



MANUAL
**Entre las buenas y malas
prácticas en la Consulta Previa**
– Casos de América Latina



Konrad
Adenauer
Stiftung



**Programa Regional de "Participación Política Indígena"
en América Latina**

MANUAL

Entre las buenas y malas prácticas en la Consulta Previa - Casos de América Latina

AUTORES:

Marco Mendoza
Thiago Almeida García
Guisela Mayén
Carlos Freddy Ochoa
Guillermo Vidalón

© Konrad Adenauer Stiftung e.V., 2015

Prefacio

Maximilian Benjamin Hedrich

Representante de la Fundación Konrad Adenauer en Bolivia y del Programa Regional de "Participación Política Indígena" de la Fundación Konrad Adenauer

Autores

Marco Mendoza (Bolivia)

Thiago Almeida García (Brasil)

Guisela Mayén (Guatemala)

Carlos Freddy Ochoa (Guatemala)

Guillermo Vidalón (Perú)

Editores responsables

Maximilian Benjamin Hedrich

Bernardo Ponce

Revisión y corrección

Javier Castaños

Fundación Konrad Adenauer (KAS) - Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI) en América Latina

Av. Walter Guevara N° 8037, Calacoto (ex Av. Arequipa casi esq. Plaza Humboldt)

Tel: (+591-2) 277-6731 / 277-6685

Casilla N° 9284

La Paz – Bolivia

Email: info.ppi@kas.de

www.kas.de/ppi

Diseño de portada

Editora PRESENCIA S.R.L.

D.L.

XXX

Impresión

Editora PRESENCIA S.R.L.

Impreso en Bolivia – Printed in Bolivia

Esta publicación se distribuye sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer (KAS).

El texto que se publica a continuación es de exclusiva responsabilidad de los autores y no expresa necesariamente el pensamiento de los editores y/o de la KAS. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con la inclusión de la fuente.

Índice

| | |
|---|-----------|
| Prefacio | 5 |
| 1. Monitoreo socioambiental indígena del Bloque Caipipendi la experiencia del Consejo de Capitanes de Chuquisaca | 7 |
| I. Descripción de la problemática de la Consulta Previa en Bolivia | 8 |
| Conclusiones y recomendaciones..... | 34 |
| Fuentes bibliográficas | 37 |
| 2. Identidades indígenas, originárias e tradicionais: | 39 |
| I. A consciência identitária como dimensão do exercício da Autodeterminação e como critério fundamental de Reconhecimento | 47 |
| II. Os sujeitos de direito da consulta livre, prévia e informada..... | 48 |
| A. Os sujeitos de direito da consulta no Brasil | 55 |
| B. Os sujeitos de direito da consulta na Bolívia | 61 |
| III. O que podemos aprender com as discussões no Brasil e na Bolívia sobre a titularidade da consulta? | 68 |
| IV. Recomendações a partir das realidades brasileira e boliviana..... | 71 |
| V. Bibliografia | 72 |
| VII. Documentos Consultados..... | 74 |
| 3. Guatemala: los megaproyectos y la afectación a la cultura indígena | 76 |
| I. Problemática relacionada a la consulta previa | 76 |
| II. Malas prácticas..... | 79 |

| | |
|--|-----|
| A. Antecedentes históricos de las empresas petroleras y Mineras en Guatemala: legislación hecha a la medida..... | 79 |
| B. Extracción de petróleo: Daño a áreas protegidas | 82 |
| C. Expansión de la minería en Guatemala: Posturas encontradas | 85 |
| D. Hidroeléctricas: Inundación en territorios indígenas | 97 |
| E. La omisión de la consulta: Violencia en las comunidades indígenas | 90 |
| III. La afectación a la cultura indígena: Un impacto más de los megaproyectos | 95 |
| IV. Conclusiones..... | 101 |
| V. Recomendaciones | 102 |
| Bibliografía..... | 104 |
| Lista de siglas..... | 107 |

4. La valoración social del diálogo y la buena fe 109

| | |
|---|-----|
| I. La valoración social del diálogo | 110 |
| II. La institucionalización del diálogo público en la vida cotidiana | 115 |
| Mapa conceptual de los diferentes significados de tzij (palabra)..... | 113 |
| III. El liderazgo y la gestión del diálogo..... | 118 |
| IV. La buena fe | 125 |
| Bibliografía | 134 |

5. Consulta previa, ¿Un desafío al Estado Nacional? 137

| | |
|--|-----|
| ¿Qué es la Consulta Previa?..... | 138 |
| ¿Qué debemos entender por Consulta Previa?..... | 140 |
| ¿Qué es un Derecho Colectivo de un pueblo indígena u originario?.. | 160 |
| ¿Qué significó para el Perú la Consulta Previa? | 161 |

PREFACIO

En el año 2006 se formó el Programa Regional “Participación Política Indígena” (PPI) de la Fundación Konrad Adenauer (KAS) inspirado en la convicción de que una democracia a mediano y largo plazo sólo puede ser estable y sostenible cuando existe participación de todos los sectores de la población. Una revisión de los antecedentes y de la situación actual de los pueblos indígenas en América Latina dejan evidencia de que los espacios de participación política, económica y social para las poblaciones indígenas fueron escasos durante muchos siglos, y lo siguen siendo.

Es por eso que el PPI persigue principalmente dos objetivos:

- 1) Fomento al debate intercultural e interdisciplinario entre representantes indígenas y no indígenas sobre temas que son de suma importancia para los pueblos indígenas en América Latina. La democracia es diálogo, sin este diálogo plural no puede haber una verdadera democracia.
- 2) Sensibilización de actores tradicionales no indígenas, como por ejemplo partidos políticos, para que incorporen temas indígenas en sus estructuras. Así se prevé un mayor entendimiento entre los actores de toda la sociedad.

Cuando nos referimos a participación indígena, uno de los mecanismos que requiere detenido y profundo análisis es la **Consulta Previa e Informada**. En esta publicación contamos con la valiosa contribución de expertos de Bolivia, Brasil, Guatemala y Perú quienes analizan los contextos nacionales en los que la Consulta Previa se perfila como mecanismo efectivo de participación indígena y de respeto a sus derechos, así como a sus mecanismos propios de toma de decisiones.

Las contribuciones aquí presentadas dejan evidencia sobre la importancia de encarar todo proceso de Consulta Previa, basados en principios de buena fe, brindando información oportuna a las comunidades y pueblos

indígenas desde el momento en el que el proceso de consulta se inicia. Uno de los problemas recurrentes que se debe evitar, es que una de las partes involucradas en la consulta se convierta en juez y parte.

Nos ha llamado la atención el hecho de que la Consulta Previa es un mecanismo altamente valioso en términos de fortalecimiento de la democracia, pues se cimienta en información transparente, diálogo participativo e intercultural y, por supuesto, consulta libre de coerción. Recordemos que todo proceso que se encara con transparencia, genera confianza y permite que las decisiones sean acertadas al estar basadas en información pertinente e imparcial.

Toda Consulta Previa que cumpla con estos valores y procedimientos, mitiga los conflictos y, en consecuencia, confrontaciones posteriores. Apostar por la Consulta Previa tiene un impacto positivo incuestionable para todas las partes involucradas: Estados nacionales, industrias extractivas y comunidades indígenas.

Recordemos que cuando se descarta la Consulta Previa, el resultado sólo puede ser uno: altos niveles de conflictividad para los Estados, altas pérdidas económicas para las industrias extractivas, así como violaciones a los derechos de los pueblos indígenas reconocidos por declaraciones y convenios internacionales, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio No. 169 de la Organización internacional del Trabajo (OIT).

Otro de los aspectos analizados por los autores es la imperante necesidad de contar con estudios socioambientales imparciales, al ser un insumo fundamental para la toma de decisiones pertinentes y justas para todas las partes.

Invitamos a quienes acceden a esta publicación a explorar las cinco contribuciones presentadas, estamos seguros de proporcionar una comprensión más amplia y detallada de la Consulta Previa como mecanismo efectivo para el fortalecimiento de la participación de los pueblos indígenas de la región.

Maximilian Benjamin Hedrich

Representante

Programa Regional de "Participación Política Indígena"

Fundación Konrad Adenauer

1

MONITOREO SOCIOAMBIENTAL INDÍGENA DEL BLOQUE CAIPIPENDI

La experiencia del Consejo de Capitanes de Chuquisaca

Marco A. Mendoza Crespo

Fundación CONSTRUIR

mmendoza@fundacionconstruir.org

ABSTRACT

El Estado Plurinacional Comunitario incorporó en su texto constitucional vigente -entre otros- el derecho de los pueblos indígenas a la consulta, vinculando la misión de los poderes constituidos (Órganos) con la voluntad de constituyente desde una Carta de Derechos ampliada, lo que obliga a un rediseño institucional y normativo que debe hacer posible la realización de este derecho particular de los pueblos indígenas, obligando a generar nuevas/otras condiciones, términos y relaciones entre el Estado Plurinacional Comunitario y los pueblos indígenas. En esta perspectiva, la experiencia del Consejo de Capitanes de Chuquisaca en el Monitoreo Socioambiental Indígena puede ser replicada en emprendimientos económicos que se realicen en territorios indígenas, desde el momento inicial del proceso de consulta, de manera que se generen las bases de una relación no confrontativa entre Gobierno, empresas y autogobiernos indígenas.

I. DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DE LA CONSULTA PREVIA EN BOLIVIA

Antecedentes

La experiencia del Consejo de Capitanes de Chuquisaca (CCCh) en la implementación del Monitoreo Socioambiental Indígena en el Bloque Caipipendi, obliga a repensar los términos tradicionales en los que se concibió el proceso de consulta a los pueblos indígenas en Bolivia, dado que los términos y alcances del Monitoreo resultan de un acuerdo con la empresa, a partir del análisis de los documentos técnicos del Proyecto de Exploración Sísmica. Consiguientemente, si la base de la consulta es la buena fe y la mayor y mejor expresión de ésta se genera en una apropiada, debida y oportuna información a los pueblos indígenas, entonces, el Monitoreo Socioambiental Indígena, que actualmente se implementa en la fase de exploración hidrocarburífera, debe realizarse desde el momento inicial del proceso de consulta, de manera que se generen las bases de una relación no confrontativa entre gobierno, empresas y autogobiernos indígenas, sustentada en la buena fe de las partes.

Dado que el Monitoreo Socioambiental Indígena busca mitigar los impactos directos e indirectos que generan las actividades extractivas en territorios indígenas, afectando sus componentes socioambientales, entonces, la implementación del Monitoreo Socioambiental Indígena puede fortalecer las capacidades de diálogo e interlocución política entre las comunidades concernidas y su Autogobierno Indígena y, entre éste, el gobierno y las empresas en la perspectiva de una adecuada prevención y transformación del conflicto.

Este resultado sólo es posible si el proceso de Monitoreo se desarrolla en un marco de buena fe que busque hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas y respete e incorpore en el proceso a las estructuras del Autogobierno Indígena en los distintos momentos de su desarrollo:

1. Información y diálogo político inicial con las instancias nacionales y de carácter departamental para los acuerdos de carácter general;
2. Información y diálogo político específico con las instancias departamentales, las comunidades y las autoridades comunales y zonales, para los acuerdos de carácter específico que hacen a las actividades preparatorias;

3. Información y diálogo técnico con las autoridades comunales, zonales y los equipos de monitores para el inicio y desarrollo de las actividades de campo;
4. Información y evaluación de las acciones del monitoreo socioambiental indígena en distintas fases: a) autoridades indígenas comunales, zonales y departamentales en los distintos momentos del proceso; b) autoridades indígenas zonales, departamentales y nacionales en la fase inicial y de cierre; c) comunidades, autoridades comunales, zonales, departamentales o nacionales si se presentan casos de emergencia;
5. La acción de los Monitores Socioambientales Indígenas debe ser articulada a las instancias de representación comunal, zonal y departamental del Autogobierno Indígena, considerando que se trata de un mandato específico que debe ser cumplido.

Entonces, el Monitoreo Socioambiental Indígena es una acción política del Autogobierno Indígena que debe fortalecer sus procesos internos de consulta y de diálogo político y social con sus comunidades, y el desarrollo de las capacidades técnicas de sus miembros que conocen y buscan hacer respetar sus derechos y que, a su vez –en su calidad de brazo técnico-, articulan sus acciones de Monitoreo con los distintos niveles e instancias de su Autogobierno presente en el territorio: comunidad, zona, departamento; monitoreando, informando y consultando sobre las acciones que se deben emprender. Todo este proceso tiene que resultar en otros de fortalecimiento de sus capacidades de representación, interlocución y diálogo político y social informado con el gobierno y las empresas.

Si la buena fe de las partes hace posible el acuerdo pactado entre el Autogobierno Indígena y la empresa para la implementación y la sostenibilidad del Monitoreo Socioambiental Indígena, la lealtad de los monitores con los términos de este acuerdo y con su Autogobierno Indígena hacen posible su cumplimiento.

Instrumentos internacionales

A este efecto, deberá considerarse el contenido del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

los pronunciamientos y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los Mecanismos del Sistema de Naciones Unidas: la Relatoría Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Las líneas de jurisprudencia contenidas en las decisiones de las Cortes y Tribunales Constitucionales de la Región.

Se considera fundamental el contenido del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT que obliga a los gobiernos a desarrollar procesos de consulta *"a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas"* (subrayado por el autor); incluso, *"proporcionar los recursos necesarios para este fin"*. Los términos de *"las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas"* (subrayado por el autor).

El artículo 7 del Convenio 169 de la OIT hace referencia expresa al *"derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo"* sosteniendo que *"deben participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente"*.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas insiste en la buena fe y marca una línea clara respecto al consentimiento, no como un resultado potestativo sino como un mandato a ser alcanzado cuando, en su artículo 19, determina: *"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 y administrativas, para obtener su consentimiento libre, previo e informado"*.

En Bolivia, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue elevada a Ley 3760 el 07 de noviembre de 2007¹. Consiguientemente, su cumplimiento es obligatorio no sólo como instrumento internacional sino además como norma interna. En este caso,

1 Disponible en: www.ine.gob.bo/indicadoresddhh/archivos/.../Ley%20N%203760.pdf

dado que el contenido de su artículo 19 es más favorable que el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, por mandato expreso del artículo 13 de la CPE -cumpliendo el principio de favorabilidad-, se dará aplicación preferente a lo dispuesto por el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de manera que en el caso boliviano se considerará obligatorio lograr el consentimiento previo, libre e informado en los procesos de consulta.

Éste deber es mayor cuando, mediante sentencia de 27 de junio de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunció sentencia en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador² y mediante el razonamiento conducente del párrafo 177 que determina textualmente:

"La Corte ha establecido que para garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígena en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo o la comunidad, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. Asimismo, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. Por último, la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones. El incumplimiento de esta obligación, o la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados".

Marco constitucional

El derecho de los pueblos indígenas a la consulta está desarrollado en los artículos 30.II.15 y 352 del texto constitucional vigente. En términos constitucionales, la consulta a los pueblos indígenas debe ser previa, concertada y de buena fe (artículo 30.II.15), además de ser libre e informada (artículo 352).

² Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

Siguiendo la disposición del artículo 30.II.15, la consulta debe realizarse *"mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles"*, el artículo 352 constitucional es taxativo y determinante cuando señala que *"tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios"*. Consiguientemente, no es el gobierno el que impone los términos de la consulta desde una perspectiva del uso del poder, sino que está en la obligación de adaptar/adoptar los términos de la consulta a la matriz cultural concreta y particular de cada pueblo indígena, esto es: un proceso de consulta que cumpla los términos de la CPE sólo es posible si se realiza en clave intercultural.

El numeral 16 del artículo 30.II constitucional complementa el derecho a la consulta, con el derecho a la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios. En esta misma línea, el artículo 403 reconoce *"la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley; a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza"*.

No es posible la aplicación y cumplimiento de estos derechos si los decisores y gestores de la política pública no reconocen en los pueblos indígenas los portadores de esos derechos y si no comprenden que la política pública tiene como trasfondo una visión de desarrollo dominante, no necesariamente compatible y en armonía con las visiones de desarrollo de los pueblos indígenas. Este hecho lleva a otro no menos importante, la necesidad de comprender la interlocución indígena en diálogo con el gobierno, como una representación política que emerge de una decisión propia, incluso como interlocución/representación no necesariamente afín, incluso distante y hasta en oposición a la línea oficial. Comprender y respetar estas dos circunstancias se encuentran íntimamente relacionadas con la buena fe en un proceso de consulta concreto porque, en términos generales, sería deseable para los gobiernos una interlocución/representación indígena afín, incluso domesticada, con una visión de desarrollo que se encuentre en línea con la política oficial.

