Convenio 169 de la OIT discutiendo como se

daría o debería darse consulta. En términos más generales, discutiendo de qué se trata esa consulta. Es generalmente conocido el fracaso de leyes nacionales, como la de Perú,²⁶ que intentaron crear modelos legales de consulta. También son temidos por los pueblos los intentos de protocolos bilaterales que intentan establecer normas procedimentales en común acuerdo y que acaban no siendo aceptadas por la comunidad que no participa integralmente de la discusión. Los pueblos residentes en el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro-Secure (TIPNIS) rechazaron el protocolo de consulta oficial presentado por el Estado de Bolivia para obtener el consentimiento sobre una carretera que cortaría el Parque. Esto significa que haya reflexión y fortalecimiento entre los pueblos tradicionales al respecto de la aplicación de las normas plasmadas en el Convenio 169 de la OIT que tratan de los derechos y de los instrumentos de consulta siempre que esos derechos puedan ser afectados.

La ley brasileña 13.123/2015, que establece la protección del patrimonio genético brasileño y

26 La ley 29.785 de la República do Peru, conocida como la Ley de consulta previa, fue promulgada el 6 de septiembre de 2011.

los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, define «protocolo comunitario» en los siguientes términos:

normas procedimentales de las poblaciones indígenas, comunidades o agricultores tradicionales que establecen, conforme sus usos, costumbres y tradiciones, los mecanismos para el acceso al conocimiento tradicional asociado y a la repartición de beneficios (...)

Este protocolo, aunque mantenga diferencias con el protocolo para la consulta establecida en el Convenio 169, guarda profundas similitudes porque ambos buscan un consentimiento comunitario que debe ser concedido conforme los usos, costumbres y tradiciones de cada comunidad.

El término «usos, costumbres y tradiciones», utilizado por el sistema jurídico brasileño, significa las formas jurídicas que estructuran la sociedad tradicional, sus jerarquías internas, legitimidades e instancias de tomas de decisión; en una palabra, la juridicidad de cada pueblo. El Estado, cuando utiliza esos térmi-

nos, reconoce la juridicidad de la organización social de cada pueblo, al mismo tiempo que la desconoce – quiere decir, sabe que existe, pero no puede siquiera imaginar como él es realmente. De ahí la importancia de esos protocolos libremente elaborados y discutidos internamente. Los protocolos son, así, la traducción escrita de los consensos internos de cada pueblo para relacionarse con los Estados nacionales. O, dicho de una forma que sería en el gusto del Estado brasileño: la expresión escrita de usos, costumbres y tradiciones de cada pueblo para responder a las consultas a ser hechas por el Estado nacional en cumplimiento al Convenio 169 de la OIT.

Ese documento, cuando es elaborado enteramente por el pueblo, refleja como puede ser herida su voluntad colectiva y limita los consentimientos que las autoridades pueden ofrecer al Estado y a sus órganos consultores. Sin él es muy difícil tener certeza de que las autoridades locales tengan legitimidad para consentir en asuntos tan diversos del cotidiano para el cual fueron escogidos para actuar. Es una especie de mandato imponiendo límites a los mandatarios no solo en relación a los procedimientos observados, sino, también al contenido de la consulta.

Los protocolos unilaterales, de esa forma, son nuevos en dos sentidos. Ellos son nuevos para los pueblos, cuya voluntad colectiva en general es tomada por sus organismos jerárquicos tradicionales en donde la legitimidad se da sin interferencia externa y sin tener que lidiar con ponderaciones de intereses materiales contrarios. Era el poder del *Tatarrey*, que solamente se mantenía siempre y cuando actuase de acuerdo con la comunidad y garantizado por una historia o camino recorrido por decisiones correctas, el *Thakhi*, y por el libro de actas de las mujeres. Quiere decir, la legitimidad del poder decisorio estaba sobreentendida por la propia organización social. Cuando hay interferencia de intereses materiales externos, sin embargo, los pueblos entienden que necesitan más de los que de las viejas y buenas instituciones comunitarias –especialmente si la interferencia se da con el riesgo de alteraciones de sus derechos de organización social y territorio. Nuevas cuestiones, como dinero y bienes materiales individualizados, exigen nuevos mecanismos, nuevas instituciones.

Esa relación establecida por los protocolos es nueva también para los Estados, que siempre entendieron los pueblos como cuestión interna, esto es, que tenían que ser tratados como grupos sujetos

totalmente a las leyes y jurisdicción estatales. El Convenio 169 de la OIT, el Convenio de la Diversidad Biológica de la ONU, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (OEA), así como otros tratados, resoluciones y decisiones de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) cambiaron esa perspectiva y pasaron a considerar y determinar que los pueblos tradicionales tienen derecho a determinar su desenvolvimiento, sus propiedades y su futuro. Algunas, como la Declaración de la ONU, llaman eso como «autodeterminación», otras no.

Si antes las normas internas de cada pueblo no tenían validez y los Estados solamente las toleraban se quisieran y pudieran compatibilizar con su Derecho, ahora las reglas internas valen para decir como se establece esa relación entre el Estado nacional y el pueblo. Esta es la novedad, y eso está claro en los Tratados y en las Constituciones nacionales – lo que no significa que sea fácil aplicarla e implementarla.

5. El carácter vinculante de los protocolos autonómicos de consulta

Dos cuestiones deben ser analizadas para entender el carácter vinculante de los protocolos comunitarios de consulta autónomos: 1) la obligatoriedad y el carácter de la consulta por parte de los Estados nacionales; 2) la influencia de la forma o procedimiento en el carácter de la consulta.

El Convenio 169 de la OIT impone como obligación de los Estados Nacionales la realización de la consulta siempre que medidas administrativas o legislativas afecten directamente los derechos de los pueblos. Esta obligación no depende de reglamentación o cualquier medida legislativa de los Estados para ser cumplida – es auto aplicable. Entretanto, quedó establecido que no es cualquier consulta la que atiende la obligación estatal. La

consulta debe ser previa, libre, informada y de buena fe, además que las formalidades guarden respeto a las instituciones internas de cada pueblo. La consulta debe ser hecha con todas esas características para llegar a un consentimiento. Las palabras no son vacías de contenido. «Previa» significa anterior a la medida; por lo tanto, la medida administrativa o legislativa no puede tener la eficacia o no estará completa hasta no haber obtenido el consentimiento, acto final de la consulta. Para ser «libre», tiene que contar con tiempo para la reflexión de pueblo y ninguna interferencia de agentes externos; toda discusión debe ser interna, con todas las informaciones, no solamente de los que la medida, sino de sus consecuencias, riesgos y posibilidades, incluyendo las eventuales ventajas que pueden herir el pueblo – y por eso debe ser «informada». La «buena fe» es la condición jurídica para que al final se llegue a un acuerdo con libre manifestación de la voluntad del pueblo. La buena fe refuerza la necesidad de informaciones precisas y libertad de discusión.

En general, las consultas importan pues generan interferencia en los bienes y derechos de los pueblos, entendidos por los Estados nacionales como recursos naturales. Pero tales bienes y derechos no son

así entendidos por los pueblos, que a los mismos bienes proporcionan otras dimensiones – como lo sagrado, la ancestralidad y la armonía de la naturaleza–, de ahí la importancia de las condiciones de libertad y de información. Por lo tanto, las dos partes, pueblo y Estado, no están muchas veces tratando del mismo tema, no están hablando el mismo idioma. Referente a una trata de recursos, ventaja material, otro habla de espiritualidad, fraternidad o divinidad. De ahí la necesidad de un esfuerzo de ambas partes para entender el discurso de otro. Un bien como un río, un bosque o un mineral no será entendido de la misma forma por el pueblo y por el Estado, no se resuelve en pérdidas y daños o en compensación financiera la perdida de un bosque o el trayecto de un río. El mismo bien podrá tener un valor material para uno y espiritual, intangible, para otro.

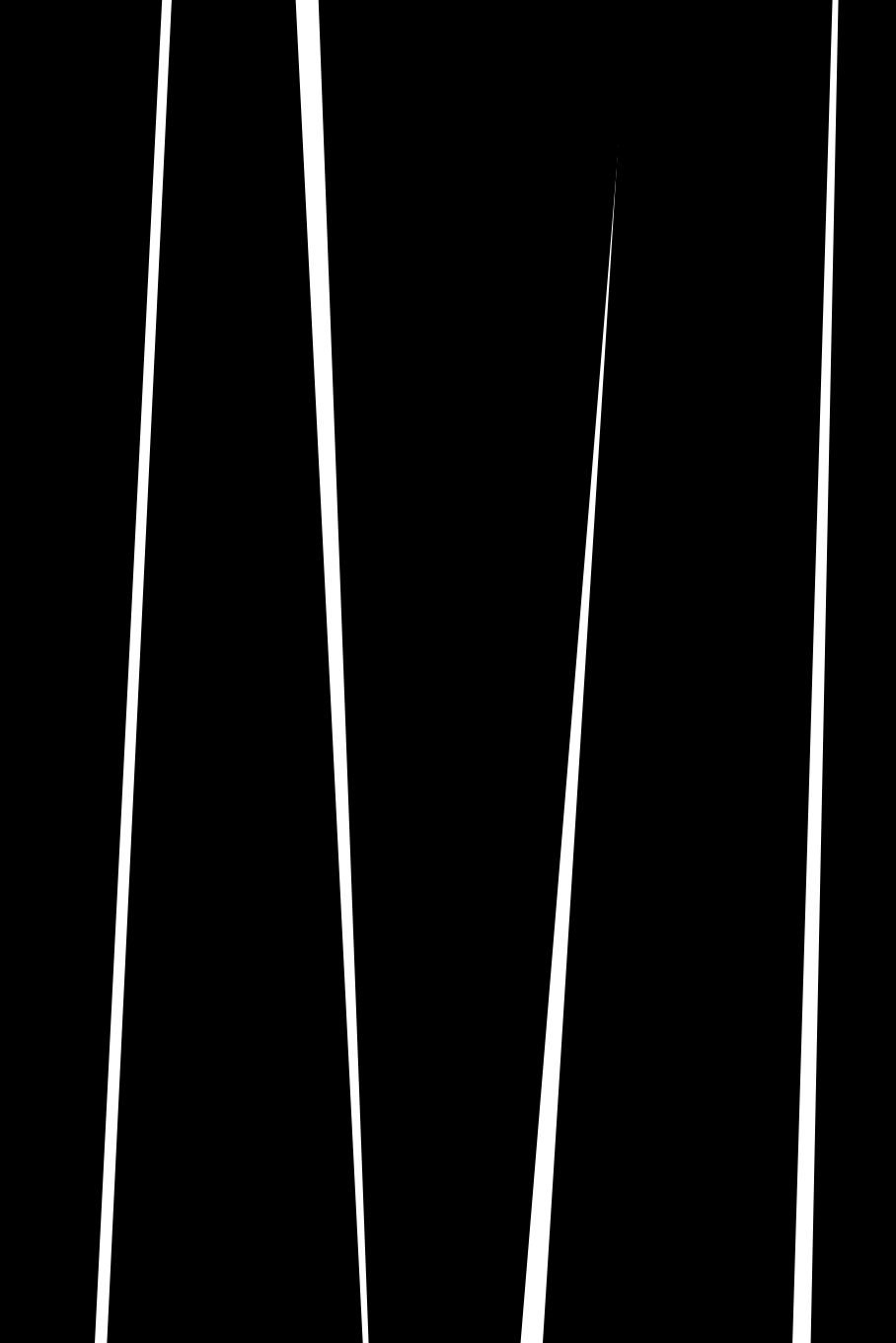
Por esta razón, hay necesidad de cuidado especial con la forma como se procede la consulta. Quiere decir, no habrá consulta previa, libre, informada y de buena fe si no se cumple una forma procedimental que sólo se acepta si es definida por el pueblo. La formalidad indica la lengua en que es hecha la consulta, las expresiones que deben constar, siempre traducidas