Adicionalmente, deberá considerarse el imperativo constitucional del artículo 410 de la CPE que desarrolla el Bloque de Constitucionalidad, en relación con los artículos 13, 109 y 256 constitucionales que desarrollan el principio de favorabilidad, aplicación directa y exigibilidad de derechos, a partir de lo cual debe entenderse que el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas incorporan el estándar más favorable respecto al derecho a la consulta. Entonces, no es posible un diseño e implementación normativa de carácter regresivo que no cumpla los estándares internacionales³.

Respecto al Monitoreo Socioambiental, corresponde señalar que el artículo 304.III.9 constitucional señala que las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer como competencia concurrente *“control y monitoreo socioambiental a las actividades hidrocarburífera y mineras que se desarrollan en su jurisdicción”*. Esta disposición es complementada por el artículo 343 de la CPE que reconoce a la población el derecho *“a la participación en la gestión ambiental, a ser consultado e informado previamente sobre decisiones que pudieran afectar a la calidad del medio ambiente”*. Corresponde dejar constancia que si bien se reconoce el control y monitoreo socioambiental como competencia autonómica indígena concurrente, no inhibe al ejercicio de estos derechos a los pueblos indígenas que no hayan alcanzado la condición autonómica.

Marco normativo referido al derecho a la consulta

Tres son las leyes que tienen contenido expreso referido al derecho a la consulta en materia de hidrocarburos y sus reglamentos.

Ley N° 3058 de Hidrocarburos de 17 de mayo de 2005⁴, cuyo alcance está determinado por su artículo 1, en un contexto de cumplimiento del mandato del referéndum de 18 de julio de 2004 sobre la política de hidrocarburos en Bolivia. Determina:

“Las disposiciones de la presente Ley norman las actividades hidrocarburíferas de acuerdo a la Constitución Política del Estado y establecen los principios, las normas y los procedimientos fundamentales que rigen en todo el territorio nacional para el sector hidrocarburífero.

3 En estos términos, es inaplicable el contenido del Decreto Supremo No. 2898 de 18 de marzo de 2015, porque no cumple los estándares mínimos, el imperativo constitucional ni las recomendaciones de la CIDH, de los Relatores Especiales de la ONU, ni la jurisprudencia internacional y nacional.

4 Disponible en: <http://www.ine.gob.bo/indicadoresddhh/archivos/alimentacion/nal/Ley%20N%C2%BA%203058.pdf>

"Todas las personas individuales o colectivas, nacionales o extranjeras, públicas, de sociedades de economía mixta y privadas que realizan y/o realicen actividades en el sector hidrocarburífero, Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB), los servidores públicos, consumidores y usuarios de los servicios públicos, quedan sometidos a la presente Ley".

Respecto al ámbito de aplicación, el artículo 3 de esta norma manda: *"El proceso de Consulta y Participación se aplicará de manera previa, obligatoria, oportuna y de buena fe, cada vez que se pretenda desarrollar todas las actividades hidrocarburíferas detalladas en el artículo 31 de la Ley N° 3058 en tierras comunitarias de origen, propiedades comunarias y tierras de ocupación y acceso tradicional de los PIO's y CC's, respetando su territorialidad, usos y costumbres en todo el territorio nacional".*

El artículo 57 dispone la Distribución del Impuesto Directo a los Hidrocarburos (IDH) a favor de los departamentos productores (4%), a cada departamento no productor el 2% y el saldo, se asigna por el Poder Ejecutivo *"a favor del TGN, Pueblos Indígenas y Originarios, Comunidades Campesinas, de los Municipios, Universidades, Fuerzas Armadas, Policía Nacional y otros".*

El Título VII de la Ley No. 3058 de Hidrocarburos hace referencia expresa al derecho de los Pueblos Campesinos, Indígenas y Originarios a la consulta en las actividades hidrocarburíferas; establece que el Estado, a través de sus órganos competentes, en ejercicio y resguardo de su soberanía, establecerá la política hidrocarburífera del país; en lo sustentable, el desarrollo equilibrado con el medio ambiente, resguardando los derechos de los pueblos, velando por su bienestar y preservando sus culturas.

Esta norma toma como precedente e integra al derecho boliviano el contenido del Convenio 169 de la OIT referido al derecho a la consulta, cuando en su artículo 114 manda: *"En cumplimiento a los artículos 4, 5, 6, 15 y 18 del Convenio 169 de la OIT, ratificado por Ley de la República N° 1257, de 11 de julio de 1991, las comunidades y pueblos campesinos, indígenas y originarios, independientemente de su tipo de organización deberán ser consultados de manera previa, obligatoria y oportuna cuando se pretenda desarrollar cualquier actividad hidrocarburífera prevista en la presente Ley".* No hay duda, la consulta debe ser previa, obligatoria y oportuna antes de desarrollar cualquier actividad hidrocarburífera.

Los términos de la consulta están desarrollados en el artículo 115 que dispone: *"En concordancia con los Artículos 6 y 15 del Convenio 169 de*

la OIT, la consulta se efectuará de buena fe, con principios de veracidad, transparencia, información y oportunidad. Deberá ser realizada por las autoridades competentes del Gobierno Boliviano y con procedimientos apropiados y de acuerdo a las circunstancias y características de cada pueblo indígena, para determinar en qué medida serían afectados y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las Comunidades y los Pueblos Indígenas y Originarios. La Consulta tiene carácter obligatorio y las decisiones resultantes del proceso de Consulta deben ser respetadas. En todos los casos, la Consulta se realizará en dos momentos:

a) Previamente a la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos, siendo condición necesaria para ello; y,

b) Previamente a la aprobación de los Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental. Cuando se trate de Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental para actividades, obras o proyectos hidrocarburíferos a desarrollarse en lugares de ocupación de las Comunidades y Pueblos Campesinos, Indígenas y Originarios y áreas de alto valor de biodiversidad, necesariamente tendrán que ser los de categoría 1 (Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental Analítico Integral)". La buena fe atraviesa el proceso de consulta y es vinculante por cuanto "La Consulta tiene carácter obligatorio y las decisiones resultantes del proceso de Consulta deben ser respetadas" (sic).

Respecto a la Responsabilidad Estatal, el artículo 116 determina: "Las resoluciones y consensos registrados por las Autoridades Competentes como producto del proceso de consulta en sus dos momentos, tienen validez para las actividades hidrocarburíferas del proyecto objeto de la consulta. En caso de tener la consulta, reconocida en el Artículo 115, un resultado negativo, el Estado podrá promover un proceso de conciliación en el mejor interés nacional".

Respecto a la Autoridad Competente para Ejecutar el Proceso de Consulta, el artículo 117 otorga la responsabilidad "en forma conjunta de la ejecución del Proceso de Consulta las autoridades del Ministerio de Hidrocarburos, el Ministerio de Desarrollo Sostenible, y el Ministerio de Asuntos Indígenas y Pueblos Originarios, considerados autoridades competentes, para los fines del presente Capítulo". Con relación al financiamiento del Proceso de Consulta, dispone que "deberá ser financiado por el Poder Ejecutivo, con cargo al proyecto, obra o actividad hidrocarburífera de que se trate".

En cuanto a la representación, corresponde señalar que el artículo 118 determina: *"Los procesos de consulta establecidos en el presente Capítulo, se realizarán con las instancias representativas de las Comunidades Campesinas y los Pueblos Indígenas y Originarios, independientemente de su tipo de organización, respetando su territorialidad, sus usos y costumbres, siendo nula cualquier otro tipo de consulta individual o sectorial"*.

El artículo 119 está referido a las Compensaciones, señalando: *"Cuando las actividades hidrocarburíferas se desarrollen en tierras comunitarias de origen, comunales, indígenas o campesinas, tituladas o no, todo impacto socioambiental negativo directo, acumulado y a largo plazo, que las mismas produzcan, debe ser compensado financieramente por parte de los titulares de las actividades hidrocarburíferas, de manera justa, respetando la territorialidad, los usos y costumbres de los afectados, tomando como base, el Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental y otros medios que permitan valorar los daños no cuantificables.*

"El Ministerio de Desarrollo Sostenible y la Autoridad Ambiental Máxima Competente, el Ministerio de Hidrocarburos, Ministerio de Asuntos Campesinos y Agropecuarios y el Ministerio de Asuntos Indígenas y Pueblos Originarios están obligados a precautelar que las compensaciones se ejecuten y materialicen en un plazo de quince (15) días luego de acordado el monto compensatorio justo que corresponda.

"El cumplimiento de esta obligación por parte de los titulares de las actividades hidrocarburíferas, es requisito para el desarrollo de las siguientes etapas productivas".

Respecto a las Indemnizaciones, el artículo 120 manda: *"Se procederá a indemnizar por daños y perjuicios emergentes de las actividades, obras o proyectos hidrocarburíferos que afecten a tierras comunitarias de origen, comunales, indígenas o campesinas, tituladas o no, por parte de los titulares y/o operadores de las actividades hidrocarburíferas, respetando la territorialidad, los usos y costumbres.*

"La indemnización debe contemplar los perjuicios derivados de la pérdida de beneficios por actividades productivas, de conocimientos tradicionales y/o aprovechamiento de recursos naturales que las Comunidades o Pueblos Campesinos, Indígenas y Originarios pudieran desarrollar en las zonas impactadas".

El artículo 121 desarrolla las condiciones en las que se excluyen del procedimiento de expropiación "las tierras agrícolas, ganaderas, forestales o de conservación, que sean de propiedad individual o colectiva, de Comunidades y Pueblos Campesinos Indígenas y Originarios, independientemente de su tipo de organización y del tipo de propiedad, salvo que mediante Ley expresa se declare de utilidad y necesidad pública las actividades, obras o proyectos hidrocarburíferos a ejecutarse en las tierras indicadas o donde hay derechos preconstituidos de Comunidades y Pueblos Campesinos, Indígenas y Originarios".

El artículo 122, referido a la Declaratoria de Necesidad Pública, manda: *"Para los casos comprendidos en el Artículo precedente, cualquier solicitud de Declaratoria de Necesidad y Utilidad Pública mediante Ley expresa, deberá contar necesariamente con los estudios de evaluación de impactos económicos, sociales, culturales y ambientales debidamente aprobados por la instancia representativa de las Comunidades Campesinas y Pueblos Indígenas y Originarios y certificados por la Autoridad Ambiental Nacional Máxima, de acuerdo a lo establecido en el Capítulo "De los Derechos a la Consulta y Participación de los Pueblos Campesinos, Indígenas y Originarios".*

El artículo 123 dispone la Improcedencia de Expropiación en las tierras comunitarias de origen *"cuando el Titular no haya previamente hecho conocer las necesidades de la expropiación en Comité de Monitoreo Socio Ambiental del área respectiva del contrato".*

El Derecho a la Defensa de las Comunidades Campesinas, Pueblos Indígenas y Originarios está contenido en el artículo 124. Por mandato del artículo 126 se excluye de la expropiación *"las viviendas y sus dependencias incluyendo las de comunidades campesinas y las de pueblos indígenas, tampoco los cementerios, vías férreas, aeropuertos y cualquier otra construcción pública o privada que sea estable y permanente".*

Ley 1333 del Medio Ambiente⁵, tiene por objeto *"la protección y conservación del medio ambiente y los recursos naturales, regulando las acciones del hombre con relación a la naturaleza y promoviendo el desarrollo sostenible con la finalidad de mejorar la calidad de vida de la población",* entendiendo *"por desarrollo sostenible el proceso mediante el cual se satisfacen las necesidades de la actual generación, sin poner en riesgo la satisfacción de necesidades de las generaciones futuras"* y estableciendo que

5 Disponible en: http://www.mmaya.gob.bo/uploads/documentos/ley_1333.pdf

"La concepción de desarrollo sostenible implica una tarea global de carácter permanente", para concluir que "El medio ambiente y los recursos naturales constituyen patrimonio de la Nación, su protección y aprovechamiento se encuentran regidos por Ley y son de orden público" (Artículo 1).

El artículo 92 de la Ley 1333 de Medioambiente señala: *"toda persona natural o colectiva tiene derecho a participar en la gestión ambiental, en los términos de esta ley, y el deber de intervenir activamente en la comunidad para la defensa y/o conservación del medio ambiente y en caso necesario hacer uso de los derechos que la presente Ley le confiere".*

Ley 300 Marco sobre Derechos de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien⁶, tiene por objeto *"establecer la visión y los fundamentos del desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra para Vivir Bien, garantizando la continuidad de la capacidad de regeneración de los componentes y sistemas de vida de la Madre Tierra, recuperando y fortaleciendo los saberes locales y conocimientos ancestrales, en el marco de la complementariedad de derechos, obligaciones y deberes; así como los objetivos del desarrollo integral como medio para lograr el Vivir Bien, las bases para la planificación, gestión pública e inversiones y el marco institucional estratégico para su implementación" (Artículo 1).*

El artículo 2 de esta disposición normativa se refiere a su alcance y aplicación. Dispone: *"La presente Ley tiene alcance en todos los sectores del nivel central del Estado Plurinacional de Bolivia y de las entidades territoriales autónomas en el Marco de las competencias asignadas en la Constitución Política del Estado, la Ley N° 031 Marco de Autonomías y Descentralización "Andrés Ibáñez" y la Ley N° 071 de Derechos de la Madre Tierra.*

"Se constituye en Ley Marco y de preferente aplicación para el desarrollo de leyes específicas, políticas, normas, estrategias, planes, programas y proyectos".

El artículo 9 de la Ley 300 Marco sobre Derechos de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien plasma los deberes de las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas. El inciso c) de la norma en análisis refiere el deber de *"participar de forma activa, personal o colectivamente, en la generación de propuestas orientadas al respeto y la defensa de los*

6 Disponible en: <http://www.ine.gob.bo/indicadoresddhh/archivos/alimentacion/nal/Ley%20N%C2%B0%20300.pdf>

derechos de la Madre Tierra". El inciso f) dispone el deber de "denunciar todo acto que atente contra los derechos de la Madre Tierra, sus sistemas de vida y/o sus componentes".

El Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas se encuentra contenido en el Decreto Supremo No. 29033⁷ de 16 de febrero de 2007, ampliado y modificado por los Decretos Supremos No. 29124⁸ de 9 de mayo de 2007, No. 29574⁹ de 21 de mayo de 2008 y No. 2898¹⁰ de 18 de marzo de 2015.

El objeto del Decreto Supremo No. 29033, de 16 de febrero de 2007, es "establecer las disposiciones y procedimientos para el proceso de Consulta y Participación a los Pueblos Indígenas, Originarios y Comunidades Campesinas, cuando se pretenda desarrollar actividades hidrocarburíferas en sus tierras comunarias de origen, propiedades comunarias y tierras de ocupación y acceso".

El artículo 5 del Decreto Supremo No. 29033, de 16 de febrero de 2007, modificado por el Parágrafo I del artículo 2 del Decreto Supremo No. 29574, dispone que la Autoridad Competente responsable de la ejecución del proceso de Consulta y Participación sea el Ministerio de Hidrocarburos y Energía. El artículo 9 del Decreto Supremo No. 29033 señala las fases de la consulta y participación.

El Decreto Supremo No. 2898, de 18 de marzo de 2015, tiene por objeto modificar y complementar el Decreto Supremo No. 29033, de 16 de febrero de 2007, reduciendo el proceso de consulta al cumplimiento de formalidades de carácter administrativo. Esta disposición desnaturaliza y vulnera el derecho a la consulta de los pueblos indígenas al omitir el cumplimiento del principio de constitucionalidad que debió observar el Órgano Ejecutivo, faltando a los compromisos del Estado boliviano con la comunidad internacional de respetar el principio de favorabilidad y no regresividad comprometidos por el constituyente en los artículos 13 y 256 constitucionales y en el artículo 410 de la CPE. No es menos importante el razonamiento de la Sentencia

7 Disponible en: <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/76214/79789/F-1046499935/BOL76214.pdf>

8 Disponible en: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/26631>

9 Disponible en: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/27089>

10 Disponible en: <http://www.derechoteca.com/gacetabolivia/decreto-supremo-no-2294-del-18-de-marzo-de-2015/>

Constitucional 0300/2012 de 18 de junio de 2012¹¹ y de la Sentencia Constitucional 2003/2010-R de 25 de octubre de 2010¹².