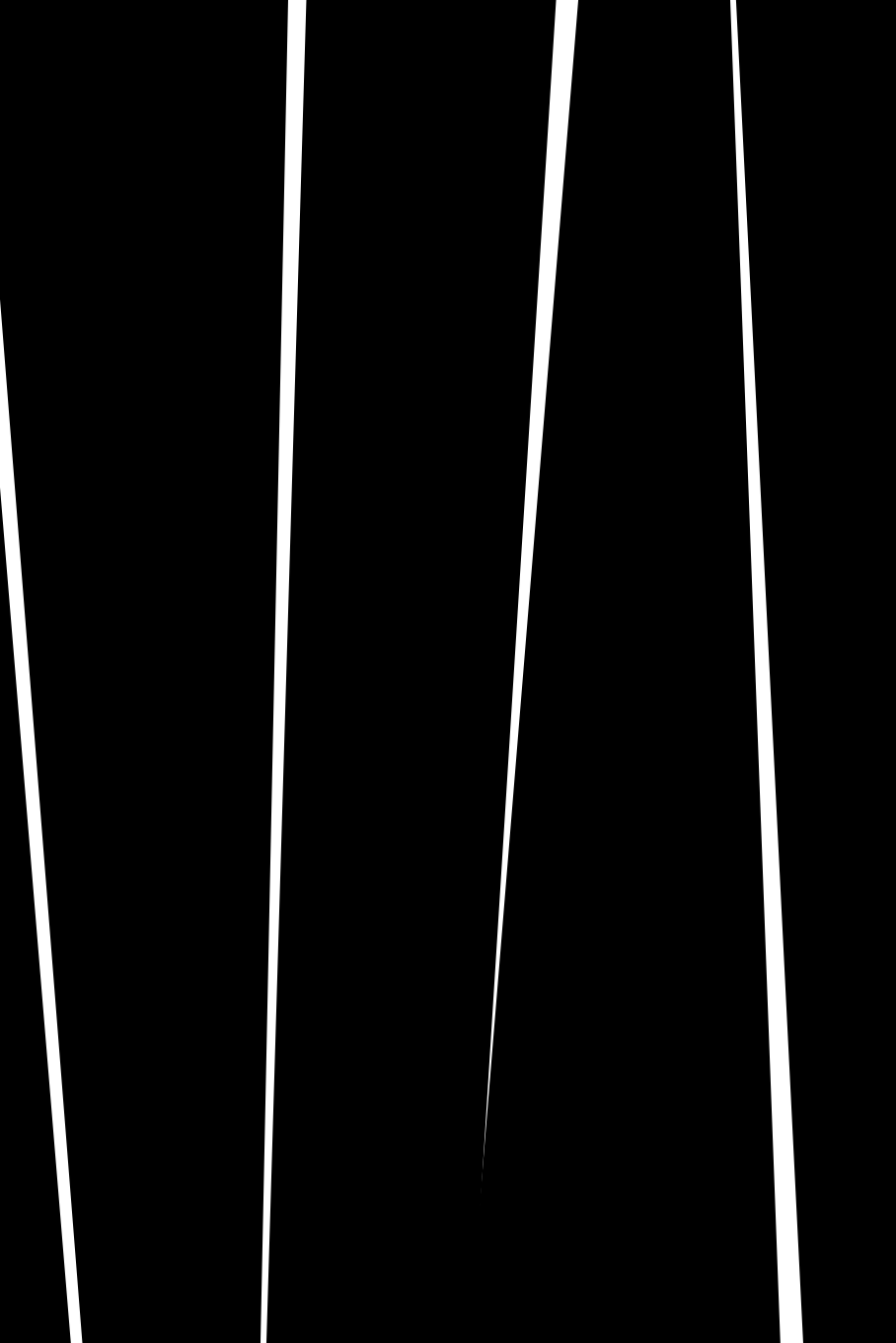
a una terminología adecuada y comprensible. Pero no es solo eso, el respeto al tiempo de reflexión, comprensión y toma de decisiones es fundamental, e incluso quién, cómo y dónde debe ser realizada la consulta.

Es exactamente por eso que fracasan los intentos de formular una ley general para reglamentar la consulta, como en el Perú, y la propuesta de procedimiento de consulta para los pueblos sobre las carreteras que cortarían el TIPNIS, en Bolivia.

No es posible cumplir el carácter previo, libre, informado y de buena fe sin un procedimiento conocido, aceptado y formulado por los propios pueblos. ¿Por qué razón el Estado nacional dejaría de concordar con los términos de la consulta formulado por los pueblos? ¿Por qué las formas empleadas en el procedimiento estarían en inconformismo con las leyes nacionales? La consulta se da exactamente porque hay una distancia entre la organización social de los pueblos y la organización social hegemónica y es en razón de esta distancia, y no pocas veces contradicciones y antagonismos, que fue establecida en el Convenio 169 de la OIT – por eso la presa económica del Estado no tiene correlación lógica con la reflexión del pueblo.

Dicho de forma más clara y precisa: los Estados nacionales están obligados a aceptar los procedimientos establecidos por los pueblos porque quien consulta es el Estado cuyas medidas afectarán o podrán afectar derechos no solamente materiales, sino intangibles de los pueblos, que el Estado desconoce. Así, cuando el Estado impone su forma de consulta, esta, por este simple hecho, violando el derecho de consulta y, por tanto, inutilizándola para los fines de la Convención. Como solo el pueblo puede decir que es un pueblo, solo él puede decir como es su forma de voluntad colectiva, solo él conoce sus prioridades, sus derechos intangibles, su forma de ser y su sueño de futuro. Sólo él puede consentir alterar su vida.





segunda parte: **SUJETOS DEL CONVENIO 169** DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) Y EL DERECHO A LA CONSULTA Y AL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO (CPLI) ²⁷

Liana Amin Lima da Silva ²⁸

27 Texto revisado y actualizado con base en la tesis de doctorado de la autora: SILVA, Liana Amin Lima da. Consulta prévia e livre determinação dos povos indígenas e tribais na América Latina: re-existir para co-existir. Tesis (Doctorado en Derecho Socioambiental) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Curitiba, 2017. Contacto: lianalima@gmail.com

28 Profesora de Derechos Humanos y Fronteras de la Facultad de Derecho y Relaciones Internacionales de la Universidad Federal de Grande Dourados (UFGD). Postdoctoranda en Derecho y Doctora en Derecho Socioambiental y Sustentabilidad por la Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Coordinadora del Proyecto de Investigación (CNPq Universal): Observatório de Protocolos Comunitários de Consulta Previa, Libre e Informada: derechos territoriales, autodeterminación y iusdiversidad.

1. ¿Qué es el Convenio 169 de la OIT?

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) es un tratado internacional de derechos humanos que versa sobre derechos de los pueblos indígenas y tribales, o sea, se trata de una «ley» internacional con fuerza vinculante para los Estados que la suscribieron. El Convenio 169 fue aprobado en 1989, en Ginebra, en el ámbito de la OIT, que integra la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Fue ratificada en 2002 (Decreto Legislativo 143/2002), entrando en vigor en el 2003 en Brasil, habiendo sido promulgada por el Decreto 5.051 del 19 de abril de 2004.

El Convenio 169 –al revisar el Convenio 107 de la OIT– representa la conquista de los denominados «nuevos» derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales: derechos de participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado, derecho a la libre determinación²⁹

29 YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. El derecho a la libre determina-

y derecho al autoreconocimiento (autoidentificación), sobre los cuales se tratará más adelante.

Entre las materias y derechos previstos en el Convenio 169 de la OIT están: tierras y territorios; contratación y condiciones de empleo; industrias rurales; seguridad social y salud; educación y medios de comunicación; contactos de cooperación a través de las fronteras; administración de programas gubernamentales que afectan a los pueblos indígenas y tribales.

1.1. ¿Por qué la OIT?

La OIT es responsable por la formulación y aplicación de las normas internacionales del trabajo y, desde 1936, disponía de convenciones internacionales que trataban de las condiciones y garantías para el «trabajador indígena», en virtud del histórico de explotación, servidumbre y esclavitud de mano de obra indígena.

ción del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento. IN: APARICIO, Marco (Ed.). Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y el territorio: conflictos y desafíos en América Latina. Lima: Icaria, 2011.

Entre las organizaciones internacionales y agencias de la ONU, la OIT es singular por su estructura tripartita, en la cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores participen de las discusiones y deliberaciones, juntamente con los representantes de los Estados.

En 1986, se formó un grupo de trabajo con representantes de los tres sectores y con la orientación básica de conducir los trabajos de revisión del Convenio 107, lo que culminó en la elaboración del Convenio 169.

El Convenio 107 de la OIT del 5 de junio de 1957, concerniente a la «Protección e Integración de las Poblaciones y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales de Países Independientes», reflejaba la política que era dominante en los años 1950: paternalismo e integración progresiva de las poblaciones a las respectivas sociedades nacionales, o sea, los indígenas eran considerados incapaces y en vía de asimilación. Eso expresaba la creencia de que los pueblos indígenas eran transitorios.

En el informe de la 75ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (Ginebra, 1988), quedó claro en la discusión la superación de las presunciones de

inferioridad cultural de los pueblos indígenas y tribales para los trabajos de revisión del Convenio 107.³⁰

Para la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2018, Victoria Tauli-Corpuz, en el proceso de elaboración del Convenio 169, en su verdadera perspectiva histórica, un resultado fundamental es la superación de los enfoques paternalistas e integracionistas del pasado, sustituidos por la consideración de los pueblos indígenas como sujetos de su propio destino, en el sentido de lo que determina el deber de los Estados de adoptar medidas especiales para terminar con siglos de discriminación.³¹

30 HUACO PALOMINO, Marco Antonio. Los trabajos preparatorios del Convenio n. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Lima: Fundación Konrad Adenauer (KAS); Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI) en América Latina, 2015, p. 60.

31 Si consideramos el proceso de elaboración del Convenio 169 en su verdadera perspectiva histórica, es decir, como una revisión del Convenio 107 de la OIT, un resultado fundamental, reflejado en la documentación recopilada por el autor, es la superación de los enfoques paternalistas e integracionistas del pasado, sustituidos por la consideración de los pueblos indígenas como sujetos de su propio destino, a la vez que se explicita el deber de los Estados de adoptar medidas especiales para terminar con siglos de discriminación y no reconocimiento.» (TAULI-CORPUZ, Victoria. Prólogo. In: HUACO PALOMINO, Marco Antonio. Op. cit., p. 23).

El Convenio representa avances en lo que concierne al reconocimiento de los derechos de autoreconocimiento (autoatribución), derechos de participación, consulta y consentimiento libre, previo e informado, reconocimiento de la autonomía y jurisdicción propias, derecho de posesión y propiedad colectiva, amparado en la noción de tierra y territorio/ territorialidad.

Se resalta que el Convenio 169 es autoaplicable para los países que la ratificaron, o sea, no depende de la ley, decreto o reglamentación complementaria para que sea observada y cumplida por los Estados.

En el Supremo Tribunal Federal (STF), prevalece el entendimiento jurisprudencial de la supralegalidad de los tratados de derechos humanos, o sea, el Convenio 169 está bajo la Constitución Federal y encima de las demás normas y leyes que están vigentes en el país. Eso significa que cualquier ley, decreto u otra norma infraconstitucional deberá estar de acuerdo y no violar ni retroceder en relación a los derechos previstos en el tratado internacional.

Otros países de América Latina, el ejemplo de

Colombia y de Bolivia, reconocen que el Convenio 169 integra el llamado *bloque de constitucionalidad*, o sea, que reconocen que un tratado internacional de jerarquía internacional constitucional, el cual complementa las cláusulas constitucionales que concretizan los derechos y garantías fundamentales.

En el juzgamiento de la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) n. 3.239 del 8 de febrero de 2018, el ministro Celso de Mello defendió el *estatus* constitucional del Convenio 169, apuntando el camino de la superación del entendimiento de la «supralegalidad» de los tratados de derechos humanos por el STF. En el juzgamiento, por mayoría, el STF declaró la validez y la constitucionalidad del Decreto n. 4.887/2003, que reglamentó el procedimiento de identificación, reconocimiento, delimitación, demarcación y titulación de las tierras quilombolas que trata el artículo 68 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT) de la Constitución Federal, confirmando también el derecho a la autoatribución (autoreconocimiento), en respeto al Convenio 169.

2. ¿Quiénes son los sujetos de derechos del Convenio 169 en Brasil?

Los sujetos colectivos del Convenio 169, conforme definido en el artículo 1, son los llamados pueblos indígenas y tribales, en países independientes. El artículo 1 también dispone sobre el criterio de la autoatribución y hace el salvamento de que la utilización de la categoría «pueblos» no deberá ser interpretada en los términos del derecho internacional, desautorizando interpretaciones que implicarían los llamados derechos de secesión, es decir, la posibilidad de que estos pueblos se separen de sus países originarios para constituirse en países autónomos.

1. El presente Convenio se aplica:

(a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

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

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

3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

La advertencia prevista en el artículo 1-3 del Convenio es fruto de la resistencia de los Estados en utilizar el termino «pueblos» y atender a las reivindicaciones de las organizaciones y movimientos indígenas, que se empeñaron en repudiar el término de «poblaciones», utilizado en la convención anterior (Convenio 107). Así, la definición de la utilización de la categoría «pueblos» en el Convenio 169 marcó una de las controversias internacionales más importantes en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas y tribales/tradicionales, abordando la cuestión de la subjetividad internacional sobre los pueblos, así como el alcance de su derecho a la libre autodeterminación, amparado también por las Declaraciones sobre los Derechos delos Pueblos Indígenas.³²

32 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**. Aprobada en la 107 sesión plenaria de la Asamblea General de la ONU, 13 set. 2007. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPSpt.pdf>. Acceso en: 15 de enero de 2019; ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas** Aprobada en la 3 sesión plenaria, 15 de junio de 2016. Disponible en: <https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmINDPOR.pdf>. Accsso en: 15 enero de 2019.

2.1. Sujetos del Convenio 169 en Brasil: pueblos indígenas, quilombolas y tradicionales

En Brasil, los sujetos del Convenio 169 son identificados como los pueblos indígenas y pueblos tradicionales, incluyendo a los quilombolas y los diversos pueblos y comunidades tradicionales, grupos con una identidad étnica y cultural diferente, junto con modos de vida tradicional y territorialidad propia.

El Convenio 169 de la OIT define pueblos indígenas como aquellos que descienden de poblaciones que habitaban un país o una región geográfica perteneciente a el país en la época de la conquista o colonización, o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, sea cual sea su situación jurídica, conservan todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y política o parte de ellas. (artículo 1, numeral 1, literal b)

Los derechos de los pueblos indígenas (u originarios) están previstos en el capítulo especial de

la Constitución Federal de 1988, en los artículos 231 y 232. El capítulo VIII, intitulado «De los Indios», en su artículo 231, prevé el reconocimiento de su organización social, costumbres, creencias, tradiciones y los derechos originarios de las tierras que tradicionalmente ocupan.