Los alcances de la Carta de Derechos obligan al Órgano Ejecutivo del Estado Plurinacional de Bolivia a realizar un pronto y oportuno proceso de adecuación constitucional del contenido del Decreto Supremo No. 2898, de 18 de marzo de 2015.

Autorización para el desarrollo de actividades hidrocarburíferas de exploración en las diferentes zonas y categorías de áreas protegidas

El Decreto Supremo No. 2366, de 20 de mayo de 2015, tiene por objeto *"establecer las medidas para el aprovechamiento de los recursos hidrocarburíferos en todo el territorio nacional, en el marco de su carácter constitucional, estratégico y de interés público para el desarrollo del país; vinculado a la reducción de la extrema pobreza en comunidades que habitan las áreas protegidas y la gestión integral de los sistemas de vida"*.

La disposición contenida en el artículo 2 refiere las Actividades Autorizadas, *"permite el desarrollo de actividades hidrocarburíferas de exploración en las diferentes zonas y categorías de áreas protegidas"*, sujeta el desarrollo de pozos exploratorios *"a un procedimiento independiente de Evaluación de Impacto Ambiental y Control de Calidad Ambiental"*.

Las medidas ambientales, están comprendidas en los alcances del artículo 3, disponiendo que el Estudio considere incorporar mecanismos, equipos, tecnologías más adecuadas y limpias, así como considerar *"la existencia de ecosistemas frágiles y sensibles, a fin de reducir su vulnerabilidad y riesgos en la biodiversidad"*.

El Decreto Supremo No. 2368, de 20 de mayo de 2015, tiene por objeto *"establecer los mecanismos necesarios para la construcción y/u operación de ductos en proyectos que se constituyan de interés nacional"* para *"incentivar y proteger la actividad de transporte de hidrocarburos, así como el consumo interno de hidrocarburos tanto de gas natural como de líquidos, el gobierno debe establecer mecanismos que den prioridad a los proyectos que se constituyan de interés nacional"*.

11 Disponible en: http://www.fundacionconstruir.org/index.php/jurisprudencia1/mostrar_caso/idc/54

12 Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/bolivia/doc/apgig17.html>

El gobierno olvidó dar cumplimiento al contenido del artículo 410 constitucional que establece la jerarquía normativa que obliga a respetar el principio y el bloque de constitucionalidad, más aún cuando está vigente el artículo 32 de la Ley No. 3058 de Hidrocarburos referido a las Actividades Hidrocarburíferas y de las Áreas Protegidas que manda:

"El Ministerio de Hidrocarburos, el Ministerio de Desarrollo Sostenible y el Servicio Nacional de Áreas Protegidas (SERNAP), previo a las nominaciones de áreas de interés hidrocarburífero, coordinarán actividades en el marco de sus competencias, cuando las mismas coincidan en áreas geográficas.

"Las actividades de hidrocarburos, en sus diferentes fases, podrán desarrollarse en áreas protegidas, reservas forestales, tierras de producción forestal permanente, reservas de patrimonio privado natural respetando su categoría y zonificación, cuando el Estudio Ambiental Estratégico, previo a la autorización o concesión, lo apruebe y no se pongan en riesgo los objetivos de conservación, servicios ambientales, recursos genéticos, espacios arqueológicos y socio-culturales, en el ámbito del desarrollo sostenible. Estas actividades estarán sujetas a Reglamentos específicos, requiriéndose en todos los casos un Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental".

A esta disposición legal se integra el contenido del artículo 114 y siguientes de la Ley No. 3058 de Hidrocarburos, referidos al derecho a la consulta de los Pueblos Indígenas. Dada la jerarquía normativa de los decretos supremos en análisis, no hay duda respecto al cumplimiento del imperativo constitucional contenido en el artículo 30.15 constitucional, más aún cuando Bolivia tiene un desarrollo jurisprudencial que obliga a su cumplimiento a decisores y operadores públicos.

Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la consulta

Los elementos del derecho a la consulta expresados como mandato constitucional en términos de previa, concertada y de buena fe¹³ (artículo

13 Los términos de la buena fe se encuentran en el razonamiento conducente de la Sentencia Constitucional 0300/2012 que sostiene: *"La buena fe está vinculada con la finalidad de la consulta: llegar a un acuerdo, es decir concertar. La buena fe se constituye en una garantía frente a procesos de consulta meramente formales. Así, el Relator Especial de la ONU, sostiene que los términos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas "... sugieren que se hacen más hincapié en que las consultas sean negociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables y se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones"* (ONU -

30.II.15), además de ser libre e informada (artículo 352), fueron desarrollados en la Sentencia Constitucional 0300/2012 de 18 de junio de 2012, emergente de una acción de inconstitucionalidad abstracta y por la Sentencia Constitucional 2003/2010 de 25 de octubre de 2010 que sostiene: *"... Esta consulta debe ser realizada de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias en los siguientes casos: a. Antes de adoptar o aplicar leyes o medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas (arts. 6.1. del Convenio 169, 19 de la Declaración de las naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas, 30.15 CPE); b. Antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos (art. 32.2. de la Declaración de las naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas); c. Antes de autorizar o emprender cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales que se encuentren en las tierras donde habitan pueblos indígenas (arts. 15.2 del Convenio 169, 32.2. de la Declaración de las naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas, 30.15 y 403 de la CPE); y, d. Antes de utilizar las tierras o territorios indígenas para actividades militares (art. 30 de la Declaración de las naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas)"* (SCP 2003/2010-R).

Respecto al consentimiento, deberá tomarse en cuenta el razonamiento de la Sentencia Constitucional 2003/2010-R de 25 de octubre de 2010 que sostiene: *"... A los dos supuestos anotados, debe añadirse un tercero, que fue establecido jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, en el que reconoció el derecho al consentimiento "(...) cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre "consulta" y "consentimiento" en este contexto requiere de mayor análisis"* (SCP 1003/2010-R).

Siguiendo la disposición del artículo 30.II.15, la consulta debe realizarse *"mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles"*, el artículo 352 constitucional es taxativo y

Consejo de Derechos Humanos - Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 46)".

determinante cuando señala que *"tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios"*. Sobre estos aspectos, el Tribunal Constitucional se pronunció en la Sentencia Constitucional 2003/2010-R, de 25 de octubre de 2010, al determinar lo siguiente: *"... Ahora bien, a la luz de las normas constitucionales e internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, que -como se tiene señalado- forman parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad a lo establecido en el art. 410 de la CPE, se puede concluir que la consulta previa es un deber del Estado, tanto en el nivel central, como en las entidades territoriales autónomas, que debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas"* (SCP 2003/2010-R).

El numeral 16 del artículo 30.II constitucional complementa el derecho a la consulta con el derecho a la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios, conforme al artículo 403 que reconoce *"la integridad del territorio indígena originario campesino"* en relación con el mandato del artículo 410 que desarrolla el bloque de constitucionalidad y principio de constitucionalidad, que debe ser integrado a lo dispuesto por los artículos 13, 109 y 256 constitucionales que desarrollan el principio de favorabilidad, de aplicación directa y de exigibilidad de derechos. Así lo establece el razonamiento de la Sentencia Constitucional 0300/2012 de 18 de junio de 2012 y en la Sentencia Constitucional 0300/2012 de 18 de junio de 2012.

Marco normativo referido al Monitoreo Socioambiental

El Monitoreo Socioambiental se encuentra contenido en la Ley de Hidrocarburos y en el Reglamento de Gestión Ambiental.

La Ley No. 3058 de Hidrocarburos incorpora los Comités de monitoreo socio-ambiental. El artículo 31 de esta Ley dispone que *"cada área bajo Contrato Petrolero tendrá en un Comité de Monitoreo Socio-Ambiental, compuesto por un representante de cada sección municipal del área, dos representantes de las comunidades indígenas y un representante del Titular, para evaluar los posibles impactos socio-económicos producidos a nivel local, y en TCO e implementar acciones que potencien los impactos positivos y mitiguen los impactos negativos de la actividad hidrocarburífera en dicha área"*. Ésta es la primera referencia normativa al derecho de las comunidades indígenas al monitoreo socioambiental. Destaca el reconocimiento de posibles impactos socioeconómicos de la actividad petrolera en Tierras Comunitarias de Origen (TCO), cuando en la parte final del artículo 131

dispone “*La información, consulta y participación del pueblo y comunidad indígena, afectado por una Actividad, Obra o Proyecto (AOP) dentro de su Tierra Comunitaria de Origen (TCO), son obligatorias durante el proceso de elaboración del Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental (EEIA), conforme a las disposiciones de la Ley N° 1257, de 11 de Julio de 1991*”.

El Reglamento de Monitoreo Socio Ambiental aprobado por D.S. 29103 establece las atribuciones, los procedimientos y los mecanismos del monitoreo Socio Ambiental a todas las actividades hidrocarburíferas que se desarrollen en los territorios de los Pueblos Indígenas Originarios y Comunidades Campesinas. El artículo 4 de esta disposición reglamentaria define el monitoreo ambiental como “*sistema de seguimiento continuo de la calidad ambiental a través de la observación, medidas y evaluaciones de una o más de las condiciones ambientales con propósitos definidos*”.

En cuanto al financiamiento para el monitoreo, menciona que el representante legal de la empresa que ejecuta el proyecto deberá depositar un monto equivalente al 0,5% de la inversión total en la cuenta fiscal del Ministerio de Medio Ambiente y Agua a nombre de “Fiscalización Auditorías, Control y Seguimiento Ambiental Sector Hidrocarburos”, recursos que servirán para que los pueblos indígenas desarrollen dicho monitoreo.

Son tres las instancias de monitoreo socioambiental: 1. Comité Nacional de monitoreo socioambiental, 2. Comité de Monitoreo del área hidrocarburífera y 3. Monitores socioambientales indígenas originarios o campesinos.

El Comité Nacional de monitoreo socioambiental está conformado por el Viceministro de Medio Ambiente del Ministerio de Medio Ambiente y Agua que ejerce la función de presidente del comité; un representante acreditado por la organización matriz del pueblo indígena que, además, ejercerá la función de vicepresidente; el Jefe de la Unidad de Medio Ambiente del Ministerio de Hidrocarburos que ejercerá la función de secretario; el Viceministro de Coordinación con Movimientos Sociales que ejercerá la función de vocal.

Tiene las siguientes atribuciones: i) conocer, evaluar y emitir informes técnicos remitidos por los comités de monitoreo socioambiental de las áreas hidrocarburíferas; ii) evaluar y dictaminar sobre las evaluaciones de posibles impactos socio económicos y ambientales producidos a nivel local, realizadas por el comité de monitoreo del área; iii) conocer y resolver las apelaciones de las partes: pueblos indígenas, comunidades campesinas o

titular de la empresa en los casos en que existan desacuerdos; iv) aprobar o rechazar las acciones de potenciamiento de impacto positivo y mitigación de impactos negativos; v) promover y gestionar la capacitación técnica sobre monitoreo socioambiental de los miembros del comité del área hidrocarburífera, representantes y autoridades de los pueblos indígenas y comunidades campesinas; vi) acreditar a los miembros del comité del área hidrocarburífera y homologar la acreditación de los monitores socioambientales de cada área; vii) velar por la independencia del proceso de monitoreo socioambiental; viii) conocer el funcionamiento operativo y administrativo de la cuenta "Fiscalización, Auditorías, Control y Seguimiento Ambiental del Sector Hidrocarburos"; ix) definir y proponer lineamientos para el proceso de monitoreo socioambiental y recomendar modificaciones.

El Comité de Monitoreo del área hidrocarburífera tiene por misión articular los acuerdos del Comité Nacional con la gestión operativa de los monitores socioambientales, para evaluar los posibles impactos socioeconómicos producidos a nivel local y en TCO, e implementar acciones que potencien los impactos positivos y mitiguen los impactos negativos de la actividad hidrocarburífera en dicha área. Este comité debe reunirse una vez por mes y está conformado por: a) Un representante de cada sección de gobierno municipal del área de influencia del proyecto hidrocarburífero, quien ejercerá la función de presidente del comité, b) Dos representantes de pueblos indígenas y comunidades campesinas de cada sesión municipal del área de influencia del proyecto hidrocarburífero, debidamente acreditados por sus organizaciones, éstos ejercerán las funciones de secretario permanente y vocal, respectivamente, c) Un representante de la empresa titular del proyecto hidrocarburífero con poder de decisión y d) Un representante del Viceministerio de Medio Ambiente.

Monitores socioambientales indígenas originarios o campesinos tienen un número que varía en relación con las características de la actividad. Es la instancia técnico-operativa del Comité de Monitoreo Socio Ambiental de Área (CMSAA), la que implementa el Plan Interno de Monitoreo Ambiental y la Planificación interna del Monitoreo Socio Ambiental Indígena Originario y Campesino (MSIOC) a través de acciones de monitoreo, registro y reporte de las actividades desarrolladas en: a) campamento, b) campo y c) fuentes y cursos de aguas. Sus miembros se eligen por la organización de acuerdo a sus normas y procedimientos propios y a su estructura territorial, considerando -además- su formación académica.

La primera referencia al Monitoreo Socio Ambiental Indígena se encuentra en un Comunicado del Itika Guazu (organización guaraní constituida en la provincia O'Connor del departamento de Tarija), fechado el 8 de noviembre de 2005¹⁴ cuando sostiene:

"Hoy, a pesar de que los monitores indígenas de la TCO Itika Guasu han elaborado una docena de informes donde se solicita a la empresa que cumpla con la protección al medio ambiente, modifique su conducta de atropello a nuestras comunidades, deje de violar las leyes nacionales y convenios internacionales, los atropellos a nuestro territorio siguen y suman, aprovechándose la empresa de la actitud permisiva del Estado boliviano que siendo conocedor de nuestras denuncias no ha hecho nada para proteger los derechos indígenas que REPSOL YPR está violando".

El informe de los Monitores Indígenas del Itika Guasu sostiene:

"Se recomienda al Gobierno boliviano, tener mejores criterios para entender el accionar de REPSOL YPF en Bolivia, contribuir a mejorar las políticas y prácticas de la empresa en los territorios indígenas; aportar elementos para adecuar las operaciones de REPSOL YPF al nuevo marco normativo, asegurando el ejercicio de los derechos indígenas; y aportar en la búsqueda de soluciones sostenibles a los graves impactos que están sufriendo las comunidades indígenas afectadas por las operaciones de REPSOL YPF..."¹⁵.

Otra experiencia importante se dio en Charagua Norte¹⁶, Capitanía Guaraní del departamento de Santa Cruz. En una publicación realizada el 22 de junio de 2010 se señala:

"Charagua Norte (MSICHN) ha realizado un programa de fortalecimiento orgánico mediante los talleres de socialización y capacitación dirigidos a las comunidades indígenas. La articulación orgánica entre las comunidades de la TCO y la Capitanía ha permitido determinar los factores que influyen en el estado del medio ambiente, así como en los recursos socioeconómicos, culturales, jurídico institucionales y en la salud de las personas. A partir de las históricas inspecciones realizadas en los campos hidrocarbúricos Takovo y Tajibo el 15 de julio y el 14 de noviembre del 2009 respectivamente,

14 Disponible en: <http://wrm.org.uy/oldsite/boletin/100/Bolivia.html>

15 Disponible en: www.derechoshumanosbolivia.org/.../Situacion%20Guarani%20CBDHD...

16 Disponible en: <http://observatorio-ddhh.blogspot.com/2010/06/monitoreo-socioambiental-indigena-en.html>

el MSICHN ha podido identificar las principales afectaciones y amenazas generadas por explotación hidrocarburífera”.

A continuación, sostiene:

“El principal logro de la red de monitores indígenas fue la elaboración de una línea base que permite medir los impactos socioambientales periódicamente, tomando en cuenta los siguientes componentes: recursos económicos y sociales, recursos atmosféricos, salud humana, suelos, recursos hídricos, recursos biológicos (flora y fauna), recursos culturales así como recursos jurídicos institucionales. Paralelamente, con el objetivo de concientizar sobre la problemática extractivista y su relación con la violación de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, el Comité de Monitoreo Socioambiental Indígena”.

Programa de Monitores Socioambientales Indígenas (PMSAI)

El Programa de Monitores Socioambientales Indígenas (PMSAI) fue promovido por las organizaciones indígenas como un espacio de formación académica y práctica en monitoreo socioambiental de actividades hidrocarburíferas con recursos humanos locales, con la finalidad de hacer efectiva la participación directa de miembros de los pueblos indígenas en actividades y proyectos hidrocarburíferos que se realicen en territorios indígenas.