Los pueblos «tribales» o tradicionales, sujetos del Convenio 169 (art. 1 - 1, a), son aquellos «cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos, total o parcialmente, por sus propias costumbres o tradiciones o por la legislación especial».

Los derechos territoriales de las comunidades quilombolas están previstos en el art. 68 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT) de la Constitución. La Constitución Federal también dispone que constituyen patrimonio cultural brasileño los bienes de naturaleza material e inmaterial, portadores de referencia a la identidad, acción y memoria de los diferentes grupos formadores de la sociedad brasileña, incluyendo las formas de expresión y los modos de crear, hacer y vivir (capítulo III, artículo 216).

El Decreto 6.040 del 7 de febrero de 2007, que instituyó la Política Nacional de Desarrollo Sustentable de los Pueblos y Comunidades Tradicionales (PNPCT), define los pueblos y comunidades tradicionales como:

Grupos culturalmente diferentes y que se reconocen como tales, que poseen formas propias de organización social, que ocupan y usan territorios y recursos naturales como condición para su reproducción cultural, social, religiosa, ancestral y económica, utilizando conocimientos, innovaciones y prácticas generadas y transmitidos por la tradición.³³

Tanto el Decreto 6.040/2007 como el Decreto 4.887 del 20 de noviembre de 2003 –que regula los procedimientos de titulación y demarcación de tierras quilombolas–, en la convergencia con los derechos previstos en la Convención 169, refuerza el criterio de la autoatribución (autoreconocimiento) de los pueblos

33 BRASIL. Decreto n. 6.040, de 07 de febrero de 2007. Instituyó la Política Nacional de Desarrollo Sustentable de los pueblos y Comunidades Tradicionales. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acceso en: 20 mar. 2019.

y comunidades tradicionales, en consonancia con el artículo 1 - 2 de la Convención 169.

En 2016, fue instituido el Consejo Nacional de Pueblos y Comunidades Tradicionales (CNPCT).³⁴ Los grupos que integraban el CNPCT, hasta el 2019 eran: los pueblos indígenas, las comunidades quilombolas, pueblos y *comunidades de terreiro*, pueblos y comunidades de matriz africana, pueblos gitanos, pescadores artesanales, extractivistas, extractivistas costeros y marinos, *caíçaras*, *caíçaras*, *faxinalenses*, *benzedeiros*, *ilhéus*, *raizeiros*, *geraizeiros*, *caatingueiros*, *vazanteiros*, *veredeiros*, *apanhadores de flores sempre-vivas*, *pantaneiros*, *morroquianos*, *povo pomerano*, *catadores de mangaba*, *quebradeiras de coco babaçu*, *retireiros do Araguaia*, *comunidades de fundos e fecho de pasto*, *ribeirinhos*, *cipozeiros*, *andirobeiros*, *caboclos*.

34 El 11 de abril de 2019, el Consejo Nacional de Pueblos y Comunidades Tradicionales (CNPCT) y el Consejo Nacional de Política Indigenista (CNPI) fueron extintos, de forma arbitraria por el gobierno de Bolsonaro, por medio de un decreto visiblemente inconstitucional, pues extingue diversos órganos colegiados que concretizaron el ejercicio de la democracia participativa. El **Decreto n. 9.759, del 11 de abril de 2019** extingue y establece directrices, reglas y limitaciones para cuerpos colegiados de la administración pública federal. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm>. Acceso en: 12 abr. 2019.

Se resalta que, en 2006, había sido creada la Comisión Nacional de Pueblos y Comunidades Tradicionales (de misma sigla CNPCT), para fines de construcción e implementación de la Política Nacional de Desarrollo Sustentable de los Pueblos y Comunidades Tradicionales, que fue promulgada por el Decreto 6.040/2007. Una década después, el decreto de creación de la Comisión fue revocado por el decreto que instituyó el Consejo (CNPCT).³⁵

Sobre los quilombolas, tomamos como base el artículo 68 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT)³⁶ y el Decreto 4.887/2003, que el reglamenta, disponiendo en su artículo 2:

35 BRASIL. **Decreto n. 8.750, de 09 de maio de 2016.** Instituyó el Consejo Nacional de los Pueblos y Comunidades Tradicionales. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Ato2015-2018/2016/Decreto/D8750.htm>. Acceso em: 20 mar. 2019.

36 BRASIL. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL (1988). Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT), art. 68: «A los remanentes de las comunidades de los quilombos que estén ocupando sus tierras es reconocida la propiedad definitiva, debiendo el Estado emitirles los títulos respectivos»

Se consideran remanentes de las comunidades de los quilombos, para los fines de este Decreto, los grupos étnicos-raciales, según criterios de auto-atribución, con la trayectoria histórica propia, dotados de relaciones territoriales específicas, con presunción de ancestralidad negra relacionada como la resistencia a la opresión histórica sufrida.³⁷

El reconocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades tradicionales por el Estado brasileño solo ha sido posible con la reivindicación y presión de los propios sujetos a partir de sus organizaciones representativas que, en la gran mayoría de los casos, se forman y se consolidan delante del enfrentamiento de una amenaza común, delante de un conflicto socioambiental que amenaza su existencia tradicional con la usurpación de la tierra y depredación de la naturaleza.

37 BRASIL. **Decreto 4.887, de 20 de noviembre de 2003.** Reglamenta el procedimiento para identificación, reconocimiento, delimitación, demarcación y titulación de las tierras ocupadas por remanentes de las comunidades de los quilombos que trata el artículo 69 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto/2003/d4887.htm>. Acceso en: 20 mar 2019.

Delante de las omisiones del Estado brasileño, la lucha de los pueblos y comunidades para hacer realidad la protección jurídica garantizada por la Convención 169 no ha sido diferente. En el caso de los quilombolas, en 2008 protocolaron la Comunicación Quilombola a la Comisión de Especialistas en la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la OIT sobre el Cumplimiento del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. En el informe de 2009, la Comisión exige posicionamiento del gobierno brasileño, esclarecimiento y acompañamiento del cumplimiento del Convenio 169 en relación a los quilombolas. Desde entonces, el Gobierno pasó a responder por medio de informes encaminados a la OIT sobre la aplicación del Convenio a las comunidades quilombolas.

En agosto de 2008 la Central Única de los Trabajadores (CUT), con apoyo de la Confederación Sindical de las Américas, radicó delante de la OIT dos comunicaciones, firmadas por organizaciones indígenas, organizaciones quilombolas y entidades de la sociedad civil, denunciando el incumplimiento de Brasil del derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y tribales, así como la morosidad en los procesos de demarcación y titulación de tierras.

La Comunicación Quilombola enfatizó sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT a los quilombolas, denunciando casos de violación al criterio de la autoidentificación, consulta y participación y a los derechos territoriales, con la ausencia y morosidad en la titulación de tierras quilombolas por el Estado brasileño. Entre los casos emblemáticos de violación, fue destacado el caso de desplazamiento forzado ocurrido en la década de 1980, atendiendo a 312 familias y 31 poblados quilombolas del municipio de Alcântara (Maranhão), con la instalación del Centro de Lanzamientos Espaciales del Ministerio de Aeronáutica.³⁸

En respuesta a la reclamación del incumplimiento de la consulta previa, las comunidades quilombolas fueron incluidas en la propuesta de reglamentación de los

38 Se resalta que las amenazas y violaciones de derechos a las comunidades quilombolas de Alcântara (Maranhão) siguen actuales. El 4 de abril de 2019, el Sindicato de los Trabajadores y Trabajadoras Rurales de Alcântara (STTR) y el Sindicato de los Trabajadores y Trabajadoras de la Agricultura Familiar de Alcântara (SINTRAF) radicaron una nueva reclamación delante de la OIT, contra el Estado brasileño, por la implementación y expansión del Centro de Lanzamientos de Alcântara (CLA) y del Centro Espacial de Alcântara (CEA), por la Agencia Espacial Brasileña, en flagrante incumplimiento a los dispositivos de la Convención 169 de la OIT, denunciando la morosidad en el proceso de titulación de propiedad colectiva del territorio étnico de las comunidades quilombolas, el riesgo de nuevos desplazamientos forzados y la violación del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado.

procedimientos de consulta previa del Grupo de Trabajo interministerial vinculado a la Secretaría General de la Presidencia de la República, pero excluidas las demás comunidades tradicionales de ese proceso.³⁹

Las comunidades tradicionales tienen un histórico de lucha por el reconocimiento en políticas públicas a nivel nacional. En 2006, fue instituida la Comisión Nacional de Desarrollo Sustentable de los Pueblos y Comunidades Tradicionales (CNPCT), para la coordinación de la Política Nacional de Desarrollo Sustentable de los Pueblos y Comunidades Tradicionales (PNPCT). Al definirse «pueblos y comunidades tradicionales» (art. 3, II), fueron utilizados los criterios del Convenio 169 (art. 1 - 1, a; 2).

39 La Secretaría General de la Presidencia de la República, en el proyecto de reglamentación del derecho a la consulta (2012), pasa a reconocer que los «pueblos interesados» en el ámbito de aplicación de la Convención 169 de la OIT en el Brasil son pueblos indígenas, quilombolas y comunidades tradicionales. Ese entendimiento fue defendido por la Procuradora General de la República, Deborah Duprat, en el momento en que el proyecto de implementarse consultas para la reglamentación de los mecanismos de consulta previa, libre e informada incluía solamente pueblos indígenas y quilombolas, excluyendo las demás comunidades tradicionales. Ocurre que el proceso de discusión sobre la reglamentación de la consulta fue vaciado, sin de hecho realizar la convocatoria y la participación de otras comunidades tradicionales.

La jurisprudencia es unísona al reconocer que, además de los pueblos indígenas y quilombolas, los demás pueblos tradicionales como sujetos de derechos del Convenio 169 de la OIT, aplicándose, por tanto, el derecho de consulta y consentimiento libre, previo e informado a los demás pueblos y comunidades tradicionales.

De las decisiones que reconocen a otros pueblos y comunidades tradicionales como sujetos colectivos del Convenio 169, se destacan: (i) el caso en el que se involucraron las comunidades de pescadores artesanales con el territorio en una área de sobreposición al Parque Nacional do Superagui (Paraná);⁴⁰ (ii) el caso del reconocimiento de las comunidades tradicionales ribereñas afectadas por el Polo Naval en el Amazonas;⁴¹ (iii) el caso de las comunidades quilombolas y tradicionales afectadas por el proyecto del terminal portuario en área grande de Maicá (Pará);⁴² (iv) el reconocimiento de las comunidades tradicionales del

40 BRASIL. Justicia Federal. 1a Vara Federal de Paranaguá. **Acción Civil Pública n. 5000742-88.2015.4.04.7008/PR**. Decisión del 26 mayo 2015.

41 BRASIL. Justicia Federal. Tribunal Regional Federal da 1a Região. **Processo n. 0006962-86.2014.4.01.3200**. Decisión del 16 mayo 2016

42 BRASIL. Justicia Federal. Tribunal Regional Federal da 1a Região. **Processo n. 0000377-75.2016.4.01.3902**. Decisión del 24 mayo 2016

proyecto del Asentamiento Agroextractivista (PAE) Lago Grande, en Santarém (Pará) y la prohibición de ingreso de empresas de extracción de minerales sin la realización de la consulta previa, libre e informada y de la concesión de la licencia o autorización de extracción de minerales;⁴³ (v) el reconocimiento de los ribereños amazónicos, además de los pueblos indígenas Arara, Juruna, Parakanã, Xikrin, Xipaia-Kuruaiá, Kayapó e Araweté, como afectados por la UHE Belo Monte;⁴⁴ entre otros casos.

2.2. Derecho al autoreconocimiento (autoidentificación)

El Convenio 169 trajo el criterio de la autoatribución (autoreconocimiento/ autoidentificación) al prever, en el artículo 1-2, que «La consciencia de su

43 BRASIL. Justicia Federal. Tribunal Regional Federal de la 1a Región. 2a Vara de la Justicia Federal en Santarém. Proceso no 1000362- 21.2018.4.01.3902. Decisión del 29 out. 2018.

44 BRASIL. Justicia Federal. Tribunal Regional Federal da 1a Región. Apelación Civil n. 2006.39.03.000711-8/PA. Decisión del 03 jun. 2016.

identidad como indígena o tribal deberá ser considerada como criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio».

Conforme a la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo 1:

La autoidentificación como pueblo indígena será un criterio fundamental para determinar a quien se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a esa autoidentificación como indígena, de forma individual o colectiva, conforme las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena.⁴⁵

El Criterio de la autoatribución define que los propios grupos deben ser los encargados de autoreconocerse como tales, de acuerdo con su identidad étnica-cultural. En el Brasil, con la internalización del Convenio 169, se llamó la atención para incorporar el criterio del autoreconocimiento, con su previsión en el Decreto 4.887/2003 y del Decreto 6.040/2007, conforme el cuadro 1.