La Revista de la Cámara Nacional de Hidrocarburos¹⁷ sostiene que el Programa de Monitores Socioambientales Indígenas tuvo el curso que sigue:

“Un programa de formación de monitores socioambientales, enmarcado en un proyecto exploratorio de la industria hidrocarburífera, se convirtió luego en una carrera técnica avalada por la Facultad Integral del Chaco, que fue capaz de converger a los representantes del Estado, entidades de desarrollo social y la ayuda internacional, configurándose finalmente en un modelo para la gestión de proyectos sociales con las comunidades indígenas. La gestión del proyecto estuvo a cargo de la Fundación Boliviana para el Desarrollo Social (Fundesoc), cuyas sinergias tienen hoy sus frutos.

“A partir del contrato de operación suscrito el 28 de octubre de 2006, entre la empresa española Repsol y Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB), para el área Caipipendi (Margarita - Huacaya), la operadora asumía

17 Ver: <http://www.cbhe.org.bo/noticias-de-revista/3522-como-se-logro-ensamblar-la-relacion-ambiental-entre-los-guaranies-y-las-empresas>

el desafío de concretar este proyecto optimizando la gestión de su relación con las comunidades indígenas guaraníes y salvaguardando los recursos naturales que se encontraban circunscritos dentro de la zona de influencia.

"Fruto de esa necesidad, y en trabajo mancomunado entre las organizaciones indígenas, el Ministerio de Hidrocarburos y Energías, la Cooperación Canadiense y la Facultad Integral del Chaco de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, con la gestión de la Fundación Boliviana para el Desarrollo Social (Fundesoc), se implementó el Programa de Monitores Socio-ambientales Indígenas (PMSAI)".

De acuerdo con otra fuente de información: *"Entre septiembre de 2011 y febrero del 2012 se realizó la primera versión en el que participaron 25 jóvenes y señoritas, todos del Pueblo Guaraní"¹⁸.*

Experiencia de Monitoreo Socio Ambiental Indígena en el marco del Proyecto Exploración Sísmica 2D y 3D

El Consejo de Capitanes Guaraníes de Chuquisaca no tuvo información oportuna del Gobierno nacional respecto al Proyecto de Exploración Sísmica en el Bloque Caipipendi, restando credibilidad a las entidades estatales y dificultando el diálogo político entre el Autogobierno Indígena, las entidades del Estado Plurinacional de Bolivia y la REPSOL. Esta situación se hace más compleja cuando el incremento de las regalías por hidrocarburos a favor del departamento de Chuquisaca queda en la Gobernación, los municipios y la universidad pública y no alcanzan a favorecer al pueblo guaraní, titular del territorio y de los derechos de participación.

El proyecto Sísmica 2D Huacaya en el área de Caipipendi del departamento de Chuquisaca (REPSOL), comprendió los municipios de Villa Vaca Guzmán (Muyupampa), Macharetí, Villa Huacaya y Huacareta para definir el reservorio y localizar los futuros pozos de desarrollo para la explotación en volúmenes comerciales. Este proceso de consulta y participación culminó con un Convenio de Validación de Acuerdos, suscrito por las capitanías guaraníes de las zonas del Ingre, Santa Rosa y Macharetí.

El Proyecto Sísmica 3D Huacaya culminó con la suscripción del Convenio de Validación de acuerdos con la Asociación Comunitaria de la Zona Macharetí y el Ingre, además de la Comunidad Indígena Guaraní de Bororigua,

¹⁸ Ver: <http://www.elchaco.info/2013/10/estudiantes-del-programa-de-monitoreo-socio-ambiental-de-la-fich-reciben-material-de-apoyo/>

Pentirenda, Los Naranjos, Boycobo; asimismo, el pueblo indígena guaraní Caratindi y la Asamblea del Pueblo Guaraní Tartagalito.

En un contexto de diálogo, la empresa REPSOL y el Consejo de Capitanes Guaraníes de Chuquisaca (CCCH), se crea la Unidad Técnica de Monitoreo Socioambiental como un brazo operativo de la Secretaría de Recursos Naturales del Consejo de Capitanes de Chuquisaca. A ese efecto, se realizan los procesos de formación de jóvenes indígenas en calidad de monitores para que desarrollen procesos de monitoreo socioambiental en ambos proyectos de exploración sísmica; a ese efecto, la empresa asumió el compromiso de hacer efectivos los recursos económicos para el monitoreo socioambiental por monitores indígenas, en términos de respeto de los principios y valores del pueblo guaraní.

Además de los acuerdos de compensación por impactos no mitigables, permanentes y de largo plazo suscritos con el pueblo guaraní, la empresa REPSOL firmó acuerdos con el Consejo de Capitanes de Chuquisaca para apoyar proyectos de inversión social a cada una de las capitanías del área de influencia directa del proyecto de sísmica Huacaya 3D y Huacaya 2D.

Proceso de construcción de acuerdos y convenios

De acuerdo a la información proporcionada por el Consejo de Capitanes de Chuquisaca y la REPSOL, la construcción de acuerdos tuvo las siguientes fases:

Fase 1. Se contacta a la organización Nacional Matriz Guaraní - Asamblea del Pueblo Guaraní (APG)

El acercamiento inicial es con la organización matriz nacional guaraní que es la Asamblea del Pueblo Guaraní (APG). El contacto con la APG permite que la organización oriente el relacionamiento con las comunidades indígenas que serían impactadas con el desarrollo del proyecto de exploración sísmica.

La Secretaría de Recursos Naturales de la APG sugiere a la empresa la delimitación de las áreas para identificar las TCO (Tierras Comunitarias de Origen) que corresponden al pueblo guaraní. Posterior a esto, se realizó el contacto con el Consejo de Capitanes Guaraníes de Chuquisaca (CCCH).

Fase 2. Se solicita información al INRA y se valida con la APG

La empresa habitualmente recurre al Instituto Nacional de Reforma Agraria

(INRA) para que certifique quiénes son los propietarios de las tierras, ya sea la comunidad o privados.

La empresa proporcionará la información recibida a la APG y se trabajará conjuntamente para la validación, pues desde que se obtiene la información hasta el inicio del proyecto la información puede cambiar ya que el tema de tierras es muy dinámico, por ello se consideran estos factores. En el caso de privados no es tan complicada la transferencia o la venta de tierras. Pero si se diera el caso de un saneamiento o asignación de tierras fiscales o la conversión a TCO nuevas, para ejecutar el proyecto será importante conocer los procesos y tener la información con claridad.

Fase 3. Se presenta el proyecto a las comunidades

La Secretaría de Recursos Naturales de la APG complementa la información proporcionada por el INRA, a través de una consultoría, para conocer los procesos en curso y otros que se estimen que pueden llegar a concluirse al inicio del proyecto.

Asimismo, con la validación de la organización matriz se identifican las TCO. Esto permite que la empresa pueda acercarse a las comunidades con impacto directo para presentar el proyecto y desarrollar un mecanismo a través del cual el Estado lleva adelante procesos de consulta y participación.

Estos procesos se traducen en convenios de compensación por impactos no detectados o no mitigables que son corroborados con actas de validación de acuerdos entre el Estado y las comunidades.

El acta es importante porque identifica los impactos que tendrá el proyecto a corto plazo, permanentes, mitigables, no mitigables. En esta etapa, la empresa se contacta con el Consejo de Capitanes Guaraníes de Chuquisaca (CCCH) para que se entable la relación con las comunidades indígenas. A través del CCCH se inicia un proceso de negociación sobre inversión social, producto de compensaciones por impactos de largo plazo, no permanentes y no mitigables. También se identificarán otros impactos que son intangibles difíciles de identificar o cuantificar.

Fase 4. Se realizan los convenios de compensación en el marco de la Consulta y Participación sosteniendo varias reuniones entre el CCCH y la empresa, hasta llegar a acuerdos de beneficios para ambas partes que fueron plasmados en un documento que da origen a los Convenios de Amistad y

Cooperación con las capitanías de Huacaya, Ingre, Igüembe, Santa Rosa y Macharetí.

Dado que los proyectos de sísmica 2D y 3D son exploratorios, tienen montos asignados para convenios de corto plazo como el realizado con el Consejo de Capitanes Guaraníes de Chuquisaca. Pero, en el caso de existir hidrocarburos, se debe plantear una nueva relación enmarcada en convenios nuevos y con montos de inversión mayores a los proyectos exploratorios. Los convenios de amistad y cooperación de largo plazo tienen rangos amplios de más de 20 años, dependiendo de los acuerdos. Las organizaciones indígenas o comunales llevan adelante iniciativas de desarrollo propio, es decir, proyectos productivos, de salud y vivienda, entre otros. En ese sentido, los proyectos de inversión social de las empresas refuerzan y fortalecen estas iniciativas desde las organizaciones indígenas o comunales.

En este sentido, la mayoría de los pueblos indígenas cuentan con una planificación denominada como gestión territorial o planes de vida. Estos instrumentos de planificación reflejan la visión de desarrollo de las naciones y pueblos indígenas.

LECCIONES APRENDIDAS

Pueblos indígenas sujetos de derechos

El proceso de incorporación de los derechos indígenas en el texto constitucional obliga a su realización normativa, institucional, política, económica, social y cultural, modificando la tradicional mirada en la que los pueblos indígenas son sólo portadores de cultura, para comprender que fundamentalmente son sujetos de derechos.

Respeto de la normativa internacional y nacional

Es importante el respeto y cumplimiento de los instrumentos internacionales comprometidos por los países en materia de respeto de los Derechos Indígenas en un marco de derechos ampliados. También, el cumplimiento de las normas nacionales.

Fortalecimiento de los Autogobiernos Indígenas

Todo proceso de relacionamiento con los pueblos indígenas debe realizarse en un marco de respeto y fortalecimiento de sus autogobiernos. Abrir, sostener el diálogo y construir acuerdos con sus instancias de representación no son suficientes, es necesario generar procesos de participación, consulta, diálogo

social y acuerdos políticos con todas las instancias de decisión, articuladas a sus instancias técnicas y operativas. La sostenibilidad y el cumplimiento de los acuerdos sólo es posible si se respetan sus prácticas de democracia comunitaria.

Respetar las visiones de desarrollo y conservación en relación a la gestión territorial

La gestión de los territorios indígenas se realiza a partir de la particular forma de comprender el desarrollo y sus componentes, según la matriz cultural y las características de los ecosistemas en los que se encuentran los pueblos indígenas.

El conocimiento ancestral que cada pueblo indígena tiene sobre los recursos existentes en sus territorios, da como resultado un plan de zonificación para la gestión de esos recursos naturales en términos de sostenibilidad y conservación de las especies.

Establecer alianzas bajo la forma de acuerdos

Considerando la permanencia de los pueblos indígenas en su territorio y el marco de derechos vigentes, las empresas deben comprender que su presencia en esos territorios es temporal. En ese contexto, si se pretende dar viabilidad a la actividad de la empresa en territorios indígenas o campesinos, es preciso desarrollar y sostener alianzas de mediano y largo plazo entre las empresas y los pueblos indígenas en términos de buena fe.

Mecanismos de diálogo, prevención y mitigación del conflicto

Los autogobiernos indígenas tienen vigente estructuras de autoridad y liderazgo constituidas con prácticas de diálogo social y construcción de acuerdos para la gestión y transformación del conflicto. Este hecho obliga a reconocer y articular a las actividades extractivas, los mecanismos existentes en las estructuras de las organizaciones locales e indígenas, de manera que la toma de decisiones se realice en términos de pertinencia cultural y los mecanismos de monitoreo ambiental indígena articulen sus estructuras de autogobierno indígena existentes.

Aprendizajes en espiral

En territorio del Consejo de Capitanes Guaraníes de Chuquisaca (CCCH) se desarrollaron experiencias de Monitoreo Socioambiental Indígena con la empresa PETROANDINA, REPSOL y YPFB Chaco en un marco del respeto a la

institucionalidad del Autogobierno Indígena y la realización de sus derechos. Cada experiencia aportó al mejoramiento del Monitoreo Socioambiental Indígena a partir de las particularidades propias de su ejecución, por lo que corresponde recuperar y revalorizar los siguientes lineamientos y aprendizajes que pueden ser implementados en los próximos proyectos de monitoreo.

Planes de Desarrollo Indígena y Planes de Desarrollo Local

Los pueblos indígenas desarrollaron estrategias y prácticas de Gestión Territorial Indígena que se encuentran contenidas en sus Planes de Desarrollo, también conocidos como Planes de Vida, que expresan sus particulares visiones de desarrollo. Los Estados y las empresas deben conocer los Planes de Desarrollo de los Pueblos Indígenas, de manera que los procesos de diálogo se realicen en términos de respeto y pertinencia cultural y los acuerdos económicos e inversiones se realicen en el contexto de implementación de los Planes de Desarrollo Indígena.

Comprender y respetar las cosmovisiones de los pueblos indígenas

Las empresas y los Estados, como parte de la implementación de proyectos de desarrollo en los territorios indígenas, deben comprender y respetar la cosmovisión de los pueblos indígenas en términos del derecho a su propio desarrollo. El conocimiento de la cosmovisión de los pueblos indígenas permite crear un puente de diálogo intercultural entre pueblos indígenas, empresas y Estados para que se generen acuerdos que hagan posible el acercamiento de estas cosmovisiones desde una perspectiva no confrontativa.

Disposición al diálogo permanente y continuo

Los Estados y las empresas deben manifestar su disposición al diálogo no sólo al inicio, sino como un proceso en el que pueden modificarse y enriquecerse los términos del acuerdo preliminar. Sostener emprendimientos económicos en territorios indígenas sin diálogo no es posible. Será importante identificar los distintos espacios así como los actores para la interlocución política, cultural, social y técnica. Además, los acuerdos en progreso se deberán desarrollar y cumplir. Cuando las empresas hayan abandonado el territorio indígena, deberán hacerlo respetando a los pueblos indígenas y a su Autogobierno. Los términos del diálogo al inicio de proyectos en territorios indígenas serán tan importantes y necesarios como al momento del cierre.

Mejora de medidas de mitigación

El monitoreo permite relevar información de manera rápida y transparente, además de convertirse en un conjunto de actividades dirigidas a atenuar, reducir o restaurar los impactos medioambientales o sociales de un proyecto en coordinación con la empresa ejecutora del proyecto. En este entendido, el monitoreo permite dar una solución con celeridad y subsanar las afectaciones identificadas.

Aprendizajes de actores locales

Es importante destacar que en los diferentes proyectos los actores locales (sean pueblos indígenas, comunidades campesinas u otros actores sociales de ámbito local) son quienes, al implementar los proyectos de monitoreo socioambiental, obtienen un gran aprendizaje respecto al relacionamiento con las empresas operadoras de los proyectos, se relacionan con las instancias de coordinación gubernamental y se dan procesos de empoderamiento social de las organizaciones, promoviendo la inclusión y participación de todos.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La buena fe como base fundamental del proceso de consulta y del monitoreo socioambiental indígena

La buena fe es el común denominador del proceso de consulta y del monitoreo socioambiental indígena. El proceso de consulta nace y se sustenta en una apropiada, debida y oportuna información a los pueblos indígenas. El Monitoreo Socioambiental Indígena genera las bases de una relación de confianza entre las partes, no confrontativa y sostenible.

Monitoreo Socioambiental Indígena desde la fase inicial del proceso de consulta

Si bien, en la actualidad, el monitoreo socioambiental indígena se implementa en la fase de exploración hidrocarburífera, se propone que deba realizarse desde el momento inicial del proceso de consulta de manera que se generen las bases de una relación no confrontativa entre gobierno, empresas y autogobiernos indígenas, sustentada en la buena fe de las partes para fortalecer las capacidades de diálogo e interlocución política entre las comunidades concernidas y su Autogobierno Indígena, y entre éste, el gobierno y las empresas en la perspectiva de una adecuada prevención y transformación del conflicto.

Fortalecer la gestión administrativa y financiera del uso de recursos aplicados al monitoreo

La posibilidad de ampliar el monitoreo socioambiental indígena en todo el proceso, y desde la fase inicial de la consulta, obliga a mejorar los términos en los que se formulan los proyectos y la administración de los recursos financieros asignados al efecto, de manera que el componente de fortalecimiento a la gestión organizacional incluya el acompañamiento de autoridades indígenas en la ejecución de los proyectos de monitoreo socioambiental y procesos de información a las comunidades en términos de rendición de cuentas.

Promover la participación de las instancias públicas en el proceso

También será necesario el cumplimiento de los términos del Decreto Supremo No. 29103, que define la estructura de Comités de Monitoreo Ambiental y sus funciones, para promover la participación gubernamental en estos procesos.

Participación de actores no indígenas

Dependiendo del área geográfica de los proyectos a ser implementados, se debe considerar la participación de actores no indígenas en un marco de derechos diferenciados para generar Modelos de Monitoreo Socioambiental, revalorizando las experiencias desarrolladas en el sector que hagan posible su réplica con otros actores no indígenas en términos de la realización de derechos en clave plural e intercultural.

Mejora de medidas de mitigación

La implementación del Monitoreo Socioambiental Indígena desde la fase inicial del proceso de consulta puede y debe mejorar los términos, alcances e impactos en las medidas de mitigación.

RECOMENDACIONES

Se recomienda:

Institucionalizar los espacios, mecanismos e instrumentos de participación de los actores locales, fortaleciendo las estructuras de autogobierno y organizaciones ya existentes en su territorio.

Identificar mecanismos de participación para la gestión ambiental, de manera que esta participación se produzca desde la fase inicial del proceso

de consulta, antes que se generen acciones confrontativas, como mecanismo de prevención de los conflictos ambientales.

Articular el Monitoreo Socioambiental Indígena con sus instancias de autogobierno en contextos de carácter formal e informal.

Crear/ampliar capacidades técnicas que faciliten la participación local.

Diseñar e implementar programas de capacitación para actores locales de manera que puedan ampliar su compromiso socioambiental.

La Paz, septiembre de 2015

Fuentes bibliográficas

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones)". Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf
2. Estado Plurinacional de Bolivia: "Constitución Política del Estado", Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia. La Paz, Bolivia, 2009, s/p. Disponible en: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/36208>
3. Estado Plurinacional de Bolivia: "Ley 300 Marco sobre Derechos de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien". Disponible en: <http://www.ine.gob.bo/indicadoresddhh/archivos/alimentacion/nal/Ley%20N%C2%B0%20300.pdf>
4. Estado Plurinacional de Bolivia: Decreto Supremo No. 2366 de 20 de mayo de 2015. Disponible en: http://www.cedib.org/post_type_leyes/decreto-supremo-no-2366-20-05-2015/
5. Estado Plurinacional de Bolivia: "Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas".
Decreto Supremo No. 2898 de 18 de marzo de 2015. Disponible en: <http://www.derechoteca.com/gacetabolivia/decreto-supremo-no-2294-del-18-de-marzo-de-2015/>
6. Organización de Naciones Unidas: "Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas". Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
7. Organización Internacional del Trabajo: "Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes". Disponible en: http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf

8. República de Bolivia: "Ley 1333 del Medio Ambiente". Disponible en: http://www.mmaya.gob.bo/uploads/documentos/ley_1333.pdf
9. República de Bolivia: "Ley No. 3058 de Hidrocarburos de 17 de mayo de 2005". Disponible en: <http://www.ine.gob.bo/indicadoresddhh/archivos/alimentacion/nal/Ley%20N%C2%BA%203058.pdf>
10. República de Bolivia: "Ley 3760 de 07 de noviembre de 2007". Disponible en: www.ine.gob.bo/indicadoresddhh/archivos/.../Ley%20N%203760.pdf
11. República de Bolivia: "Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas".

Decreto Supremo No. 29033. Disponible en: <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/76214/79789/F-1046499935/BOL76214.pdf>

Decreto Supremo No. 29124 de 9 de mayo de 2007. Disponible en: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/26631>

Decreto Supremo No. 29574 de 21 de mayo de 2008. Disponible en: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/27089>
12. República de Bolivia: "Reglamento de Monitoreo Socio Ambiental". Decreto Supremo No. 29103 de 16 de febrero de 2007. Disponible en: www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/descargarPdf/26610
13. Tribunal Constitucional. Sentencia Constitucional 2003/2010-R de 25 de octubre de 2010. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/bolivia/doc/apgig17.html>
14. Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012 de 18 de junio de 2012. Disponible en: http://www.fundacionconstruir.org/index.php/jurisprudencia1/mostrar_caso/idc/54

2

Identidades indígenas, originárias e tradicionais:

Os sujeitos de direito da consulta livre, prévia e informada

THIAGO ALMEIDA GARCIA¹⁹

(...) os governos deverão consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente (Convenção 169 da OIT, artigo 6º, [1989] - OIT, [1989] 2009: 18).

Artigo 19 - Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem. (...) Artigo 32 - 2. Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo (Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. ONU, [2007] 2009: 27 e 37).

¹⁹ Mestre e doutorando em Ciências Sociais pela Universidade de Brasília. Assessor Técnico para Povos e Comunidades Tradicionais da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República do Brasil. Participou do Grupo de Trabalho governamental instituído para regulamentar os mecanismos de consulta prévia previstos na Convenção 169 da OIT, entre 2012 e 2014.

Passadas mais de duas décadas da aprovação da Convenção 169 (C169) da Organização Internacional do Trabalho durante a septuagésima sexta reunião da Conferência Geral da OIT, em 1989²⁰, todos conhecem o que está escrito no texto com relação ao dever dos Estados de consultar os povos interessados sobre medidas que tenham o potencial de afetá-los, de forma livre, prévia e informada. Conhecem também os artigos 19 e 32, da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007²¹, que estabelecem como objetivo da consulta a obtenção do consentimento livre, prévio e informado. No entanto, a consciência que todos têm -governos, indígenas e sociedade civil- sobre o dever de consulta não necessariamente garante a sua aplicação nem faz com que se tenha uma única perspectiva sobre esse direito.

Entre os pontos do debate atual sobre a aplicação do direito de consulta na América Latina, é possível identificarmos cinco questões principais: (1) quem são os sujeitos de direito da consulta?; (2) o que deve ser consultado?; (3) quando realizar a consulta? (4) como a consulta deve ser realizada?; e (5) quais os resultados esperados das consultas?. Neste artigo, centramos nossa análise na primeira questão, sobre quem são os titulares do direito de consulta. Para tanto, buscamos identificar boas e más práticas em relação ao tema nos países latino-americanos, com foco nas discussões atuais sobre a regulamentação da consulta no Brasil e na Bolívia.

Antes, é importante reforçar que a consulta é um direito transversal dentro do ordenamento jurídico internacional e é a dimensão mais visível do conceito de autodeterminação que perpassa todo o texto da C169 e da Declaração da ONU. Essa ampla visibilidade faz com que seja também um conceito em disputa. Nos debates atuais, convivem visões que buscam ampliar ou restringir a consulta, de acordo com as perspectivas dos atores envolvidos.

As visões contrárias em relação à consulta refletem as relações que se estabelecem entre povos indígenas, Estados e sociedades nacionais na região, marcadas por assimetrias historicamente construídas. Isso porque,

20 Até o momento 22 países ratificaram a Convenção 169 da OIT. Destes, 15 países estão na América Latina: Argentina (2000), Bolívia (1991), Brasil (2002), Chile (2008), Colômbia (1991), Costa Rica (1993), República Dominicana (2002), Equador (1998), Guatemala (1996), Honduras (1995), México (1990), Nicarágua (2010), Paraguai (1993), Peru (1994) e Venezuela (2002).

21 A Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas foi aprovada, em 2007 com 143 votos a favor, quatro votos contra (Austrália, Canadá, Nova Zelândia e Estados Unidos) e 11 abstenções. Todos os países latino-americanos votaram a favor do texto, com exceção da Colômbia, que se absteve.

de maneira geral, os países se formaram a partir das tradições e instituições coloniais que mantiveram práticas de dominação sobre os povos indígenas, ainda que com novas roupagens. Entre as práticas, permanecem as tentativas de controle e exploração econômica dos territórios, através de frentes de expansão e projetos de desenvolvimento que não incluem as perspectivas dos povos indígenas. Esses processos tem em comum o fato de não dialogarem com os indígenas, os chamando ao diálogo, quando os fazem, somente após a decisão política tomada ou a ação iniciada. Os interesses dos povos indígenas ficam em segundo plano, subsumidos aos interesses nacionais definidos a partir de visões hegemônicas de desenvolvimento. São justamente essas práticas que o direito à consulta, somado aos demais direitos previstos nos textos internacionais, buscam superar.

Nesse contexto, o direito de consulta, como dimensão de exercício da autodeterminação, adquire importância estratégica. A partir dele é possível discutir as relações entre povos e Estados e apontar mudanças necessárias às formas como as políticas indigenistas e os projetos de desenvolvimento se concretizam na América Latina. Se não garante, por si só, novas práticas, o direito de consulta ao menos aponta para a importância de repensar essas políticas diante de uma nova conjuntura e de novas perspectivas para os direitos indígenas na região, a partir da constituição do sistema de proteção e promoção dos direitos indígenas em nível internacional e das novas constituições latino-americanas.

Dada a importância do tema, verifica-se uma disputa em relação a como aplicar adequadamente o direito de consulta, com tentativas de interpretação que, muitas vezes, se mostram na verdade subterfúgios para descaracterizar ou limitar esse direito, dentro das lógicas dos Estados, marcadamente coloniais. Com esse intuito, parte dos argumentos que tentam limitar o direito de consulta afirma que, nas democracias representativas, cabe aos Estados tomarem decisões em prol da coletividade. O direito de consulta estabelecido pelos instrumentos internacionais não questiona essa atribuição dos Estados nacionais, e sim afirma que nos processos de tomadas de decisão sobre ações que podem impactar esses povos é preciso ouvir e respeitar verdadeiramente as suas posições e perspectivas. Trata-se de um aprimoramento dos modelos de sociedade, ao propor a junção de elementos da democracia participativa e comunitária à democracia representativa.

Dessa maneira, a garantia do direito de consulta pode ser um meio de mudar, ou ao menos atenuar, práticas colônias dos Estados frente aos povos

indígenas na região. Isso porque trata-se de um instrumento para que os povos indígenas possam de fato se posicionar, com autonomia, sobre as medidas que podem afetá-los e participar da política nacional, contribuindo com os processos democráticos desses países. Por meio da participação na esfera pública, os indígenas e outros grupos tradicionais excluídos do debate público, podem, idealmente, influenciar as definições econômicas e os modelos de desenvolvimento nestes países. A partir dessa leitura, o direito de consulta é um instrumento para diminuir o déficit de participação política que decorre do modelo de democracia atual.

A análise dos processos de aplicação e regulamentação do direito de consulta na América Latina mostra que se constituíram nos últimos anos espaços nacionais de debate e embate sobre o tema dentro do campo político indigenista de cada país. Tendo como referências as definições de Bourdieu (2011) sobre campos políticos, conceituamos esses espaços como arenas políticas da consulta.

Entendemos essas arenas como campos em que múltiplos atores e instituições -estatais, indígenas, empresariais, da sociedade civil organizada e de instâncias multilaterais-, interagem e se posicionam sobre o direito de consulta e sobre medidas estatais específicas que tenham interface com os povos indígenas, em busca de hegemonia a partir de suas posições. Essas arenas refletem discursos, disputas, tensões e correlações de força inerentes às interações entre Estados, sociedades nacionais e povos indígenas na América Latina.

As discrepâncias de opiniões e perspectivas verificáveis nessas arenas, aliadas às assimetrias entre os atores, tornam a construção de consensos e acordos nesses espaços algo difícil de ser alcançado. Diante disso, são necessários exercícios de aproximação de olhares que possibilitem o estabelecimento de acordos e consensos entre os segmentos díspares que compõem as arenas políticas da consulta.

Um aspecto importante revelado nessas arenas é que, diante da configuração ampla do debate político, o direito de consulta não se restringe a uma opção dos governos em relação ao cumprimento ou não. Hoje, trata-se de um princípio que serve de ferramentas para todos, em especial aos sujeitos de direito, para questionar ações estatais que tenham o potencial de afetá-los diretamente. Os avanços normativos possibilitam que diante de uma recusa dos governos em relação à realização da consulta se construam outras

possibilidades de ação política, de intervenção jurídica e de mobilização social que impedem decisões autocráticas e isoladas dos Estados.

Para tanto, é importante fomentar a percepção, pelos sujeitos, de seus direitos. Conforme colocou uma liderança quilombola no Brasil durante debate sobre a consulta, a partir da plena consciência desse direito é possível torná-lo vivo, dinâmico, um instrumento de luta e não um texto de ficção jurídica.

Eu não aprendi a ler. Nunca soube dos meus direitos. Mas eu participei de reuniões e fiquei sabendo que a Convenção 169 é pros quilombolas também. Eu fiquei sabendo o que está escrito aqui nesse livrinho amarelo, que agora eu ando comigo. Esse livro aqui é muito bom pra gente. Tem muita coisa boa nele. Teve gente querendo fazer obra, já chegaram com trator falando que ia derrubar. Eu falei que nós tínhamos direito. Falei que não tinha tido consulta, que não podiam continuar. Fui lá no prefeito mostrar a Convenção pra ele. Aqui eu posso dizer, esse livrinho parou o trator (LIDERANÇA QUILOMBOLA durante seminário informativo sobre a Convenção 169 da OIT. Salvador, Brasil, setembro de 2012).

Os debates sobre o direito da consulta nos mostram que é necessária a construção de consensos e pontos de convergências que permitam que a Convenção 169 e a Declaração da ONU sobre povos indígenas saiam do papel. É preciso garantir que os textos, ao se concretizarem nas práticas estatais, expressem de forma clara direitos que atendam, na maior medida possível, os anseios dos povos indígenas em relação ao direito de consulta e da autodeterminação. Não podemos incorrer no erro de interpretar a norma de forma a torná-la restritiva e descaracterizá-la em suas intenções. Além disso, é preciso identificar o que é interpretação da norma e o que subterfúgio para não cumpri-la. Os textos trazem espaço para debater seus principais pontos, de forma a contextualizá-los às realidades dos países, mas não é flexível em relação ao seu cumprimento. O dever do Estado de realizar consultas não está em discussão, o que se discute é como realizar a consulta de acordo com os anseios dos povos indígenas.

Nessa direção, Rodríguez Garavito (2012) alerta para o risco de que as desigualdades de poder e recursos dos atores envolvidos nos debates sobre a consulta acabem por definir normas que reforcem ou legitimem relações de dominação. Para evitar essa situação, bem como evitar o não cumprimento da norma, é preciso que os debates sejam espaços que ampliem a mobilização política dos sujeitos de direito da consulta e de seus apoiadores.

Dessa forma, é indispensável construir um acúmulo técnico e gerar jurisprudência sobre a consulta que oriente, a partir dos resultados das discussões nas arenas, como deve ser cumprido o dever estatal de realizar procedimentos adequados de consulta. Quando falamos de jurisprudência sobre a consulta, é importante destacar que, além dos posicionamentos das instâncias internacionais de direitos humanos, os posicionamentos jurídicos de cada país tem repercussões dentro do contexto internacional da consulta. Isso porque o direito constitucional comparado pode ser uma boa fonte de fortalecimento mútuo de direitos. Assim, decisões de cortes constitucionais dos países podem servir de referência positiva para outras cortes, gerando uma jurisprudência internacional de salvaguarda e positivação do direito de consulta.

Para Anaya (2009), todos os envolvidos na questão da consulta necessitam de orientação, na medida em que fazer a consulta de forma equivocada pode ser tão ruim quanto não realizá-la, e pode levar à situações conflituosas que, em alguns casos, fomentam atos de violência. Por conta disso, deve-se incluir na equação sobre a aplicação desse direito os custos sociais e políticos de não realizar ou de realizar de forma equivocada a consulta.

Os posicionamentos em relação à necessidade de regulamentar ou não a consulta muitas vezes fazem com que as discussões sobre esse direito gastem mais tempo com discussões de forma do que conteúdo. Isto é, discute-se mais a necessidade ou não de regulamentar do que os pontos da consulta. Isso não impede, felizmente, que exista hoje um acúmulo maior, nas arenas da consulta, em relação aos pontos principais sobre o direito de consulta. Percebe-se uma ampliação de documentos técnicos, em especial os produzidos pelos mecanismos internacionais de direitos humanos e organizações da sociedade civil, e posicionamentos políticos que não se limitam ao debate sobre as regulamentações e nem ao simples apontamento das violações dos Estados em relação ao tema. Esses documentos e posicionamentos têm encarado o desafio de pensar o direito de consulta, em seus potenciais e limites, e os temas fomentados por ele.

Neste trabalho, buscamos contribuir com esse debate a partir da análise das boas e más práticas sobre a identificação dos grupos que têm direito de serem devidamente consultados, de forma livre, prévia e informada.