45 OEA, 2016. OP. cit.

Cuadro 1 - Previsión del criterio de la autoatribución⁴⁶

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales

Ratificada por el decreto Legislativo 143 del 20 de junio de 2020. Entró en vigor para el Brasil el 25 de julio de 2003. Promulgada por el Decreto 5.051 del 19 de abril de 2004.

Art. 1 - 2

«La consciencia de su identidad indígenas o tribal deberá ser considerada como criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.»

Decreto 4.887 del 20 de noviembre de 2003

Reglamenta el procedimiento para la identificación, reconocimiento, delimitación, demarcación y titulación de las tierras ocupadas por remanentes de las comunidades de los quilombos que trata el art. 68 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias.

46 Reproducido a partir de la tesis de doctorado de la autora: SILVA, Liana Amin Lima da. Op. cit., p. 139.

Art. 2

«Se consideran remanentes de las comunidades de los quilombos, para los fines de este Decreto, los grupos étnico-raciales, conforme los criterios de la autoatribución con trayectoria histórica propia, dotados de relaciones territoriales específicas, con presunción de ancestralidad negra relacionada con la resistencia a la opresión histórica sudafricana.»

Decreto 6.040 del 7 de febrero de 2007

Instituyó la Política Nacional de Desarrollo Sustentable de los Pueblos y Comunidades Tradicionales (PNDSPT)

Art. 3, inciso I

«Grupos culturalmente diferentes y que se reconocen como tales, que poseen formas propias de organización social, que ocupan y usan territorios y recursos naturales como condición para su reproducción cultural, social, religiosa, ancestral y económica, utilizando conocimientos, innovaciones y prácticas generadas y transmitidas por la tradición.»

3. ¿Qué es el derecho de consulta y consentimiento previo, libre e informado (CPLI) y cómo debe ser aplicado?

Considerada piedra angular del Convenio 169 el derecho a la consulta previa, este es un derecho fundamental de los pueblos indígenas, quilombolas y tradicionales y está intrínsecamente ligado al derecho al consentimiento previo, libre e informado y al derecho a la libre determinación.⁴⁷ La consulta es deber del Estado, debe ser de buena fe y previa a las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, quilombolas y tradicionales. El derecho al consentimiento integra el derecho de la consulta previa. No existe el uno sin el otro.

47 ANAYA, James. El derecho a la consulta previa en el derecho internacional. In: EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: EL ROL DE LOS OMBUDSMAN EN AMÉRICA LATINA. Memoria del Encuentro Extraordinario de la Federación Iberoamericana de Ombudsman. Lima, 25-26 abr. 2013.

Quien consulta es siempre el Estado y los pueblos deberán ser consultados mediante procedimientos apropiados, por medio de las instituciones representativas de los propios pueblos. Quien debe decir quién tiene legitimidad en la representación colectiva son los propios pueblos – de ahí la importancia de los protocolos autónomos de consulta, para mostrarle al Estado cómo debe ser un proceso de consulta apropiado, en cada caso, con cada pueblo.

El derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado (CPLI) está previsto en los artículos 6, 7, 15, 16, 17, y 22 del Convenio 169 y en los artículos 19 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Convenio 169/1989 de la Organización Internacional del Trabajo

Artículo 6.

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

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

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

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

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

Artículo 7.

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

Artículo 15.

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

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener

procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Artículo 16.

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causas que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

Artículo 17.

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los

miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.

2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

(13 de septiembre de 2007)

Artículo 19.

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas

que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Artículo 32.

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

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

3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

3.1 ¿Cuáles derechos tienen los pueblos indígenas y tradicionales en las decisiones de los asuntos que les afecten?

Yrigoyen Fajardo, al hacer este cuestionamiento demuestra que: (1) el primer derecho se refiere a la atribución de decidir autónomamente o determinar de modo libre su modelo de desarrollo (derecho a la libre determinación de desarrollo); los demás derechos se refieren a las formas de relación entre el Estado y los pueblos indígenas y tribales/tradicionales, como: (2) participación en todo el ciclo de las políticas;(3) consulta previa en las medidas legislativas o administrativas; y (4) consentimiento previo, libre e informado cuando haya riesgo para los derechos fundamentales de los pueblos, como la integridad o el modo de vida y de desarrollo.⁴⁸

Al exponer sobre la necesidad de tener garantías inequívocas de igualdad de trato, combinada con el reconocimiento del derecho a la diferencia, las primeras ideas propuestas para definir esos conceptos

48 YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. Op. cit., p. 10.

se enmarcaron en el deber de reconocer como principio básico la consulta y participación de los pueblos indígenas y tradicionales, sujetos del Convenio 169 de la OIT en la adopción de las decisiones.

El derecho de consulta previa debe ser observado para cualquier acto legislativo y administrativo que pueda afectar a los pueblos y comunidades tradicionales y sus territorios, o sea, el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado debe ser considerado tanto en el proceso legislativo en cuanto en la construcción e implementación de políticas públicas y de proyectos de gran escala de explotación económica y de infraestructura.

El ámbito de aplicación debe ser determinado frente a cada caso en concreto, considerándose la manera como la decisión pueda constituirse en una hipótesis de afectación a los intereses de los pueblos y comunidades tradicionales, sea a nivel local, regional o nacional.

La consulta previa, en los moldes del Convenio 169, es deber del Estado y posee sujetos determinados; debe ser instalada como un proceso de consulta –por tanto, no se confunde con audiencias o consultas públicas, optativas o reuniones puntuales de carácter informativo-consultivo.

La consulta debe ser previa en relación a la medida legislativa o administrativa. Se trata de un criterio central y que ha sido profundamente irrespetado. Los pueblos y comunidades han denunciado la mala fe del Estado y de los agentes particulares interesando en ejecutar proyectos en sus territorios, pues encaran la consulta como un mero procedimiento, una etapa formal para (in)cumplir y, en la mayoría de los casos, llegan con un proyecto listo y terminado, ya en fase de implementación y previamente aprobado por el Estado y por los órganos ambientales encargados de realizar los estudios de impacto ambiental.

Por eso se torna importante insistir que la primera etapa de un proceso consultivo debe ser la etapa informativa, también llamada de «pre-consulta», donde se conformarán los esfuerzos conjuntos del Estado y de los pueblos y comunidades para establecer el plan de consulta previa, instrumento que será explicado en el cuadro 2. En un segundo momento, en la etapa informativa, donde se presenta el proyecto, debe adelantarse antes de la fase en que se inician los estudios de impacto ambiental y social.

En la etapa de los estudios de impacto, es importante que los pueblos y comunidades puedan participar y acompañar, pues son ellos los concededores

del territorio y son ellos los que podrán apuntar la importancia de determinados lugares – tanto la importancia ambiental propiamente dicha (ojos de agua, por ejemplo) como la importancia cultural inmaterial, como por ejemplo los lugares sagrados o que representan la identidad y memoria de aquél pueblo, su cosmología y ancestralidad. Así, la importancia de la conservación del ecosistema está intrínsecamente ligada a la noción de territorialidad y manutención de los recursos naturales necesarios para la subsistencia y modo de vida del pueblo o de la comunidad afectada.

La consulta de buena fe y bien informada deberá presentar, en la etapa informativa, los estudios donde contenga los impactos positivos y negativos, inmediatos y futuros, pensando en la subsistencia de la comunidad y en los derechos de las generaciones futuras de usufructuar el territorio. Tales estudios deberán ser presentados a los pueblos no como algo terminado, elaborado por técnicos que subordinan los conocimientos de las comunidades. La presentación de los estudios de impacto es un momento oportuno para iniciarse los diálogos interculturales, entre iguales, o sea, sin jerarquía entre los saberes –en el sentido que los conocimientos allí presentados son complementarios y fundamentales.

El proceso de consulta previa, libre e informada de buena fe es comprendido como el proceso consultivo libre de interferencias externas en el sentido de no general coerción, intimidación o manipulación sobre los procedimientos dados e informaciones relevantes para la toma de decisiones, como las informaciones sobre los impactos socioambientales.

En Tapajós, el pueblo indígena *Munduruku*, comunidad ribereña y fronteriza, que en el 2016 discutieron sobre el derecho a la consulta frente el proyecto de implementación de la Central Hidroeléctrica de São Luiz de Tapajós, denunciaron la postura arbitraria de militarizar el proceso de licenciamiento ambiental y los procedimientos de consulta:

Para que la consulta sea realmente libre, no aceptaremos *pariwat* armados en las reuniones (Policía Militar, Policía Federal, Policía de carreteras Federal, Ejército, Fuerza Nacional Seguridad Pública, Agencia brasileña de Inteligencia o cualquier otra fuerza de seguridad pública o privada). Nosotros usamos arco y flecha porque hace parte de nuestra ancestralidad y no

directamente para hacer la guerra.⁴⁹

El entonces Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, destacó en 2013 el derecho de los pueblos indígenas a oponerse a las actividades extractivas que afecten a sus territorios, demostrando la preocupación con el uso abusivo de la fuerza o con represalias directas y presiones por parte de los Estados o empresas extractivas para obligarlos a aceptar los proyectos de extracción.⁵⁰

49 MUNDURUKU, Protocolo de Consulta Munduruku, 2014. A propósito ver: OLIVEIRA, Rodrigo Magalhães de. A ambição dos Pariwat. consulta prévia e conflito socioambiental. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2016.

50 ANAYA, James. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. In: NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. 24o período de sesiones. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. 1 jul. 2013. A/HRC/24/41.

Cuadro 2 - Etapas del proceso de consulta y consentimiento previo, libre e informado⁵¹

1. Etapa de pre-consulta o plan de consulta

En la pre-consulta es presentada para los pueblos y comunidades la intención de iniciar el proceso consultivo con el fin de establecer de forma conjunta el calendario, la metodología y la logística, respetando los modos de organización y la jurisdicción propia de las comunidades, sus tradiciones, calendarios ecológicos y culturales y tiempos necesarios, teniendo en cuenta las dificultades de comunicación y las distancias entre las comunidades. Deberán ser decididos por las comunidades los lugares donde se realizarán las etapas del proceso de consulta previa. Queda así establecido el respeto a la diversidad y a la autonomía lingüística de las comunidades, con la realización del proceso bilingüe o plurilingüe – con traductores, cuando sea necesario.

2. Etapa informativa de apertura

La fase informativa de la presentación del proyecto, medida legislativa o administrativa, su naturaleza

51 Cuadro reproducido y revisado de la tesis de doctorado de la autora: SILVA, Liana Amin Lima da. OP. cit., p. 203.

y actores envueltos; socialización entre las comunidades.

3. Realización del Estudio de Impacto Ambiental y Social (EIA)

Cuando se trata de proyectos de intervención en el territorio, la realización del EIA deberá tener en cuenta el enfoque socioambiental y el diálogo intercultural, con la identificación de los impactos, riesgos, daños, afectaciones y posibles beneficios a ser repartidos de forma justa y equitativa.

4. Etapa de internalización y socialización

El Estado deberá viabilizar la logística y la custodia de las reuniones internas y de los encuentros de las comunidades afectadas, sin intervención. La cantidad de encuentros, reuniones o asambleas y los calendarios para que ocurran deberá ser decidido por las propias comunidades, respetándose las distancias, el calendario cultural-tradicional y el calendario de la naturaleza, para no perjudicar las actividades tradicionales y de subsistencia de las comunidades.

5. Etapa deliberativa/protocolización

La protocolización del acuerdo (instrumento bilateral entre el Estado y los pueblos), en caso de contar

con el consentimiento; o la protocolización del veto, en caso de no llegar a un acuerdo y de no haber logrado obtener el consentimiento de los pueblos y comunidades afectadas, estando fundamentado por la amenaza a la vida y a la integridad física y cultural de los pueblos. En caso de veto de los pueblos y comunidades, el Estado podrá presentar medidas o proyectos alternativos para iniciar un nuevo proceso de consulta, si fuera el caso.

6. Etapa de seguimiento

En caso de que la medida o proyecto haya sido aceptado, se debe acompañar si los condicionantes o medidas de prevención y mitigación de daños serán cumplidas, así como si hubo un cumplimiento de los acuerdos, la implementación de las medidas y reparaciones y la repartición de los beneficios, según el caso; se debe acompañar, también, la implementación y la ejecución de la medida o proyecto, que deberá ser suspendido en caso de incumplimiento de los términos acordados.

3.2. Medidas Legislativas

La consulta previa debe darse en los actos normativos y legislativos que afecten a los pueblos

indígenas y tradicionales, inclusive tratándose de la reglamentación del propio derecho de consulta y consentimiento («consulta de la consulta»).

Obsérvese que el Legislativo, en el Brasil, aún no comprendió que tiene la obligación de cumplir del Convenio 169 en el sentido de incorporar la consulta previa al proceso legislativo. Hay un histórico de casos de violaciones de consulta previa tratándose de medidas legislativas, configurándose un vicio congénito de la ley o del acto normativo.

En el caso de medidas legislativas inconsultas, o sea, que violaron el derecho a la consulta y el consentimiento (CPLI) en el proceso legislativo, la constitucionalidad de los actos legislativos deberá ser cuestionada y podrán ser considerados nulos, sobre el examen de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la ley. Es el caso de la ley inconsulta, la ley 13.123/2015 que dispone sobre el acceso al patrimonio genético, la protección y acceso al conocimiento tradicional asociado y sobre la repartición de los beneficios para la conservación y uso sustentable de la biodiversidad, que revocó la Medida Provisional 2.186 del 2001, en un trámite en régimen de urgencia, violando el derecho a la

participación y el derecho a la consulta de los pueblos interesados y directamente afectados.⁵²

3.3. Medidas administrativas

La consulta previa cabe en cualquier medida administrativa que afecte directamente la vida de los pueblos y comunidades y sus territorios, ya sea en áreas de la salud, educación, saneamiento básico, etc. La consulta debe ser respetado incluso cuando la medida tenga la apariencia de producir efectos positivos para las comunidades, como las acciones y políticas públicas afirmativas, con la idea de superar el etnocentrismo y la subalternidad en las relaciones Estado/pueblos indígenas y tradicionales.

Otra hipótesis se enmarca en relación a la instalación de bases militares y aparatos de seguridad pública en que las comunidades afectadas directamente deberán ser consultadas. En ese caso, la obtención del

52 MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (Orgs.). A “nova” Lei n. 13.123/2015 no velho Marco Legal da Biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017.

consentimiento libre, previo e informado es requisito para el seguimiento de las instalaciones y servicios militares en territorios tradicionales.

Los casos más complejos de medidas administrativas son los casos de concesiones y autorizaciones de megaproyectos de explotación de recursos naturales e instalación de servicios de infraestructura, en que la consulta debe ser previa, antes incluso de la realización de los estudios de impacto ambiental y social y de los procedimientos de licenciamiento ambiental.

También figuran como medidas administrativas los actos administrativos con fuerza de ley y los actos normativos emanados por el Poder Ejecutivo, así como las medidas provisionales, decretos, circulares e instrucciones normativas. Cuando dichos actos administrativos son inconsultos, padecen del vicio congénito y son inconstitucionales, pues con tales medidas se afectan también directamente a los pueblos indígenas, quilombolas y tradicionales al ser violadoras del derecho de consulta previa en el proceso legislativo.

Se puede citar como ejemplo la Medida

Provisional 870 de 2019 que alteró la organización básica de los órganos de la Presidencia de la República y los Ministerios, y el Decreto 9.667 del 2 de enero de 2019, que transfirió para el Ministerio de Agricultura, Pecuaria y Abastecimiento, la competencia en cuanto a los asuntos referentes a la reforma agraria, regularización fundiaria de áreas rurales, Amazonía legal, identificación, delimitación, demarcación de tierras indígenas y titulación de tierras quilombolas (artículo 1, XIV y § 2).

3.4. Consulta previa y reparación de derechos

En los casos de violaciones ya ocurridas («hechos consumados»), las peticiones o procesos de reparación deberán respetar la consulta previa, con el fin de que haya una reparación efectiva, legítima y adecuada a cada caso en concreto. Además de los daños ambientales, al implementar la consulta previa el gobierno deberá tener en cuenta los bienes intangibles directamente asociados a la integridad étnica y cultural de cada comunidad en particular.

La reunión de especialistas de los trabajos preparatorios del Convenio 169 concluyó que sería necesario fortalecer las disposiciones de protección para los casos en que fueran inevitables los desplazamientos de los pueblos indígenas y tribales fuera de sus tierras, por excepción. Reconoció que, en esos casos, tales pueblos deberían recibir compensaciones justas y consistentes, de manera prioritario, en entrega de tierras alternativas de igual extensión, calidad y situación jurídica, lo que resultó en el artículo 16 del Convenio 169.⁵³

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) dispone, en su artículo 28, que los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa por las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente hayan poseído, ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o damnificados sin su consentimiento libre, previo e informado.

La Corte Interamericana de los Derechos

53 HUACO PALOMINO, Marco Antonio. Op. cit., p. 262-263.

Humanos (Corte IDH) produjo extensa jurisprudencia sobre los derechos de reparación material e inmaterial, y en lo que se refiere a los pueblos indígenas y tribales, considerando, más allá de los daños colectivos socioambientales, los daños morales colectivos y los daños espirituales.

En el caso del Pueblo Indígena *Xucuru*, primer caso con sentencia de la Corte Interamericana que reconoce violaciones de derechos humanos perpetuadas por el Estado brasileño contra pueblos indígenas, con la tardanza en el reconocimiento, demarcación y titulación del territorio ancestral, la Corte IDH ordenó el establecimiento de una indemnización de compensación colectiva, con la constitución de un fondo por el Estado brasileño en consulta con los integrantes del pueblo *Xucuru* para beneficio del territorio indígena.⁵⁴

Entre muchos otros ejemplos, un caso emblemático y de doble violación de los derechos de los pueblos indígenas y de comunidades tradicionales en el Brasil es el de la Hidroeléctrica (UHE) de Belo Monte y la amenaza de un proceso de licenciamiento

54 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Pueblo Indígena Xucuru vs Brasil**. Sentencia del 5 de febrero de 2018.

ambiental apresurado e inconsulto para la explotación de oro a gran escala por una empresa minera canadiense (Belo Sun Mining Corporation), afectando doblemente tierras indígenas y territorios tradicionales ribereños. En ese caso, tanto un proceso de consulta en que el consentimiento libre, previo e informado es requisito para que no se repita las violaciones ya ocurridas así como un segundo proceso de consulta que deberá ser concretado para discutirse colectivamente acerca de las propias medidas de reparación.

3.5. El propósito de llegar a un acuerdo o de obtener el consentimiento

El artículo 6 del Convenio 169 dispone sobre el deber de los Estados de «consultar los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y, particularmente, a través de sus instituciones representativas, cada vez que sean previstas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente».

El artículo 7 del Convenio 169 dispone que los

pueblos interesados deberán tener el *derecho a decidir*⁵⁵ sus propias prioridades en lo referente a lo que se dice sobre el respeto al proceso de desarrollo, en la medida en que ello afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, así como las tierras que ocupan o utilizan de alguna forma y de controlar, en lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.

Hay situaciones en las cuales «el consentimiento no es solamente el horizonte o finalidad de un procedimiento, pero requisito para que el Estado tome una decisión». Según Yrigoyen Fajardo, es el caso de situaciones previstas normativamente y otras en las cuales se puede poner en riesgo derechos fundamentales de los pueblos, como la integridad o el modo de subsistencias – como ha establecido la jurisprudencia del sistema interamericano. Conforme la autora, son situaciones en las cuales el derecho internacional exige el consentimiento previo, libre e informado para que el

55 En la versión oficial de la Convención 169 en inglés: **the right to decide**. En la versión aplicada en el Brasil, por medio del Decreto 5.051 del 19 de abril de 2004, no consta la expresión «direito de decidir», equivocadamente traducida como el **derecho de escoger**, lo que puede generar interpretaciones restrictivas al **derecho de decidir** expresamente previsto en la Convención.

Estado pueda adoptar una decisión, o sea, no bastaría la consulta o participación.⁵⁶

Además de las hipótesis previstas en el Convenio 169 y en la Declaración de 2007, en que se debe obtener el consentimiento previo, libre e informado, resaltamos la existencia del precedente por la admisión del derecho de aprobar (y, consecuentemente, derecho de «veto» o de «no aprobar»).

Conforme la jurisprudencia de la Corte IDH, en los casos de megaproyectos que puedan afectar el modo de vida de los pueblos (como ocurre en los supuestos de desplazamiento por la construcción de represas y ciertas actividades extractivistas), no basta la consulta a los pueblos, necesitándose el consentimiento libre, previo e informado.

El caso del pueblo *Saramaka*, en Suriname, es emblemático en ese sentido. La Corte consideró que, cuando se trata de planes de desarrollo o de una intervención a gran escala que genere un mayor impacto dentro del territorio, el Estado tiene la obligación no solo de consultar, también deberá obtener su consentimiento

56 YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. Op. cit.

previo, libre e informado, conforme sus costumbres y tradiciones. La Corte, además, consideró que a la consulta adicionalmente se requiere la protección de la participación efectiva cuando se trate de grandes proyectos de desarrollo o intervención que puedan generar un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo y de su territorio. El raciocinio en esos casos es que se exige la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo *Saramaka*, conforme sus costumbres y tradiciones. La decisión de la Corte tuvo como fundamento la Declaración de la ONU del 2007 que hace mención expresa en el artículo 32.⁵⁷

En el juicio en el que se encontraba involucrado el pueblo *Kichwa Sarayaku*, víctima de violaciones de derechos humanos por el Estado del Ecuador, la Corte IDH decidió de forma clara y didáctica acerca del derecho de consulta y sobre su carácter previo, sobre el requisito de buena fe, sobre la finalidad de llegar a un acuerdo y sobre la necesidad de una consulta informada, adecuada y accesible a los pueblos. De esta forma, se refuerza la conexión indivisible entre los derechos a la consulta, a la

57 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 nov. 2007.

propiedad comunal y a la identidad cultural.⁵⁸

El entonces Relator de la ONU para los Pueblos Indígenas, James Anaya, determinó que «es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo».⁵⁹

De la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (de 2007) y de otras fuentes internacionales – como la jurisprudencia de la Corte Interamericana, las comunicaciones del Comité de Derechos Humanos, las recomendaciones sobre pueblos indígenas del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales – derivado de la regla

58 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Pueblo Kichwa Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 jun. 2012. En ese sentido también fue la decisión: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Sentencia de 08 octubre. 2015.

59 ANAYA, James. Una cuestión fundamental: el deber de celebrar consultas. NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. 12o período de sesiones, Tema 3 de la agenda. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. 2009.

general de que no se deben realizar actividades extractivas dentro de los territorios de los pueblos indígenas, sin su consentimiento libre, previo e informado.⁶⁰

El derecho al consentimiento libre, previo e informado, según Yrigoyen Fajardo, es un derecho reforzado de carácter específico que constituye un requisito adicional al ejercicio de otros derechos (como la participación o la consulta previa) para que el Estado pueda tomar una decisión, cuando la materia en cuestión puede afectar derechos fundamentales de los pueblos indígenas o colocar en riesgo su integridad.⁶¹

La Corte Interamericana avanzó con la concepción del carácter indivisible del derecho de consulta y del derecho al consentimiento libre, previo e informado. En el caso de *Saramaka vs Suriname* (del 2007), se estableció que en los planes de desarrollo o en las intervenciones que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad colectiva de los pueblos, la comprensión debe ser en el sentido

60 ANAYA, James. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. Op. cit., p. 9.

61 YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. Op. cit., p. 16

de lo que se requiere, adicionalmente al derecho de consulta, la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado, conforme las costumbres y tradiciones del pueblo en cuestión.⁶²

Cuadro 3 - Situaciones en las cuales se exige el consentimiento previo, libre e informado⁶³

1. Traslados poblacionales

El Convenio 169, art. 16. Solamente cabe el traslado: a) con el consentimiento libre, previo e informado, o b) procedimiento adecuado establecido por la legislación nacional, en los cuales los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

Declaración de la ONU, art. 10. Solamente caben los traslados voluntarios: a) con el consentimiento libre, previo e informado y b) un acuerdo previo de indemnización justa y equitativa.

62 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. Op. cit.

63 Cuadro reproducido de: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. Op. cit., p. 17.

2. Medidas especiales de salvaguarda

Convenio 169, art. 4. El Estado no puede adoptar medidas especiales (de salvaguarda) contrarias a los deseos libremente expresados por los pueblos.

3. Almacenamiento o desechos de materiales peligrosos

Declaración de la ONU, art. 29. No se almacenarán ni eliminarán materiales peligrosos en territorios indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

4. Desarrollo de actividades militares

Declaración de la ONU, art. 30. No se desarrollarán actividades militares en territorios indígenas a menos que: a) sean justificadas por el interés público pertinente; b) hayan sido acordadas libremente con los pueblos indígenas; c) por ellos solicitadas.

5. Megaproyectos que puedan afectar el modo de vida o subsistencia

Sentencia de la Corte IDH, Caso *Saramaka* vs Surinam (2007). «En caso de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tendrían un mayor impacto dentro del territorio *Saramaka*, el Estado tiene la obligación no solo de consultar los *Saramaka*, sino, también, de

obtener el consentimiento previo, libre e informado, conforme sus usos y costumbres.»

Además de las hipótesis concretas dispuestas en el cuadro de arriba, elaborado por Fajardo Yrigoyen, la Corte Interamericana avanzó en la interpretación y definición del derecho al consentimiento libre, previo e informado al establecer una especie de «cláusula general» de consentimiento, que sería aplicable siempre que una medida, sin importar su naturaleza, tuviese un impacto significativo y de poner en riesgo la integridad física y cultural del pueblo indígena o tradicional.

Además, la naturaleza indivisible del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado tiene respaldo en el propio derecho a la libre determinación de los pueblos.⁶⁴

64 Por cierto, leer: SILVA, Liana Amin Lima da. Op. cit., 2017. MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. Justiça socioambiental e direitos humanos: uma análise a partir dos direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. ROJAS GARZÓN, Biviany; YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Rodrigo. Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica – RCA Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2016.

4. ¿Qué son los Protocolos Autonómicos de Consulta y cuál es su naturaleza jurídica?

Los pueblos indígenas necesitan de un poder que tenga aplicación interna como pueblo, pero también eficacia externa para impedir la opresión.⁶⁵

Delante de la coyuntura de las amenazas y violaciones de los derechos étnicos, los pueblos y comunidades tradicionales han identificado en el mecanismo de la consulta y consentimiento libre, previo e informado un instrumento para la garantía de los demás derechos colectivos fundamentales, sobretodo derechos territoriales y culturales.