I. A consciência identitária como dimensão do exercício da autodeterminação e como critério fundamental de reconhecimento

A análise dos preceitos presentes nos textos internacionais de direitos humanos e dos posicionamentos políticos dos povos indígenas, nos mostram que o conceito de autodeterminação é amplo e permite uma série de leituras e formas diferenciadas de apropriação. Ao fazermos um exercício de entendimento conceitual, consideramos a autodeterminação como o direito dos povos indígenas de definirem livremente como querem viver, de acordo com seus modelos de organização social, econômico, cultural e político. A partir disso, identificamos quatro dimensões que, ao se vincularem e se fortalecem mutuamente, em perspectivas intra e interétnica, promovem a autodeterminação indígena: consciência identitária, autonomia, participação e consulta.

Ainda que a Convenção 169 da OIT não utilize o termo autodeterminação, avaliamos que esse princípio está implícito em todo o texto, em especial no artigo 5º, quando diz que ao se aplicarem as disposições da presente Convenção: a) serão reconhecidos e protegidos valores e práticas sociais, culturais, religiosos e espirituais desses povos e levada na devida consideração a natureza dos problemas que enfrentam, tanto em termos coletivos como individuais” (OIT, Convenção 169, [1989] 2009: 18). Já na Declaração das ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a autodeterminação está expressa no artigo 3º: os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural; e no artigo 4º: os povos indígenas, no exercício de seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas (Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. ONU, [2007] 2009: 16).

Em resumo, definimos as quatro dimensões do exercício da autodeterminação da seguinte forma: a consciência identitária como o direito dos povos indígenas de serem e dizerem quem são, de forma individual e coletiva, com o reconhecimento pleno do Estado e da sociedade nacional em relação

às suas identidades e direitos; a autonomia como direito de viver como desejam em seus territórios, de acordo com as suas instituições, formas de governo e projetos de futuro; a participação como o direito dos indígenas de acessar espaços de deliberação não só nos assuntos que os dizem respeito diretamente como também naqueles referentes à sociedade como um todo, na medida em que são integrantes e cidadãos plenos dos Estados em que vivem; e, por fim, a consulta enquanto o direito à informação, diálogo e decisão sobre ações administrativas e legislativas que possam impactá-los diretamente.

A partir disso, podemos afirmar que a autodeterminação é exercida quando são alcançadas suas quatro dimensões (consciência identitária, autonomia, participação e consulta). Com esse entendimento, acreditamos que a autodeterminação dos povos é a conquista que permitirá a construção de novos paradigmas para a convivência interétnica dentro dos Estados nacionais, a partir da qual os indígenas poderão superar a imagem de grupos minoritários, pobres, estigmatizados e sem direitos, e passar a serem vistos enquanto sujeitos de direitos e cidadãos plenos em seus países.

Ao estabelecer o direito a autodeterminar sua identidade e composição, conforme seus costumes e tradições, os textos apontam para o dever do Estado em reconhecer e respeitar as formas próprias como esses povos se identificam. Nessa direção, o exercício da autoidentificação como explicitação da consciência étnica só é pleno se o Estado reconhecer as formas próprias desses grupos se posicionarem dentro da nação. Para Bourdieu (2007), na lógica simbólica da distinção, existir não é somente se afirmar como diferente mas também ser reconhecido legitimamente por isso. Ou seja, a existência de identidades coletivas diferenciadas se concretiza na medida em que provoca uma possibilidade, jurídica e politicamente garantida, de serem oficialmente reconhecidas.

É justamente no reconhecimento das características distintivas dos modos de ser e viver desses grupos expressos em suas identidades que se baseia o dever estatal de realizar a consulta prévia. Para Anaya (2009), os povos indígenas e tribais apresentam, em geral, condições desfavoráveis de participação. Por conta disso, os processos democráticos representativos não são suficientes para atender suas preocupações particulares, o que obriga os Estados a promover mecanismos diferenciados e medidas especiais de escuta, participação e consulta destinadas a esses grupos.

Diante dessas definições, a consciência da identidade é um direito fundamental para romper com práticas estatais de inclusão/exclusão de povos através da atribuição e categorização de identidades, a partir de critérios difusos, na medida em que passa a ser o ponto fundamental para o reconhecimento étnico dessas populações. Essa nova perspectiva afasta a visão anterior da condição transitória da indianidade na medida em que rompe com definições baseadas unicamente em conceitos ultrapassados de cultura. Assim, o foco para o reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos de direitos nos âmbitos políticos, econômicos e sociais passa a ser a identidade e não mais a configuração cultural do povo indígena.

O reconhecimento identitário definido pelos instrumentos internacionais se baseia, então, em três critérios articulados: o critério histórico, ou seja, a descendência de povos que pré-existem à colonização do continente e seu processo colonial; o critério atual, referente ao fato de conservarem total ou parcialmente as suas instituições sociais, políticas, culturais, linguísticas e de organização social; e por fim o critério subjetivo que é o reconhecimento através da consciência desses povos em relação à sua própria identidade e à autoidentificação como pertencentes a uma coletividade com padrões culturais diferenciados (Fajardo, 2009).

Importante ressaltar que a consciência da identidade não se restringe à autoidentificação dos indígenas, individual e/ou coletivamente, frente ao Estado e à sociedade. Na consciência identitária está escrita toda a memória coletiva, as instituições, valores e práticas de cada povo. Está também o *quip nayra*, o caminho que liga o passado, presente e futuro de cada grupo étnico e o conduz a partir de um modo de viver (Choque Quispe, 2007). Estão as raízes locais, a territorialidade, a consciência ambiental e seus critérios políticos organizativos que os fazem sair de uma existência atomizada para uma existência coletiva (Almeida, 2008). Além disso, no pleno exercício da consciência étnica está a disposição desses povos em manter a sua identidade, continuarem a serem quem são (Villoro, 1994). Nesse sentido, a consciência identitária permite que a história dos povos seja cotidianamente ressignificada e se transforme em base para os seus projetos de futuro (Bonfil Batalla, 2005).

Os mecanismos internacionais têm se posicionado de forma favorável a uma conceituação de povos indígenas e tribais mais ampla, não restritiva, com a junção de critérios subjetivos e objetivos (Oxfam, 2011). Resultado dessa visão mais ampla da conceituação dos povos indígenas foi a ausência de

definições de indígenas na Declaração da ONU, que se limita a afirmar o direito à autodeterminação dos povos indígenas em relação às suas identidades, individual e coletiva, e à composição dos grupos étnicos, conforme seus costumes e tradições.

No entanto, na prática, os Estados nacionais constantemente definem políticas de reconhecimento/não-reconhecimento com o objetivo de negar, através de mecanismos de inclusão/exclusão, identidades originárias e promover a invisibilização dos povos indígenas perante a sociedade nacional e internacional. Ao negar a identidade, negam-se direitos estabelecidos e tratados pré-existentes (Miller, 2003). Assim, territórios ocupados por esses povos não fazem jus a um regime jurídico diferenciado e podem ser alvo de exploração econômica e ocupação por não indígenas, excluindo, também, a necessidade de realização de consultas de acordo com a Convenção 169. Nesse aspecto, a negação muitas vezes é acionada dentro de contextos de disputas econômicas e de projetos de desenvolvimento com o intuito de deslegitimar o grupo social enquanto sujeito coletivo de direito. A forma como Estados classificam e manejam categorias continua sendo um ponto de tensão nos diferentes contextos nacionais na medida em que tentam perpetuar-se no papel de mensuração e chancela sobre as identidades étnicas para regular direitos a partir de índices de indianidade, como, por exemplo, a exigência do domínio de uma língua indígena, de expressões culturais “autênticas”, de sinais diacríticos etc.

II. Os sujeitos de direito da consulta livre, prévia e informada

Durante todo o debate feito com os representantes de governo sobre o tema da Convenção, nós vemos que sim, somos sujeitos da 169. Já nos auto-identificamos como sujeitos. Cabe agora ao Estado nos reconhecer e aplicar o direito de consulta em nossas comunidades. Por isso eu digo: não me importa se vocês nos reconhecem. A gente já se reconhece como sujeito de direito (Claudia de Pinho, liderança das comunidades pantaneiras do Mato Grosso do Sul, em intervenção na reunião da Comissão Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais. Curitiba - Brasil. Dezembro de 2012).

Conforme colocamos anteriormente, uma das principais questões relacionadas ao direito de consulta diz respeito à titularidade dos direitos previstos na Convenção 169 da OIT e na Declaração da ONU para povos

indígenas. Por conta disso, é comum ouvirmos a pergunta: a quem se aplica o direito de consulta e a quem não se aplica?

Sobre isso, é importante lembrar que no processo que levou à apresentação da Convenção 169, a OIT rompeu com o paradigma evolucionista e trouxe novos critérios para a identificação dos povos abarcados pelo texto. Se, na Convenção 107²², o reconhecimento de populações como tribais ou indígenas era decorrente da presença anterior à colonização e da manutenção de condições sociais e econômicas que correspondiam a estágios menos adiantados em relação a outros setores da sociedade nacional (OIT, 1957), na Convenção 169 temos critérios mais fluídos e que reconhecem outras possibilidades de expressão da identidade diferenciada.

Para Carneiro da Cunha (2014), não se pode definir as populações incluídas na Convenção 169 apenas por uma lista de características objetivas, como se fez durante muito tempo. Por conta disso, é preciso pensar a identidade desses grupos sobre novas perspectivas. Nesse propósito, tendo como referência a autora, podemos afirmar que a Convenção 169 reconhece como sujeitos de direito os grupos étnicos e sociais que se organizam a partir de um modo de ser e de viver que se percebe distinto da sociedade majoritária, com o compartilhamento coletivo de valores, normas e modelos de uso dos territórios e dos recursos naturais, acumulados durante gerações e atualizados no exercício das atividades costumeiras e na dinâmica de relações com o Estado e a sociedade hegemônica. Esse modo de ser e viver decorre de suas realidades e também de decisões tomadas em diálogo com as dinâmicas políticas e jurídicas dos Estados, a partir de uma identidade coletiva. Nesse compartilhamento identitário, através do exercício da indianidade e da tradicionalidade, os grupos desenvolvem mecanismos próprios de inclusão/rejeição de novos membros.

Com essa perspectiva, a Convenção 169 acompanha o alargamento do conceito de povos indígenas que ocorre a partir da organização do campo indigenista internacional e do fortalecimento das articulações entre grupos étnicos que se relacionam a partir de uma história comum de opressão (Niezen, 2003). Assim, mais do que critérios objetivos relacionados à existência anterior à formação do Estado e à mensuração de elementos de comprovação da indianidade/tradicionalidade, o foco do reconhecimento

22 A Convenção 169 da OIT é uma revisão da Convenção Nº 107, de 1957. O texto anterior baseava-se em paradigmas evolutivos e integracionistas que defendiam que os povos indígenas seriam gradualmente incorporados às suas sociedades nacionais.

étnico dos instrumentos internacionais passa a ser uma soma de critérios amplos e flexíveis, em que o fundamental é a consciência étnica.

Outro critério importante na definição dos povos a que se aplica a consulta é a questão da noção de pertencimento à nação, aqui entendida a partir da definição de Anderson (2008), como “uma comunidade política imaginada — e imaginada como sendo intrinsecamente limitada e, ao mesmo tempo, soberana (:32)”. Sobre pertencimento, podemos afirmar que existem diferenças fundamentais entre os grupos indígenas reconhecidos pela C169 e a Declaração da ONU e os grupos étnicos organizados em torno de uma visão de nacionalismo linguístico, político e cultural. No primeiro caso, são grupos que se reconhecem como pertencentes à nação em que vivem a partir do compartilhamento de histórias comuns de dominação, opressão e exclusão decorrentes de processos coloniais e pós-coloniais, e que lutam por reconhecimento de direitos e pelo exercício da autodeterminação dentro de seu país, de acordo com a sua consciência étnica e condição nacional. No segundo caso, estão grupos que buscam uma autonomia política e territorial em relação à suas nações, com demandas e estratégias para o desencadeamento de processos de secessão. São populações que, mesmo estando localizados em nações aparentemente consolidadas, expressam um sub-nacionalismo que almeja, em algum momento, se livrar do “sub” e poder existir plenamente (Anderson, 2008).

Assim, tendo em vista que a Convenção 169 e a Declaração da ONU são essencialmente instrumentos voltados à promoção e defesa dos direitos indígenas e tribais e para a melhoria das relações com os seus Estados, não faz sentido aplicá-las para o estabelecimento de direitos de minorias étnicas nacionalistas que, em uma instância, demandam a separação política e a autonomia total dos países em que vivem.

Nesse sentido, tendo como referência Niezen (2003), Anderson (2008) Carneiro da Cunha (2014) e a conceituação presente na Convenção 169 da OIT, podemos definir como sujeitos de direito da consulta os povos e comunidades cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos hegemônicos da sociedade nacional e que, independente da existência anterior à formação da nação, compartilham histórias e modos de ser e viver resultados de processos coloniais e estatais de dominação, opressão e exclusão, e que expressam noções de pertencimento à nação em que vivem.

Diante dessas questões, perguntamos a Lilian Landeo, coordenadora do Programa Pro-169 da OIT para América Latina, sobre quem são os sujeitos de direito da consulta na região e tivemos a seguinte resposta:

Essa questão não é simples de responder. Aqui no Peru isso é um problema. O que posso dizer é que não necessariamente a Convenção ampara a todos que têm expectativa disso. Na nossa avaliação os Estados têm que definir critérios sobre a quem se aplica a Convenção. Não importa como são chamados, se de indígenas, campesinos, comunidades afro, o mais importante é definir critérios de reconhecimento desses povos, independente das categorias sociais estabelecidas nesses países (Lilian Landeo, em afirmação feita na oficina entre OIT e representantes do governo brasileiro. Julho de 2013, Lima/Peru - tradução própria).

Assim, se depreende que para OIT são os Estados que devem definir critérios para, a partir da conceituação dada pela Convenção 169, reconhecer os grupos étnicos que são sujeitos plenos de direito desse instrumento internacional. No entanto, na nossa visão, a definição pelo Estado de quem são os sujeitos não se limita a uma decisão unilateral dos governos. É uma discussão que deve ser realizada nas arenas políticas da consulta, com a garantia de espaços para que os próprios sujeitos, tanto os já reconhecidos como os que demandam reconhecimento, possam se expressar e se posicionar em relação à titularidade da Convenção aos grupos étnicos-sociais existentes nesses países.

Em relação à Declaração da ONU para povos indígenas, esse instrumento não traz, como falamos anteriormente, critérios sobre quem são os povos indígenas, deixando essa questão em aberto. Contudo, ela pode ser vista como mais restritiva na medida em que no seu escopo refere-se apenas a povos indígenas e não incorpora a categoria de povos tribais entre seus sujeitos. Ainda assim, percebe-se hoje que mesmo povos não abarcados formalmente pelo texto, na medida em que não se reconhecem como indígenas, fazem uso dele. O que se vê é que a Convenção e a Declaração cada vez mais andam juntas, uma complementando a outra.

Feito essas considerações, podemos perguntar: como os Estados dialogam com a flexibilização e alargamento conceitual da Convenção e da Declaração dentro dos seus procedimentos de reconhecimento/exclusão de grupos étnicos e tradicionais? Hoje, quem são os sujeitos de direito da consulta para os Estados latino-americanos?

Se olharmos do ponto de vista histórico, as categorias classificatórias foram acionadas pelos Estados nacionais como forma de exercício de poder, legitimação de políticas e de arbitragem de direitos, em processos de regulação da etnicidade (Pacheco de Oliveira, 2012). No contexto atual, essas construções históricas de categorização e reconhecimento permanecem sendo acionadas como forma de controle estatal sobre essas populações. Por conta disso, povos e comunidades precisam tomar decisões políticas sobre qual local querem ocupar dentro da grade classificatória da nação, de forma a poder acessar direitos e interagir com o Estado. Dentro do tema abordado aqui, as práticas estatais classificatórias se configuram como mecanismos de regulação do acesso, para povos e comunidades, do direito de serem consultados e de exercerem sua autodeterminação.

Na medida em que a aplicação da consulta é hoje um dos meios de salvaguardar os direitos territoriais dos povos e comunidades, tendo em vista que a consulta complexifica, coletiviza e, em muitas vezes, judicializa o diálogo dos governos e empresas com as comunidades em relação as medidas que possam impacta-las, os governos latino-americanos tem desenvolvido instrumentos para incluir/excluir grupos étnicos e flexibilizar desse direito. Com esses mecanismos, tentam evitar o reconhecimento desses povos como sujeitos de direito coletivos como meio de desobrigá-los de promover procedimentos específicos de consulta que, em geral, dificultam a exploração econômica dos territórios. Como nos colocou Cancio Rojas, dirigente nacional da CONAMAQ:

O governo sempre vai nos ver como obstáculos porque a consulta é vista como uma espécie de freio ao desenvolvimento. Por isso não querem a consulta, querem nos ver apoiando o desenvolvimento a qualquer custo. (Cáncio Rojas, em entrevista ao autor. Novembro de 2014, Cochabamba-Bolívia).

Ness contexto, é preciso fazer como Baquero Diaz (2014), perguntar quais interesses dos Estados pesam mais na definição de quais grupos são sujeitos da consulta: o desejo de cumprir o direito internacional ou o ímpeto de explorar os recursos naturais existentes nesses territórios?

Essa situação fica bem clara, por exemplo, na atual discussão sobre a consulta prévia no Peru. A lei de consulta aprovada em abril de 2012 (Lei Nº 29785) afirma que os titulares do direito de consulta são os povos indígenas originários em que os direitos coletivos podem ser afetados, de forma direta,

por uma medida legislativa ou administrativa. No entanto, para fazer jus ao direito de consulta, esse grupo deve estar incluído na Base de Dados Oficial do governo. O problema é que essa base de dados, que define quem são e onde estão os povos indígenas, é estatal e é feita a partir de critérios que muitas vezes excluem os povos indígenas localizados no altiplano, que foram classificados historicamente como camponeses. Isso porque, para serem incluídos na Base de Dados, a Lei afirma que precisam atender os seguintes critérios:

1. Descendência direta das populações originárias do território nacional;
 2. Estilos de vida e vínculos espirituais e históricos com o território que tradicionalmente usam e ocupam;
 - 3 - Instituições sociais e costumes próprios;
 - 4 - Padrões culturais e modo de vida distintos a de outros setores da população nacional;
- O critério subjetivo se encontra relacionado com a consciência do grupo coletivo de possuir uma identidade indígena e originária; As comunidades camponesas ou andinas e as comunidades nativas ou povos amazônicos podem ser identificados também como povos indígenas e originários, conforme os critérios estabelecidos no presente artigo (Lei Nº 29785 - artigo 7. PERU, 2013 - tradução própria).

Nota-se que a lei, além de estabelecer critérios que não necessariamente serão atendidos integralmente pelas comunidades andinas, afirma que o reconhecimento poderá acontecer de acordo com a discricionariedade do Estado, não se configurando como algo baseado nos posicionamentos dos povos. Com essa construção, o regimento da consulta no país coloca obstáculos para o reconhecimento das comunidades indígenas e abre caminhos para a negação dos direitos estabelecidos pela Convenção 169 e a Declaração da ONU.

Trata-se de uma discussão que mostra ao mesmo tempo uma visão restritiva em relação à titularidade da consulta, a incapacidade do Estado de reconhecer outros tipos de territorialidades e o erro de insistir em procedimentos de classificação através da diferenciação identitária dos indígenas. Assim, retoma-se práticas históricas de flexibilização dos direitos territoriais dos povos andinos. A situação do Peru encontra paralelos na história das relações entre povos indígenas andinos e os Estados boliviano e colombiano. Ao negarem às comunidades andinas, ao longo da história, a condição de povos indígenas titulares de direitos coletivos ao reclassificá-los como camponeses, os Estados incorreram em uma dupla negação: a

identitária, através de uma classificação social arbitrária; e a territorial, ao negar possibilidades de reconhecimento de perspectivas coletivas e formas próprias de uso e ocupação dos territórios.

A dupla negação impetrada durante toda a história colonial e republicana nesses países se atualiza nas discussões atuais sobre a aplicação da consulta. Isso porque se identificam nas arenas nacionais de consulta posicionamentos de atores governamentais e de empresas que afirmam que os camponeses não têm direito à consulta prévia por não serem portadores de direitos territoriais coletivos. Como consequência, uma negociação direta entre empresas e núcleos familiares já seria suficiente para o estabelecimento de acordos. Nesse cenário, temos uma situação em que à negação identitária e da territorialidade se agrega um terceiro elemento, a negação da titularidade de direitos coletivos por erros cometidos por políticas coloniais.

É revelador dos motivos dessa construção legal no Peru o fato de que as áreas de exploração mineral, que é uma das bases econômicas do país, estarem localizadas primordialmente nos territórios das comunidades indígenas andinas. Temos, dessa forma, um exemplo de uma má prática de reconhecimento em que o Estado desenvolve mecanismos de inclusão/exclusão para regular acesso a direitos e garantir a exploração mais célere dos recursos naturais existentes nos territórios indígenas.

Enquanto o Peru adotou uma postura mais restritiva, temos outros países latino-americanos que se mostram mais flexíveis em relação à aplicabilidade do direito de consulta, como a Colômbia, o Brasil e Bolívia. Na Colômbia, a Corte Constitucional tem gerado uma jurisprudência positiva em relação à aplicabilidade e o alcance dos instrumentos de consulta previstos na C169. Resultado disso, a Corte ampliou a obrigatoriedade estatal de realizar processos de consulta para além das comunidades indígenas, reconhecendo como titulares de direito as comunidades afrocolombianas classificadas como palanqueros e o povo Rom, de matriz cigana.

O artigo 1 da Constituição Política define a Colômbia como um Estado Social de Direito organizado como uma República participativa. Como consequência do artigo anterior, o artigo 2 inclui, dentro dos objetivos do Estado colombiano, a promoção da participação de todos sobre as decisões que os afetem. Este princípio geral de participação, que compreende a todos os habitantes do território colombiano, é reforçado no caso das

comunidades étnicas em virtude da definição do Estado colombiano como república pluralista — artigo 1 — e o reconhecimento da proteção da diversidade étnica e cultural da nação colombiana — artigos 07 e 70 (Corte Constitucional da República da Colômbia, 2011 - tradução própria).

Nos próximos dois pontos do texto, analisamos como os Estados nacionais brasileiro e boliviano, discutem a titularidade de direitos da consulta, como forma de refletirmos sobre a questão e retirarmos lições sobre o tema.

A. Os sujeitos de direito da consulta no Brasil

No Brasil, além da categoria de povos indígenas, a Constituição Federal da 1988 reconhece como sujeitos de direito os quilombolas, e abriu a possibilidade para a validação legal de uma terceira categorização ampla, a de povos e comunidades tradicionais - PCT.

Assim, temos no país três categorias étnico-sociais baseadas na ancestralidade e/ou tradicionalidade, que podem ser definidos, a partir da legislação nacional, da seguinte forma: povos indígenas — coletividades de origem pré-colombiana que se distinguem no conjunto da sociedade e entre si e que assim se autoidentificam; quilombolas — comunidades remanescentes de quilombos segundo critérios de auto identificação, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida; e povos e comunidades tradicionais — grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição (Decreto 6040/2007).

No processo de incorporação na legislação nacional do texto da Convenção 169, o reconhecimento dos povos indígenas do país se deu de forma automática, sem diferenciações baseadas em critérios objetivos e subjetivos. Assim, são formalmente sujeitos de direito da consulta todos os 305 povos identificados pelo Censo Nacional de 2010.

Os quilombolas, por sua vez, não foram reconhecidos de imediato como sujeitos de direito da C169. No entanto, na medida em que as comunidades quilombolas se organizaram e passaram a reivindicar direitos específicos

enquanto grupos diferenciados, se inicia um processo de luta por parte dos quilombolas e de entidades de apoio, pelo reconhecimento enquanto sujeitos de direito da Convenção. A partir desse movimento, os quilombolas fizeram uma leitura do texto que os permitiu auto-identificar-se como sujeitos coletivos de direito. Como suas identidades e organizações sociais não se baseiam na descendência de populações que viviam no país antes da conquista e da colonização, e sim de povos forçadamente transladados e escravizados durante o período de formação da nação brasileira, os quilombolas se reconheceram como povos tribais, dentro do conceito de tradicionalidade.

A decisão política dos quilombolas de se posicionarem como titulares de direitos possibilitou, assim, o reconhecimento dessas comunidades dentro da Convenção a partir da leitura que as suas realidades sociais, culturais e econômicas os distinguem do restante da sociedade nacional, tornando possível a categorização dos quilombolas como povos tribais. A partir desse posicionamento, são reconhecidos como sujeitos de direito, até o momento, as 2.300 comunidades quilombolas certificadas pela Fundação Cultural Palmares²³ (FCP, 2014).

Ao serem reconhecidas oficialmente, essas comunidades passam a se conectar a um novo espaço de articulação e salvaguarda de direitos, antes restrito aos indígenas, o que os fortalece como sujeitos coletivos a partir da conexão com categorias globais detentoras de titularidade de direitos (Niezen, 2003). Por conta disso, vivenciam processos de empoderamento que aumentam a sua capacidade de agência diante do Estado brasileiro e do sistema internacional de direitos humanos, de acordo com sua organização política e seus projetos de futuro. Podem, entre outras questões, dialogar e denunciar violações dos seus direitos diretamente às instâncias internacionais de direitos humanos.

O reconhecimento dos quilombolas como sujeitos da Convenção foi reiterado pelo Estado brasileiro em 2011, em relatório enviado à OIT. Como resposta a esse relatório, o Comitê de Peritos saudou a decisão do Estado de ampliar o escopo do texto da Convenção:

O Comitê toma nota com alegria de que o governo brasileiro reconhece que a Convenção se aplica plenamente às comunidades

23 No Brasil, as comunidades são reconhecidas formalmente pelo Estado a partir de uma certificação da Fundação Cultural Palmares, ligada ao Ministério da Cultura. Essa certificação é baseada primordialmente no critério da auto-identificação.

quilombolas e que envia abundante e detalhadas informações sobre os programas e políticas dedicadas à garantia da integridade cultural, social e econômica desses povos (OIT, 2012).

Dessa forma, temos um quadro no Brasil em que os povos indígenas e as comunidades quilombolas são plenamente reconhecidos como sujeitos de direito. Já a terceira categoria ampla, a de Povos e Comunidades Tradicionais, ainda não conseguiu alcançar esse status legal.

Em um documento inicial, o Grupo de Trabalho Interministerial - GTI instituído para coordenar o processo de regulamentação da consulta no Brasil, explicitou que o entendimento do grupo era de que povos indígenas e quilombolas eram sujeitos plenos, enquanto a aplicabilidade para outros povos e comunidades tradicionais estava em discussão.

Nessa direção, ocorreu uma série de discussões sobre a aplicabilidade da Convenção a essas populações. Algumas dessas discussões abriram oportunidade de debate sobre o tema enquanto outras restringiram-se à informar os PCT sobre o processo formal de regulamentação. Em uma das discussões, representantes do GTI debateram com a Comissão Nacional para o Desenvolvimento Sustentável de Povos e Comunidades Tradicionais - CNPCT, a possibilidade de estender o reconhecimento da C169 para os PCT. Em sua fala, a representante governamental do GTI colocou que existia sim a possibilidade de reconhecê-los, mas que isso não era consenso dentro do governo. Ela apoiava, pessoalmente, o pleito, mas era um debate que deveria ser travado entre a CNPCT e as instâncias centrais de governo. A essa colocação, os membros da CNPCT reagiram com a afirmação de que já se reconheciam como sujeitos de direito do texto, e isso deveria ser respeitado pelo governo como critério fundamental de aplicação. Uma fala que simbolizou bem essa posição dos membros do colegiado foi feita por Claudia de Pinho, que transcrevemos anteriormente, quando afirmou que todos ali já se reconheciam como sujeitos, cabendo ao governo apenas aceitar essa condição.

A análise das discussões do GTI mostra que esse foi um ponto permanente de tensão ao longo do trabalho, em discussões que refletiram a diversidade de opiniões presentes no grupo. Os posicionamentos se equilibravam, assim, entre a ampliação e a limitação dos sujeitos de direito da C169. Dentro dessa polarização, alguns representantes governamentais avaliavam que os PCT apresentam realidades que os colocam entre os titulares de

direito da C169, o que fica claro na leitura do Decreto 6040/2007. Por outro lado, havia representantes que se mostravam preocupados com o impacto que um posicionamento mais abrangente teria em relação à ampliação das consultas diferenciadas para um grande contingente populacional. Para eles, os critérios de reconhecimento dos PCT estabelecidos legalmente são muito fluídos, o que, em tese, permite que qualquer comunidade se reconheça dentro das definições presentes no decreto. Assim, havia a preocupação de ocorrer uma diluição do princípio de direito de consulta que poderia descaracterizá-la enquanto instrumento de diálogo coletivo e interétnico.

Diante dessas posições, aliadas às indefinições das instâncias centrais de governo, não se chegou a um consenso em relação à aplicabilidade aos PCT. Como resultado, o GTI centrou esforços para a regulamentação da consulta apenas para os povos indígenas e comunidades quilombolas e esvaziou politicamente o diálogo com outros povos e comunidades tradicionais.

Diante da indefinição inicial e do recuo governamental posterior, no período de 2013 e 2014 os Povos e Comunidades Tradicionais apresentaram uma série de documentos nos quais exigem o reconhecimento estatal em relação à titularidade dos direitos previstos na C169. Além das posições externadas pelos próprios PCT, com o intuito de reverter a posição governamental excludente de parte da diversidade étnico-cultural do país, especialistas aportaram subsídios técnicos ao debate com argumentos para a inclusão desses grupos no rol de sujeitos de direito da consulta. Entre esses, destacam-se as contribuições de Manuela Carneiro da Cunha (2014) que ofertou definições atualizadas sobre o que são os povos tradicionais, com reflexões sobre a importância do respeito à diversidade sociocultural, a necessidade de garantir direitos a essas populações e, por fim, os motivos pelos quais esses grupos devem ser reconhecidos plenamente como sujeitos de direito da Convenção 169 e da consulta.

Os povos e comunidades tradicionais são aqueles formados com base em uma identidade compartilhada, expressa em traços culturais e organização social próprios que ocupam e usam territórios e recursos naturais para sua reprodução social valendo-se de conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição. (...) A Convenção da Diversidade Biológica - CDB, documento internacional ratificado pelo Brasil em 1994, reflete-se nas normas nacionais. Um exemplo é o Decreto 4339/2002 que institui a Política Nacional da Biodiversidade:

vide artigo 2, inciso XII: “a manutenção da diversidade cultural nacional é importante para pluralidade de valores na sociedade em relação à biodiversidade, sendo que os povos indígenas, os quilombolas e as outras comunidades locais desempenham um papel importante na conservação e na utilização sustentável da biodiversidade brasileira.” (Carneiro da Cunha, 2014, pp. 04 e 08).

Além desses posicionamentos, uma instituição que tem se posicionado de forma enfática em favor da inclusão de PCT na titularidade de direitos da Convenção foi o Ministério Público Federal. O procurador da República, Felício Pontes, no seminário da Fundação Konrad Adenauer ocorrido em abril de 2012, se mostrou refratário à regulamentação estatal porque, para ele, haviam riscos de ocorrer uma restrição de direitos a partir do estabelecimento de uma normativa interna. Um desses riscos era justamente uma leitura restritiva em relação à aplicabilidade do texto para outros grupos étnico-sociais para além dos povos indígenas e quilombolas:

Há o risco de que haja uma restrição ao direito dos povos tradicionais e indígenas durante o processo de regulamentação da consulta e é preciso que toda a sociedade esteja atenta. A consulta prévia, ampla e informada está garantida na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o que faz com que a regulamentação não seja essencial ao cumprimento da Convenção. Ela gera um certo risco de se concretizar como um espaço de restrição de direitos a povos e comunidades tradicionais que não seriam abarcados na norma de regulamentação. Por isso, as normas de consulta devem ser amplas, flexíveis e sensíveis de modo que as diferentes culturas tenham garantidas suas formas de expressão (Felício Pontes. Comunicação oral feita no seminário Mudanças Climáticas, Meio Ambiente e Povos Indígenas: o direito à consulta prévia. Fundação KAS. Belém - Brasil. abril de 2012).

A procuradora da república Debora Duprat, por sua vez, chama a atenção para dois aspectos do texto da 169 em relação à sua aplicabilidade. O primeiro é a definição bastante aberta das duas categorias amplas: povos indígenas e tribais. O segundo é a questão da autoidentificação como elemento definidor central das definições em relação à titularidade de direitos. Para ela:

(...) à vista do vetor de que se vale a Convenção 169 – organização social, cultural, econômica e política que os distinga, total ou

parcialmente, de outros setores da sociedade envolvente – os grupos, e apenas eles, não de dizer se se compreendem sob as grandes rubricas “povos indígenas” e “povos tribais”. De modo que a Convenção 169, no Brasil, aplica-se a todos esses grupos e a tantos outros quantos se apresentem sob o único vetor que normativamente os aproxima: organização social, política e cultural distinta da sociedade de grande formato. (Duprat, 2014: 61 e 62).