De esta forma, toda la expectativa creada en relación al derecho a la consulta y al consentimiento

65 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Op. cit., p .191.

libre, previo e informado viene siendo constantemente frustrada cuando muchos de los pueblos y comunidades tradicionales se encuentran las violaciones de ese derecho. O sea, cuando se enfrentan con un histórico de procesos inconsultos y con la imposición de políticas que les afecten, así como con la imposición del modelo de desarrollo predatorio extractivistas afectando sus territorios; como por ejemplo los megaproyectos de explotación hidroeléctrica y de minería así como de obras de infraestructura que no apuntan en beneficiarlos y afecta directamente sus territorios con impactos socioambientales y daños irreparables, como por ejemplo la carretera de *Ferro Carajás*, de la construcción de carreteras, de instalaciones de líneas de transmisión, etc.

Las raras veces en que el Estado presenta la intención de realizar la consulta previa, los intentos de diálogo acaban siendo frustradas también por la imposición de un modelo que no conduce con la lógica de los pueblos, irrespetando la regla básica de ser un procedimiento apropiado con las instituciones representativas tradicionales de los pueblos en cuestión. Procesos de consulta previa viciados por la lógica procedimental burocrática y por la inmediatez que la velocidad del capital requiere, pasan como un vendaval en

la vida de los pueblos y sus territorios tradicionales.

En ese contexto, el protocolo propio de consulta y el consentimiento, también llamado de protocolo comunitario o mandato de consulta previa, es un instrumento en que las comunidades expresan su voz y su derecho propio, como ejercicio de la iusdiversidad y autodeterminación. Los protocolos propios contienen las reglas mínimas y fundamentales que los pueblos y las comunidades establecen y exteriorizan para el Estado, apuntando cómo se debe respetar el derecho propio, sus jurisdicciones propias y formas de organización social en un proceso de consulta previa.

Los protocolos de consulta constituyen un marco de reglas mínimas de interlocución entre el pueblo, o comunidad interesada y el Estado. A partir de los protocolos propios, es posible construir el plan de consulta de cada proceso. El plano de consulta constituye el primer acuerdo necesario entre las partes sobre las reglas de cada consulta definidas conjuntamente entre el Estado y la comunidad consultada. En el plan de Consulta se necesita un acuerdo

sobre los interlocutores del proceso, el lugar, la metodología, el tiempo y los recursos necesarios para su realización.⁶⁶

Los protocolos comunitarios autonómicos son instrumentos que constituyen la juridicidad al establecer el cómo debe ser conducida la consulta previa y sus etapas, como los pueblos y comunidades se organizan y cómo son los procesos de decisión colectiva de aquellos pueblos y comunidades. En los protocolos es posible encontrar los principios, directrices, criterios y reglas mínimas que deberán ser respetadas por el Estado para que un proceso de consulta previa sea culturalmente adecuado, respetándose las especificidades y el derecho propio de los pueblos en cuestión.

Diversos pueblos indígenas, quilombolas y comunidades tradicionales se han dedicado a discutir y a encontrar en los protocolos autonómicos la manera más apropiado de expresarse a fin de reivindicar el diálogo intercultural y la observancia del Estado en la implementación de la consulta previa. Desde 2014,

66 ROJAS GARZÓN, Bivianny; YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Rodrigo. Op. cit., p. 38.

se registra la construcción de diversos protocolos autonómicos de consulta y consentimiento libre, previo e informado en el Brasil, sea de forma documental escrita, sea oral, por registro documental audiovisual. (caso inédito del pueblo *Kayapó-Menkrãgnoti*, en 2019).⁶⁷

Los protocolos autonómicos contienen reglas básicas y fundamentales que los pueblos y comunidades establecen y exteriorizan para el Estado, apuntando como debe ser conducido un proceso de consulta previa, respetando el derecho propio, las jurisdicciones indígenas, las formas de organización social y de deliberación colectiva.

Los protocolos autonómicos, en general, apuntan en demostrar el cómo un proceso de consulta debe ser realizado de forma legítima y apropiada, respetándose las especificidades culturales y las instituciones representativas de cada pueblo o

67 El Observatorio de Protocolos Comunitarios de Consulta Previa, Libre e Informada: Derechos Territoriales, Autodeterminación y Iusdiversidad (Proyecto CNPq Universal) dispone los protocolos que son públicos y divulgados por los pueblos. OBSERVATORIO DE PROTOCOLOS COMUNITARIOS AUTONÓMICOS DE CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA. Disponible em: <http://observatorio.direitosocioambiental.org/>. Acceso en: 20 nov. 2020..

comunidad. Se trata, por tanto, de un ejercicio de autodeterminación de los pueblos, que debe ser atendido y respetado por el Estado.

En diciembre de 2017, se tuvo en el Brasil la importante e inédita decisión que reconoció jurídicamente el carácter vinculante de los protocolos. El Tribunal Regional Federal de la 1 Región reconoció el deber del estado de Pará de consultar el pueblo *Juruna*, suspendiendo el proceso de licenciamiento ambiental de la empresa minera Belo Sun, pues la consulta previa deberá ocurrir en conformidad con las reglas de consulta establecidas en el Protocolo *Juruna* y deberá ser realizada previamente a la licencia de instalación de cualquier emprendimiento.⁶⁸

El consentimiento libre, previo e informado compone el derecho de decidir las prioridades en lo que concierne al modelo de desarrollo que afecte los pueblos indígenas, quilombolas y tradicionales, configurándose, por tanto, como una expresión del derecho a la libre

68 BRASIL. Justicia Federal. Tribunal Regional Federal de la 1a Región. **Apelación Civil n. 0002505-70.2013.4.01.3903/PA.** Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. Decisão de 06 dez. 2017.

determinación.

El derecho a la libre determinación es un derecho humano sin el cual un pueblo no realiza ni ejerce los demás derechos, ya que, en virtud de ese derecho, determinan libremente su estatuto político y aseguran libremente su desarrollo económico, social y cultural.⁶⁹

La libertad de determinarse al ser un pueblo, definiendo los caminos y el futuro de su existencia, debe ser reconocida y respetada externamente. La libre determinación conduce a la noción de *iusdiversidad*.

Marés de Souza Filho, al definir la *iusdiversidad*, expone que: «los principios universales de reconocimiento integral de los valores de cada pueblo solamente pueden ser formulados como la libertad de actuar conforme sus propias leyes, lo que significa haber reconocido su derecho y su jurisdicción»⁷⁰

69 Cf. Declaración de las Naciones Unidas y Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo 3), Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 1) y Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (artículo 1).

70 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Op. cit., p. 195.

Comprendemos la iusdiversidad a partir de la noción de diversidad cultural, diversidad de sistemas jurídicos propios, que a su vez, se vincula a determinado territorio y territorialidad, conformando la jurisdicción indígena o tradicional.

En noviembre de 2018, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH/OEA) hizo una visita *in loco* al Brasil con el objetivo de revisar la situación de los derechos humanos en el país. En las recomendaciones del informe de las Observaciones Preliminares, la CIDH destaca que el Estado deberá garantizar el derecho a la consulta previa, libre e informada bajo el horizonte de obtener el consentimiento, en conformidad con los patrones interamericanos en la materia, tomando en cuenta las características, usos y costumbres de los pueblos indígenas y comunidades involucradas.

La CIDH reconoce el uso de protocolos de consulta y la observancia de las formas propias de organización de los quilombos y su toma de decisiones, al recomendar la reglamentación del derecho a la consulta previa de las comunidades quilombolas previstas en el Convenio 169 de la OIT, considerando la jurisprudencia

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁷¹

El 9 de octubre de 2020 se realizó la Audiencia Temática Regional sobre el derecho a la consulta y consentimiento previo del 177. Período de Sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). La solicitud de audiencia fue suscrita por organizaciones populares y organizaciones de la sociedad civil en Brasil, Colombia, Perú y México. Durante la audiencia, la comisionada Antonia Urrejola expresó la importancia de los protocolos autónomos como ejercicio de autodeterminación de los pueblos:

varios de ustedes se refirieron a los procesos de desarrollo de protocolos autonómicos de consulta, que entendemos nosotros que es como un mecanismo el ejercicio de la libre determinación y ahí a mí me gustaría como relatora poder conocer un poco más aquellos que han

71 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Observaciones Preliminares de la visita in loco de la CIDH al Brasil.** Rio de Janeiro, 05-12 nov. 2018. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/2380Pport.pdf>. Acceso en: 19 abr. 2019.

tenido esta experiencia de los protocolos. (...) Me parece muy importante no solo resaltar los problemas y los obstáculos, sino también las buenas prácticas para que nosotros podamos ayudar a replicar las en otros Estados.⁷²

En Brasil, hasta el año 2020, según datos del Observatorio de Protocolos Comunitarios, al menos 45 protocolos autónomos de consulta y consentimiento previo libre e informado fueron desarrollados por pueblos indígenas, quilombolas y otros pueblos y comunidades tradicionales, como caiçaras, ribeirinhos, comunidades agroextractivas, gitanos, recolectores de flores, entre otros.

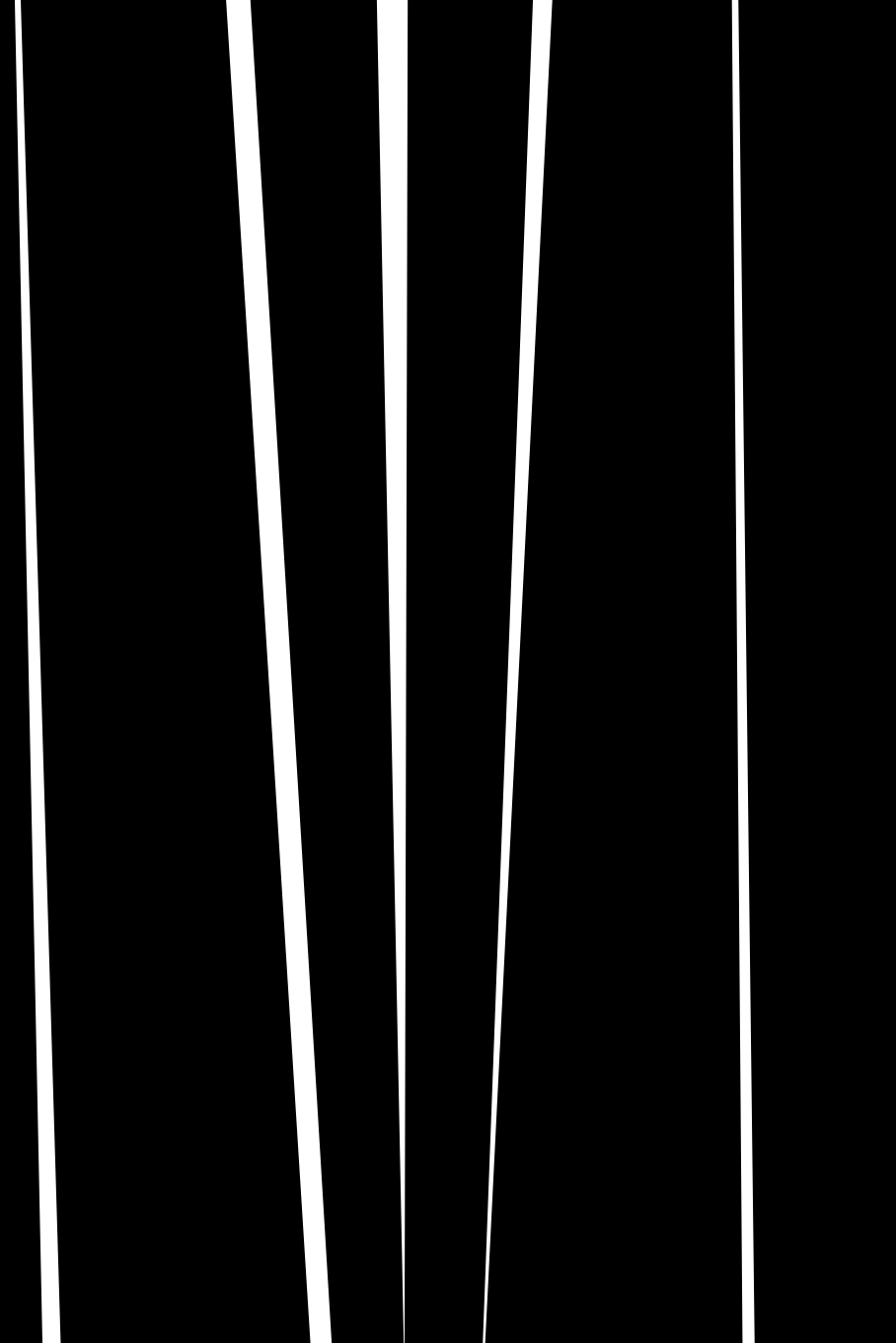
El derecho de consulta y consentimiento previo, libre e informado (CPLI) debe ser implementado apuntando a un diálogo intercultural igualitario, con el objetivo de salvaguardar y garantizar los derechos

72 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) . PS177. Audiencia. Informação verbal. El derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=Dfi-z9kExNc&feature=emb_title>. Acesso em 10 de outubro de 2020.

colectivos de los pueblos indígenas, quilombolas y comunidades tradicionales.

De ese modo, la consulta previa no debe ser considerada como un mero procedimiento o formalidad a ser cumplida; debe ser encarada como un derecho fundamental que garantice la vida y la integridad física y cultural de los pueblos, en búsqueda de prevenir y superar conflictos socioambientales en territorios tradicionales.

Los protocolos autónomos de consulta, por tanto, se revelan como instrumentos legítimos de autodeterminación, vinculantes a los Estados en la observancia e implementación de la consulta previa, libre e informada, por contener las directrices que le dieron un sentido a las etapas del proceso de consulta, así como las formas de representación, participación, organización social propia y deliberación colectiva y tradicional que deberán ser respetada en el proceso de consulta y consentimiento libre, previo e informado.



tercera parte: LOS PROTOCOLOS AUTONÓMICOS DE CONSULTA: CASO DEL PUEBLO MUNDURUKU

Rodrigo Oliveira⁷³

73 Magister en derechos humanos por el Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Pará, con énfasis en antropología jurídica y derechos étnico-raciales. Asesor Jurídico del Ministerio Público Federal en Santarém. Coautor del libro: ROJAS GARZÓN, Biviany; YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Rodrigo. *Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais*. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica – RCA Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2016. Contacto: digovsk@gmail.com

1. Construcción del Protocolo de Consulta

La pregunta «¿Cómo hacer el Protocolo Autónomo de Consulta?» no tiene una única respuesta. Cada comunidad tiene su propia organización sociocultural, a la cual el carácter culturalmente apropiado de la construcción del Protocolo y de la consulta, previsto en el Convenio 169 de la OIT, debe ajustarse. Lo importante es que el proceso sea conducido por los miembros de la comunidad, con o sin auxilio externo. Los protocolos elaborados por consultorías, empresas, miembros del gobierno o cualquier agente extraño a la comunidad deben ser considerados inválidos y nulos.

Además de la elaboración de un documento jurídicamente vinculante, lo que debe ser observado en los procesos de consulta previa, libre e informada, la construcción del Protocolo es un momento de articulación, organización y formación que debe contar con posiciones consensuadas de la comunidad. Por ejemplo, se describirá el proceso de construcción del protocolo de Consulta de la nación *Munduruku*.

Nosotros, el pueblo Munduruku, queremos oír lo que el gobierno tiene para decirnos. Pero no queremos información inventada. Para que el pueblo Munduruku pueda decidir necesita saber lo que va a suceder en la realidad. Y el gobierno necesita oírnos.

Es de esta manera, haciéndose protagonista y asumiendo una actitud activa en el diálogo con el Estado, que el pueblo indígena *Munduruku* introdujo su Protocolo de Consulta. Entre los años 2011 y 2016, el gobierno federal intentó construir la central hidroeléctrica de São Luiz do Tapajós –prevista para ser implantada en el medio del río Tapajós– sin garantizar el derecho a la consulta previa, libre e informada a los *Munduruku* y a las diversas comunidades tradicionales que serían directamente afectadas.

Después de tensiones y de una torpedeada disputa judicial en acción adelantada por el Ministerio Público Federal (MPF), y años de reivindicación de los indígenas y ribereños, el Superior Tribunal de Justicia determinó que el gobierno federal no podría avanzar en la licencia ambiental del emprendimiento (emisión de Licencia Previa) sin que los indígenas y las comunidades tradicionales fueran consultados de manera previa, libre e informada.

Aunque determinada por la decisión judicial, el proceso de consulta previa se vio constantemente amenazado; el gobierno federal lo conducía de manera sesgada y sin garantizar a las comunidades algún poder de decisión, evidenciando que el gobierno buscaba solamente refrendar su decisión, ya tomada previa y aparentemente innegociable.

En los encuentros que el gobierno federal convocó, fue posible observar desde el principio, algunas violaciones:

1. Exclusión de las comunidades tradicionales ribereñas: el gobierno federal decía que no había consenso jurídico frente a la aplicación del derecho a la consulta previa a las comunidades ribereñas y no adoptó ninguna iniciativa de diálogo con ellas. Conforme lo demostrado en esta publicación, el Convenio 169 de la OIT –y consecuentemente, el derecho a la consulta previa– sí es aplicable a los pueblos y comunidades tradicionales.
2. Aplazamiento de la consulta y decisión consumada: violando la premisa básica del

Convenio 169 de la OIT, que exige que la consulta sea previa a la toma de decisiones sobre la implementación de un proyecto, la licencia avanzó (el Ministerio de Minas y Energía llegó a agendar la subasta de la Central para finales de 2014). sin que la consulta hubiese sido siquiera iniciada. El gobierno dejó claro en diversos momentos que la decisión de construir la Central era irreversible e innegociable y que la consulta debería restringirse a la negociación de medidas de mitigación y compensación, lo que retira cualquier posibilidad de que los grupos afectados incidieran en la toma de la decisión.

3. Militarización de las reuniones: todas las reuniones entre el gobierno y los Munduruku eran acompañadas por un fuerte contingente armado de la Fuerza Nacional de Seguridad Pública, haciendo inviable el carácter libre de la consulta.
4. Imposición de plazos impracticables para la finalización de la consulta (en septiembre de 2014, el gobierno llegó a presentar un cronograma total de 45 días), lo que frustra

el carácter culturalmente el diálogo. Como ya fue discutido en este texto, una consulta culturalmente apropiada también significa respetar el tiempo que cada pueblo necesita para decidir (por ejemplo, muchos pueblos toman sus decisiones a través del consenso, lo que demanda un amplio debate) y sus restricciones temporales (épocas del año en que el pueblo no puede concentrarse en las reuniones, como períodos de cosecha o de rituales religiosos), entre otros matices.

5. La principal y más grave violación consistía en el irrespeto a la organización social y política Munduruku: el gobierno federal canalizaba el diálogo a través de una única asociación, que no representaba la totalidad de los indígenas y tampoco podría tomar una decisión en nombre de toda la colectividad. Por la época y en razón de una maniobra del propio gobierno, la referida asociación era integrada por indígenas que estaban más alineados a la construcción de la hidroeléctrica.

En este escenario, las pocas reuniones convocadas por el gobierno entre los años 2012 y 2014 no contaron con la presencia significativa de los indígenas, en especial por ser realizadas en las zonas urbanas de los municipios de Itaituba y Jacareacanga (ambos en Pará). Los *Mundurukus* resistían a participar de un proceso de consulta que no seguía las reglas legalmente previstas o tampoco les garantizaba algún poder de decisión

Exigieron, entonces, la suspensión de los intentos por algunos meses, para que pudieran realizar encuentros y discusiones internas sobre el Convenio 169 y el derecho a la consulta, antes de volver a dialogar con el gobierno. El objetivo era familiarizarse con los derechos previstos en la Constitución y en el Convenio 169, para que pudieran ejercer el control social del proceso de consulta previa del cual participarían.

Solicitaron al MPF la realización de los encuentros sobre el tema. Entre tanto, el órgano no contaba con las condiciones financieras y de recursos para atender el pedido. Los indígenas hicieron el contacto con diversas organizaciones sociales que,

en red, crearon el Proyecto del Convenio 169,⁷⁴ con la colaboración del MPF y con la participación activa de los *Munduruku* bajo su concepción.

El proyecto elaboró un material didáctico sobre los temas que serían a ser abordados en los encuentros: derechos indígenas en la Constitución y en el Convenio 169, con énfasis al derecho a la consulta. El material fue traducido para la lengua *munduruku* y distribuido entre los indígenas en diversos formatos (digital, poster y banner).

El segundo paso fue el planeamiento de los encuentros. Los indígenas *Munduruku* ocuparon tradicionalmente una vasta área a lo largo de la bahía del río Tapajós, en el oeste paranaense. Son 128 aldeas distribuidas a lo largo del alto, medio y bajo Tapajós (en la división entre Mato Grosso y Pará a los territorios que se extienden entre los municipios paranaenses de Jacareacanga y Santarém).

74 Para conocer más sobre el Proyecto de Convenio 169, los actores implicados, los desafíos de su actuación. Revisar: MOURA, Aldebaran; CARVALHO, Guilherme; GOMES, João; MOTA, Marco; GAYOSO, Solange; SILVA, Stefany Rafaela Ferreira e. O desafio dos pariwat. In: Proposta – Revista de debates da FASE, ano 42, n. 128, 2018.

Además del enorme desafío logístico impuesto por la región y de los altos costos (las oficinas fueron realizadas en tres territorios diferentes, fueron centenas de quilómetros recorridos por el equipo y por los indígenas, centenas de desplazamientos en barco, compra de gasolina y gasolina diésel, compra de espacios para los encuentros, impresiones del material didáctico, entre otros costos), el planeamiento de los encuentros exigía un permanente –en ciertos momentos, tenso– diálogo entre los *Munduruku* y el equipo del Proyecto del Convenio169.

Muchas eran las dudas: ¿Cuántos encuentros eran necesarios? ¿Serían realizados encuentros concentrados o descentralizados en cada una de las 128 aldeas? Considerando que son aproximadamente trece mil *Munduruku* ¿Cuáles participarían de los encuentros? ¿Solamente los caciques y líderes o el pueblo en general? Aunque el proyecto lidiara con limitantes financieras y burocráticas, era necesario pactar un formato de encuentros que garantizara el protagonismo de los indígenas, lo que significaba respetar absolutamente su organización social y política. En ese sentido, los *Munduruiu* decidieron que los encuentros serían realizados en medio de sus

asambleas generales, de una forma concentrada, en las aldeas que escogieran, y con la participación del mayor número posible de indígenas, sin restringirla únicamente a los caciques y líderes.

Los primeros encuentros ocurrieron en la aldea Waro Apompu, en la ribera del río Cururu, en la Tierra indígena *Munduruku*, en los días 24 y 25 de septiembre de 2014, y en la reserva indígena Playa do Mangue, en Itaituba, los días 29 y 30 de septiembre. Las dos asambleas generales extraordinarias contaron con la participación de al menos 400 indígenas. En el primer encuentro y animados con la experiencia de los indígenas Wajãpi, en Amapá, los *Munduruku* decidieron construir su propio protocolo de consulta.

Los Protocolos de Consulta Previa son documentos en los cuales los pueblos indígenas, comunidades quilombolas y comunidades tradicionales exponen a la sociedad y al Estado como están organizados social y políticamente, como se hacen representar, como toman sus decisiones, entre otras especificidades culturales. A través de los Protocolos, los grupos hacen explícito cómo debe ser una consulta culturalmente adecuada, de acuerdo con

sus «usos, costumbres y tradiciones», es decir, sus propias leyes.

Siguiendo a Rojas Garzón, Yamada y Oliveira:

Los protocolos propios de consulta constituyen un marco de reglas mínimas de interlocución entre el pueblo, o la comunidad interesada y el Estado. A partir de los protocolos propios, es posible construir el plan de consulta de cada proceso. El plan de consulta constituyó el primer acuerdo necesario entre las partes sobre las reglas de cada consulta definida conjuntamente entre el Estado y la comunidad consultada. En el plan de consulta necesitan ser acordados los interlocutores del proceso, el lugar, la metodología, el tiempo y los recursos necesarios para su realización.⁷⁵

O, en palabras del gran chamán *Yanomami*, Davi Kopenawa: «Esta es nuestra arma, nuestro

75 ROJAS GARZÓN, Bivianny; YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Rodrigo. Op. cit., p. 38

instrumento para defendernos, el Protocolo de Consulta. Para conversar con el blanco. Y es por la escritura, para que el hombre de ciudad pueda entender». ⁷⁶

A lo largo de los encuentros (que contaban con traducción simultánea para la lengua *munduruku*), y después de la parte más expositiva acerca de la Constitución y del Convenio 169, los indígenas debatieron frente a tres cuestiones centrales: ¿Quién decide por el pueblo *Munduruku*? ¿Quién participa de las discusiones y decisiones? ¿Cómo el pueblo *Munduruku* decide? Los cuestionamientos provocaron una reflexión colectiva entre los indígenas acerca de su propia organización política y social.

Las respuestas eran transcritas de forma textual, y después organizadas en un texto cohesionado, formando así el primer borrador del Protocolo de Consulta *Munduruku*. Al final de cada día de los encuentros, la versión parcial

76 CHIARETTI, Daniela. Dos líderes indígenas hablan sobre los tiempos de Bolsonaro **Valor Econômico**, 18 enero. 2019. Disponible en: <https://www.valor.com.br/imprimir/noticiaimpresso/6069311>. Acceso en: 21 abr. 2019.

del documento era proyectado, leído en lengua *munduruku*, y los presentes sugerían aumentar, modificar o suprimir trechos, siempre con la aprobación de toda la asamblea.

Después del primer ciclo de encuentros, los *Munduruku* siguieron discutiendo internamente el derecho a la consulta y el borrador del Protocolo. El 13 y 14 de diciembre de 2014, fue realizada la asamblea general ordinaria del pueblo *Munduruku* en la aldea Sai Cinza, en la cual fue aprobado el Protocolo de Consulta *Munduruku*, con la participación de más de 800 indígenas, con representantes de todas las aldeas.

En abril de 2015, líderes indígenas fueron a Brasilia a entregar el Protocolo de Consulta en las manos del entonces Secretario General de la Presidencia de la República, órgano responsable por coordinar el proceso de consulta.

Aunque el Protocolo de Consulta esté dotado de fuerza jurídica, por expresar las condiciones para la realización del un diálogo «culturalmente adecuado» en los términos del

Convenio 169 –y conforme lo reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Regional Federal de la 1 Región,⁷⁷– los *Munduruku* estaban conscientes de que entre mayor fuera la apropiación del derecho a la consulta y cuanto más cohesionados estuvieran social y políticamente, mayor sería la fuerza jurídica (y política) del protocolo.

En ese sentido, la opción de los *Munduruku* de realizar encuentros y discutir el Protocolo en medio de las asambleas generales fue fundamental para fomentar la reflexión colectiva, fortalecer las discusiones internas y su propia organización social y política.

En agosto de 2016, meses después de la publicación de los estudios de identificación y delimitación de la Tierra Indígena Sawré Muybu, el Instituto de Medio Ambiente y Recursos Natu-

77 BRASIL. Ministerio Público Federal. Procuraduría Regional de la República da 1a Región. TRF1 ordena la consulta previa a indígenas afectados por la empresa minera Belo Sun y mantiene suspensión del licenciamiento. 6 diciembre. 2017. Disponible en: <http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/noticias-pa/trf1-ordena-consulta-previa-a-indigenas-afetados-pela-mineradora-belo-sun-e-mantem-suspensao-do-licenciamiento>. Acceso en: 21 abr. 2019.

rales Renovables (Ibama) archivó el proceso de licenciamiento ambiental de la Central Hidroeléctrica de São Luiz de Tapajós, pues no haber podido demostrar su viabilidad socioambiental y por el hecho de lo que implicaría la remoción de los *Munduruku*, lo que es prohibido por la Constitución Federal de 1988 (art. 231, § 3).

Pese al archivo de la hidroeléctrica, antes de la consulta previa haber sido efectivamente iniciada, el Protocolo de Consulta *Munduruku* fue fundamental para derrumbar la tesis del gobierno federal utilizada en los procesos judiciales de que los indígenas no querían ser consultados, sino tan solo obstruir el emprendimiento, con el propósito de revertir la decisión judicial anterior que condicionaba la posibilidad de concesión de la licencia a la realización de la consulta. En ese sentido, el Protocolo de Consulta *Munduruku* le demostró a Justicia Federal que sí querían ser consultados y que la recusación de la participación en las reuniones convocadas por el gobierno representaba únicamente un boicot a un proceso de consulta sesgado y que no les daba garantía alguna de poder decidir.

Referencias

BRASIL. **Carta Régia de 13 de mayo de 1808**, firmada por el Príncipe Regente pidiéndole al Gobernador de Minas Gerais que haga la guerra a los Botocudos. Disponible en: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/carregsn/antioresa1824/cartaregia-40169-13-maio-1808-572129-publicacaooriginal-95256-pe.html>. Acceso en: 9 nov. 2018.

BRASIL. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL (1988). Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT).

_____. **Decreto n. 6.040, de 07 de febrero de 2007**. Instituyó la Política Nacional de Desarrollo Sustentable de los pueblos y Comunidades Tradicionales. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acceso en: 20 mar. 2019.

_____. **Decreto n. 8.750, de 09 de maio de 2016**. Instituyó el Consejo Nacional de los Pueblos y Comunidades Tradicionales. Disponible en: <http://www>.

planalto.gov.br/ccivil03/Ato2015-2018/2016/Decreto/D8750.htm. Acceso em: 20 mar. 2019.

_____. **Decreto 4.887, de 20 de noviembre de 2003.** Reglamenta el procedimiento para identificación, reconocimiento, delimitación, demarcación y titulación de las tierras ocupadas por remanentes de las comunidades de los quilombos que trata el artículo 69 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto/2003/d4887.htm>. Acceso en: 20 mar 2019.

_____. **Decreto n. 9.759, del 11 de abril de 2019** extingue y establece directrices, reglas y limitaciones para cuerpos colegiados de la administración pública federal. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm>. Acceso en: 12 abr. 2019.

_____. Justicia Federal. 1a Vara Federal de Paranaguá. **Acción Civil Pública n. 5000742-88.2015.4.04.7008/PR.** Decisión del 26 mayo 2015.

_____. Justicia Federal. Tribunal Regional Federal da 1a Región. **Proceso n. 0006962-86.2014.4.01.3200.**

Decisión del 16 mayo 2016

_____. Justicia Federal. Tribunal Regional Federal da 1a Región. **Processo n. 0000377-75.2016.4.01.3902.** Decisión del 24 mayo 2016

_____. Justicia Federal. Tribunal Regional Federal de la 1a Región. 2a Vara de la Justicia Federal en Santarém. **Proceso no 1000362- 21.2018.4.01.3902.** Decisión del 29 out. 2018.

_____. Justicia Federal. Tribunal Regional Federal da 1a Región. Apelación Civil n. 2006.39.03.000711-8/PA. Decisión del 03 jun. 2016.

_____. Justicia Federal. Tribunal Regional Federal de la 1a Región. **Apelación Civil n. 0002505-70.2013.4.01.3903/PA.** Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. Decisão de 06 dez. 2017.

_____. Ministerio Público Federal. Procuraduría Regional de la República da 1a Región. **TRF1 ordena la consulta previa a indígenas afectados por la empresa minera Belo Sun y mantiene suspensión del licenciamiento.** 6 diciembre. 2017. Disponible en:

<http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/noticias-pa/trf1-ordena-consulta-previa-a-indigenas-afetados-pela-mineradora-belo-sun-e-mantem-suspensao-do-licenciamento>. Acceso en: 21 abr. 2019.

BRASIL. RORAIMA. Tribunal de Justicia (TJ-RR). **Apelación Criminal** n. 0090.10.000302-0. Cámara Única, Turma Criminal. Relator Desembargador Mauro Campello. Juzgado el 18 diciembre de 2015.

CANOVA, P. **Mi trabajo en las comunidades de los Ayoreo en el Chaco Paraguayo**. Gramo Conversaciones 2016. Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=BBDn2zFJLYw>> Consultado: 26 de julio de 2017.

CODEHUPY (Coordinadora de los Derechos Humanos del Paraguay). **Informe de derechos humanos sobre el caso Marina kue**. Asunción: Paraguay: Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay (CODEHUPY), 248 p. 2012.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-129**, de mayo de 2011. Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm>> Consultado: 7 de diciembre de 2020.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Unificación**, SU-123/2018. Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU123-18.htm>>
Consultado: 7 de diciembre de 2020.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH); ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Observaciones Preliminares de la visita in loco de la CIDH al Brasil**. Rio de Janeiro, 05-12 nov. 2018. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/2380Pport.pdf>. Acceso en: 19 abr. 2019.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) . PS177. Audiencia. Informação verbal. El derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=Dfi-z9kExNc&feature=emb_title>.
Consultado: 10 de octubre de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso del Pueblo Indígena Xucuru vs Brasil**. Sentencia del 5 de febrero de 2018. Disponible: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf>.

Consultado: 7 de diciembre de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 nov. 2007. Disponible: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>. Consultado: 7 de diciembre de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Caso del Pueblo Kichwa Sarayaku vs. Ecuador.

Sentencia de 27 jun. 2012. Disponible: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_por.pdf> . Consultado: 7 de diciembre de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Caso de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Sentencia de 08 octubre. 2015. Disponible: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf>. Consultado: 7 de diciembre de 2020.

CHIARETTI, Daniela. Dos líderes indígenas hablan sobre los tiempos de Bolsonaro **Valor Econômico**, 18 enero. 2019. Disponible en: <https://www.valor.com.br/imprimir/noticiaimpresso/6069311>. Acceso en: 21 abr. 2019.

DGEEyC,; STP. **Censo de Comunidades de los Pueblos Indígenas. Resultados Finales** 2012. Asunción: DGEEyC/ STP. 137 p. 2012.

FAPI (Federación por la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas). **Campaña Consulta y Consentimiento**. 2019. Disponible en: <https://www.fapi.org.py/consulta-y-consentimiento/> Consultado: 30-10-2020.

FOGEL, R. Efectos socioambientales del enclave sojero (pp. 35-100) En: **Enclave Sojero, merma de soberanía y pobreza**. Asunción: CERL. 260 p. 2005.

GÓMEZ, Magdalena. La Suprema Corte de Justicia y los pueblos indígenas: tendencias y desafíos frente al nuevo paradigma en derechos humanos. **Los Pueblos Indígenas y la Constitución de 1917: una revalorización del pasado hacia el presente**. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 595-699, 2015.

_____. **El derecho indígena subordinado y la consulta contra los pueblos: un caso mexicano** Revista Abya Yala num 3. Brasilia, 2017.

_____. **Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo**, tercera edición, México, SCJN, 2018.

_____. **Derecho Indígena al territorio y a la consulta el caso yaqui en México**. CES Universidad Coimbra, Portugal, 2018.

HUACO PALOMINO, Marco Antonio. **Los trabajos preparatorios del Convenio n. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes**. Lima: Fundación Konrad Adenauer (KAS); Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI) en América Latina, 2015.

MARÉS, Carlos. **Tatarrey**. Revista PUB, 14 jan. 2019. Disponible en: <https://www.revista-pub.org/blog/tatarrey>. Consultado: 21 abr. 2019.

MENDOZA, Diana Alexandra. 2020. **El ímpetu de la autodeterminación de los pueblos indígenas en Colombia**. IPDRS.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi

Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (Orgs.). **A “nova” Lei n. 13.123/2015 no velho Marco Legal da Biodiversidade:** entre retrocessos e violações de direitos socioambientais. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **Justiça socioambiental e direitos humanos:** uma análise a partir dos direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

MUNDURUKU, **Protocolo de Consulta Munduruku,** 2014. Disponível em: < <http://observatorio.direitosocioambiental.org/>> Consultado: 20 nov. 2020.

MOURA, Aldebaran; CARVALHO, Guilherme; GOMES, João; MOTA, Marco; GAYOSO, Solange; SILVA, Stefany Rafaela Ferreira e. **O desafio dos pariwat.** In: Proposta – Revista de debates da FASE, ano 42, n. 128, 2018.

OBSERVATORIO DE PROTOCOLOS COMUNITARIOS DE CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA. Disponible em: <http://observatorio.direitosocioambiental.org/>. Consultado: 20 nov. 2020.

OLIVEIRA, Rodrigo Magalhães de. **A ambição dos Pariwat**. consulta prévia e conflito socioambiental. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2016.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**. Aprobada en la 107 sesión plenaria de la Asamblea General de la ONU, 13 set. 2007. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/unpfiidocuments/DRIPSpt.pdf>> Consultado:: 15 de enero de 2019.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas** Aprobada en la 3 sesión plenaria, 15 de junio de 2016. Disponible en: Disponible em: <https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmINDPOR.pdf>. Consultado:: 15 enero de 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). **Aplicación del Convenio 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina - Una Recopilación de Casos** . Mayo 2009.

PADILLA, Guillermo. 2020 **Participación indígena en Colombia, la individualización del sujeto colectivo. El caso del pueblo Arhuaco**. La Paz: Konrad Adenauer, en imprenta.

PARAGUAY. Decreto N° 1039/2018 **Protocolo para el proceso de consulta y consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas que habitan en el Paraguay**. Poder Legislativo. 2018. CN. Asunción. 18 p.

RAMIREZ, D. **Paraguay: entre la Tierra Sin Mal y los malditos terratenientes**. Publicado: 15-12-2013. Consultado: 20 de noviembre de 2015. Disponible en: <http://www.sinpermiso.info/textos/paraguay-entre-la-tierra-sin-mal-y-los-malditos-terratenientes>

ROJAS GARZÓN, Biviany; YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Rodrigo. **Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais**. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica – RCA Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2016.

SILVA, Liana Amin Lima da. **Consulta prévia e livre determinação dos povos indígenas e tribais na América Latina: re-existir para co-existir**. Tesis

(Doctorado en Derecho Socioambiental) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Curitiba, 2017. Disponible: < <http://www.biblioteca.pucpr.br/pergamum/biblioteca/index.php?codAcervo=338228&ga=2.244976709.172933600.1607361013-1652260529.1585609123>> Consultado: 07 de diciembre de 2020.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. **El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento**. IN: APARICIO, Marco (Ed.). Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y el territorio: conflictos y desafíos en América Latina. Lima: Icaria, 2011.

YURJA, Pedro Pachaguayá. **El Tabú de Tatarrey: autoridad, ecología y género em comunidades del sur de Oruro**. II Reunión Plenaria del GT CLACSO «Derecho, Clases Sociales y Reconfiguración del Capital». Curitiba: PUCPR, 22-26 out. 2018.

El Libro Protocolos Autonómicos de Consulta Previa y el Derecho a la Libre Determinación fue originalmente publicado en Brasil en 2019, como aporte a la lucha de los pueblos indígenas y tradicionales por el reconocimiento legal de su derecho a la consulta libre, previa e informada, garantizado en el Convenio 169 de la OIT.

Su traducción al español si debe al hecho de que los debates sobre los Protocolos Autonómicos en el marco del Convenio 169 se han intensificado en toda América Latina. Pero esta versión también trae un aporte muy importante: tres presentaciones sobre los marcos legales de Paraguay, Colombia y México.

Presentación PARAGUAY Carmen Alice Cohene Mercado

Presentación COLOMBIA Guillermo Padilla

Presentación MÉXICO Magdalena Gómez