Os posicionamentos do MPF favoráveis à aplicabilidade da consulta para PCT são fundamentais para garantir que esses grupos sejam consultados. Tanto porque geram aportes técnicos e jurisprudência, como porque as ações judiciais acabam por instar os governos a cumprirem esse direito, o que evita que a decisão de consultar ou não se restrinja a uma posição governamental isolada. Como coloca Francisco López²⁴, intelectual indígena mexicano, na América Latina hoje as estratégias jurídicas andam juntas com as estratégias políticas, em que muitas vezes a demanda por direitos diferenciados só consegue ser atendida por meio da judicialização das reivindicações étnicas.

Dessa forma, é necessário avançar no debate de forma a garantir a aplicabilidade da Convenção para outros grupos que se reconhecem e são reconhecidos pelo Estado como Povos e Comunidades Tradicionais.

Em termos legais, é possível traçar um paralelo entre as definições da Convenção 169 sobre povos indígenas e tribais e a conceituação de PCT estabelecida no Decreto Nº 6.040, na medida em que o texto legal brasileiro baseou-se integralmente na norma internacional. Assim, pode-se observar que tanto os critérios objetivos propostos pela Convenção 169 para o reconhecimento de povos a partir de suas formas próprias de organização cultural, social e econômica, quanto o fato deles serem regidos por legislação específica (o próprio Decreto Nº 6.040) são cumpridos. Além disso, o critério fundamental, a autoidentificação enquanto sujeito, é atendido plenamente a partir da decisão política consensuada no movimento dos PCT em relação à importância da Convenção 169 e do direito de consulta na promoção e defesa dos direitos desses grupos.

Em nossa avaliação, o que falta para um posicionamento do Estado favorável ao pleito dessas comunidades é uma decisão política das instâncias centrais

24 Afirmação feita durante a primeira reunião do conselho de especialistas em consulta prévia da Fundação Konrad Adenauer, ocorrida em Lima - Peru, em agosto de 2013.

do governo brasileiro. E é aí que reside o problema, já que nessas instâncias identifica-se a prevalência de interesses econômicos sobre direitos sociais é muito grande, tornando-se uma luta desigual entre expectativas de direitos e projetos políticos e econômicos. Por conta disso, é necessária a mobilização permanente de povos e comunidades tradicionais para, mesmo com uma recusa estatal, construir meios para que a Convenção 169 seja corretamente aplicada.

Nessa perspectiva, o direito de consulta, como um instrumento de participação coletiva, baseado na diferenciação identitária, na territorialidade e em formas de organização comunitária, é um dos meios para garantir que esses grupos tenham voz e possam se posicionar sempre que sejam previstas medidas que possam impactá-los. Como dimensão para o exercício do direito de autodeterminação, pode contribuir para a construção, pelos povos e comunidades, de novas possibilidades e perspectivas de exercício da autodeterminação. O reconhecimento enquanto sujeitos plenos de direito também pode ajudar com o rompimento da longa invisibilização que esses grupos tiveram durante a formação do país.

B. Os sujeitos de direito da consulta na Bolívia

Na Bolívia, se estabelece na última década uma articulação ampla entre as principais organizações sociais do país em torno de um processo de refundação política do Estado. Essa articulação ficou conhecida como Pacto de Unidade, em que diferentes atores e projetos políticos se uniram para a construção participativa de uma nova Constituição Política para o Estado boliviano, como instrumento de reorganização do Estado em padrões plurinacionais. Diante desse objetivo, uma das principais discussões ocorridas na constituinte foi a recategorização identitária e social da população boliviana.

Ao priorizar essas discussões, segundo Luis Tapia (2008), o processo constituinte definiu como um dos meios para a construção do Estado Plurinacional o rompimento dos padrões coloniais de classificação e construção de sujeitos a partir da subordinação, da hierarquia e da subalternidade. Resultado do amplo debate realizado sobre as categorias populacionais do país, o artigo 2 da nova Constituição Política do Estado afirma que:

A nação boliviana está conformada pela totalidade das bolivianas e bolivianos, as nações e povos indígena originário camponeses, e as comunidades interculturais e afrobolivianas que em conjunto constituem o povo boliviano (Constituição Política do Estado, Bolívia, 2009, artigo 2, p. 07 - tradução própria).

Dessa forma, a Constituição Política do Estado traz três categorias amplas de grupos étnicos-sociais na Bolívia: povos indígena originário campesinos, comunidades afrobolivianas e comunidades interculturais.

A primeira categoria constitucional, povos indígena originário campesinos, escrita sem vírgulas para dar a ideia de unicidade e simetria, passou a contemplar três dimensões inter-relacionadas da identidade indígena. O primeiro aspecto, o originário, é vinculado à condição de ancestralidade que conecta os grupos étnicos atuais aos povos existentes antes da conquista e do processo colonial do país, com especial valorização das construções históricas sobre o passado incaico da região andina. É a partir do originário que se constrói a discursividade sobre as formas de organização tradicional a partir dos ayllus e mallkus, a filosofia andina, o pluralismo jurídico, os modelos ideais de ser e viver dos grupos étnicos do altiplano; o indígena reflete a condição étnica a partir do compartilhamento de uma história comum de opressão, dominação e exclusão fruto do processo colonial e republicano vivido pela Bolívia; e o campesino, como classe étnica, social e laboral inicialmente imposta como meio de aplanar a diversidade andina, mas que foi apropriada politicamente como identidade social, mobilizadora e sindical, e que faz referência à presença indígena no altiplano e a sua história social e política dentro da nação. Trata-se de uma categoria vinculada às formas próprias do trabalho e do uso da terra na zona rural, mas que também se define pelos processos migratórios dos índios para as cidades e pela organização do movimento sindical e indianista urbano.

Em relação às outras duas categorias étnicas e sociais abertas com a Constituição, afrobolivianos e comunidades interculturais, a análise da Assembleia Constituinte nos mostra que também foram definidas a partir de amplos debates entre os atores políticos, com questionamentos permanentes em relação a como reconhecê-los no texto constitucional.

As comunidades reconhecidas constitucionalmente como afrobolivianas são uma minoria altamente invisibilizada no país. Com as discussões iniciadas em 2006 para a convocação de uma assembleia constituinte, lideranças dessas comunidades iniciaram tentativas de construir alianças com outros movimentos sociais de forma a garantir a sua participação no processo.

Como principal proposta apresentada na constituinte, os afrobolivianos demandaram o direito à autodeterminação, com respeito à identidade cultural, crenças religiosas, reconhecimento de sua cosmovisão e sua livre

determinação territorial. Além disso, se posicionaram a favor do direito de serem consultados e participarem politicamente do Estado. Esse momento foi um rompimento da invisibilização histórica dessas comunidades, o que os fez serem partícipes pela primeira vez de um processo formal de diálogo com as estruturas do Estado. Para Walsh (2009), a presença dos povos afro na história recente boliviana contribuiu para politizar as diferenças étnico-culturais, situando-as como uma questão a ser debatida por toda a sociedade nacional, não apenas pelos povos indígenas e camponeses.

Em relação ao debate da inclusão dos afrobolivianos entre os portadores de direitos coletivos na Constituição do Estado, Schavelzon (2010) afirma que os afrobolivianos conseguiram, a despeito de sua pouca força política no processo, percorrer todas as comissões da constituinte e garantir que fossem incluídos como sujeitos de direito nos artigos que mencionavam camponeses e indígenas. Assim, foi garantida a inclusão de um artigo no texto que reconhece aos afrobolivianos todos os direitos econômicos, sociais, políticos e culturais reconhecidos para os povos indígena originário camponeses.

A terceira categoria estabelecida pelo texto constitucional de 2009 são as comunidades interculturais. Tratam-se de comunidades inicialmente chamadas de colonizadoras, que se estabeleceram nas terras baixas, em especial no departamento de Cochabamba, a partir de fluxos migratórios de indígenas aymaras e quéchuas, e em menor medida a população guarani. Parte desses traslados foram incentivados pelo Estado boliviano, a partir da revolução de 1952 e ampliado nas décadas posteriores.

A identidade dessas comunidades passa a se definir a partir da década de 90 pela junção de três vertentes: a cultural, a partir das identidades indígenas e camponesas, que se reorganizam em torno da folha de coca; a territorial, pelo direito de ocuparem os territórios das terras baixas e imporem novos padrões ambientais e agrários; e a política, pela luta anti-imperialista e anti-neoliberalismo, e por um novo status político dos grupos dentro da nação. Dessa forma, do sindicalismo inicial, as comunidades passam a se organizar como movimento social e como movimento político, em que ao mesmo tempo buscam atender demandas locais dos filiados e fortalecer a influência política dessas comunidades dentro da nação (Vargas Villazón, 2014).

Na assembleia constituinte, as discussões sobre os grupos até aquele momento chamados de colonizadores giraram em torno dos debates sobre

a construção da categoria única indígena originário campesinos. Segundo Schavelzon (2010), alguns constituintes do Movimento ao Socialismo (MAS) não aceitavam a categorização única na medida em que se consideravam campesinos mas não se identificavam como indígenas e nem se vinculavam a um passado pré-conquista.

Diante desses debates, uma das organizações da base do MAS e do Pacto de Unidade, a Confederação de Colonizadores da Bolívia, afirmou durante a constituinte que não se reconheciam nem como indígenas e nem como campesinos. Além disso, rechaçavam o termo colonizadores, que historicamente os agrupavam. Isso porque uma das bandeiras da refundação do Estado é justamente a descolonização. Assim, não fazia sentido ter um grupo social nomeado como algo a ser desconstruído e combatido. Diante dessas discussões, passaram a se reconhecer como comunidades interculturais do campo e mudaram o nome de organização para Confederação Sindical de Comunidades Interculturais da Bolívia - CISCB, ressignificando a categoria imposta anteriormente a eles.

Por conta desses posicionamentos, a Constituição os identificou como grupos étnicos diferenciados constitutivos do povo boliviano sem, contudo, os reconhecer explicitamente como titulares de direitos específicos, como fez no caso das comunidades afrobolivianas.

Em que pese a manutenção de tensões dentro e entre as categorias, para Fernando Mayorga (2011), com a Constituição o Estado reconhece novos sujeitos portadores de direitos coletivos que expressam sua identidade étnica e social e que, a partir dela, buscam influenciar o Estado e acessar espaços de poder antes refratários a eles. Tratam-se, assim, de categorias que trazem elementos identitários que ocupam o centro da discursividade política boliviana. Esse novo sujeito provoca mudanças que possibilitam a presença nos espaços de poder de novos atores políticos e criam condições para a renovação das elites políticas e intelectuais do país, apesar de não alterar profundamente o perfil das elites econômicas. Sem esquecer os problemas e contradições, é possível afirmar que as novas categorias apontam para um processo de renovação das elites e dos discursos da classe política, com possibilidades reais de aprimoramento da democracia do país.

Nesse contexto, a Bolívia vive uma situação sem paralelos no contexto latino-americano. Isso porque ocorreu um processo amplamente participativo, com

articulações nacionais entre diferentes organizações sociais que se uniram em torno de um interesse comum: refundar o país dentro de padrões de plurinacionalidade. Foi construído um texto constitucional inovador, com a incorporação de princípios ético-morais andinos e a explicitação de direitos transversais para os grupos étnicos da Bolívia. Além disso, abriram-se novas categorias que buscaram organizar a indianidade e tradicionalidade desses grupos, em termos discursivos e legais, de forma simétrica e sem hierarquias.

No entanto, mesmo com avanços importantes, o país vive um momento de aumento da tensão entre os grupos étnicos, com acusações de parte a parte, e com o rompimento das bases sociais que viabilizaram o Pacto de Unidade. Nesse rompimento, o Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu - CONAMAQ e a Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia - CIDOB, como representantes dos indígenas originários, se afastaram das organizações sociais vinculadas às questões de classe e sindical. Com esse afastamento, se tem atualmente uma divisão política, econômica e social nas categorias étnicas da Constituição. De um lado estão majoritariamente os indígenas-originários das terras baixas e altas, defensores de uma agenda baseada nas autonomias, pluralismo jurídico e participação política a partir de usos e costumes. À essas organizações, se aliam os afrobolivianos, em sua luta por reconhecimento e direitos específicos. Do outro lado, estão os indígenas-camposinos (urbanos e rurais) e interculturais, que se organizam a partir de demandas prioritariamente econômicas, que vêm no capitalismo de Estado e no desenvolvimentismo possibilidades concretas de ascensão social e melhoria da qualidade de vida da população.

Trata-se de um ponto de tensão e de descontentamento explícito da CIDOB e CONAMAQ em relação à maneira em que o governo conduz o processo de regulamentação e aplicação do direito de consulta reside nas discussões sobre quem são os sujeitos da consulta. A centralidade desse tema no debate mostra como as construções das categorias étnicas na Bolívia são eminentemente políticas e estratégicas em relação às disputas por poder, hegemonia e recursos.

Nesse sentido, o impasse gerado no debate sobre a titularidade da consulta foi um dos motivos da decisão da CIDOB e CONAMAQ se retirarem das discussões sobre a regulamentação dos mecanismos de consulta previstos na Convenção 169 e na Declaração da ONU sobre povos indígenas. O motivo do descontentamento foi a decisão do governo de incluir no rol de

sujeitos da consulta, os indígenas originários camponeses, os afrobolivianos e as comunidades interculturais, em igualdade de condições, conforme anteprojeto de consulta apresentado pelo Governo Plurinacional da Bolívia.

O direito de consulta prévia, livre e informada é um direito coletivo e fundamental das nações e povos indígenas originários camponeses, comunidades interculturais e povo afroboliviano, e tem caráter obrigatório quando o Estado prevê a adoção de medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetar diretamente seus direitos coletivos (Bolívia, 2013, p. 2 - tradução própria).

O texto se mostra, nesse sentido, amplo em relação à titularidade do direito de consulta a todos os sujeitos coletivos plurinacionais, o que, por si só, nos parece algo positivo. No entanto, no cenário de questionamentos e tensionamentos entre as categorias, a decisão foi duramente criticada pelas organizações indígenas e por seus apoiadores. Essas críticas decorrem principalmente das disputas travadas nas discussões sobre consulta relacionadas à questão do TIPNIS. Naquele debate, ficaram claras as diferentes perspectivas existentes entre os indígenas originários, camponeses e interculturais em relação à proteção ou exploração econômica dos territórios indígenas e unidades de conservação. De um lado, os indígenas que ocupam tradicionalmente a região se posicionaram contra a intenção estatal de construção da rodovia na área diante dos impactos ambientais e sociais previstos. Por outro lado, camponeses e interculturais viam na rodovia uma possibilidade de ampliar a área de agricultura, facilitar o escoamento da produção e promover o desenvolvimento econômico da região. Ao definir, durante o processo de discussão sobre a consulta, os três grupos como portadores dos mesmos direitos, o Estado mostrou uma incapacidade de pensar os grupos étnicos de forma contextualizada às suas realidades e contemplar as diferentes perspectivas de desenvolvimento nos projetos estatais.

É por esse fato concreto que existe uma ampla desconfiança em relação às intenções estatais de contemplar em um mesmo instrumento os diferentes segmentos sociais do país. Na avaliação de Raúl Prada Alcoreza (2013), intelectual boliviano, deputado constituinte entre 2006-2007 e ex vice-ministro de planejamento estratégico de Evo Morales, a forma como se conduziu o debate sobre os sujeitos da consulta mostra o paradoxo atual do governo, que se considera indígena e popular, mas que age para diluir e

dissolver os direitos específicos dos povos indígenas. Para ele, ao garantir as mesmas condições de consulta para indígenas, camponeses e colonizadores dos trópicos (comunidades interculturais), a consulta perde as características e a estrutura conceitual enquanto busca de consentimento prévio, livre e informado dos povos indígenas. Ao agir assim, o governo estaria adotando uma clara posição nacionalista dentro de uma lógica de Estado que não é plurinacional.

As posições contrárias à aplicabilidade da consulta para as comunidades interculturais revelam, mais do que uma visão restritiva sobre o direito de consulta, a preocupação em relação às possibilidades concretas de que em um processo de consulta existam grupos antagônicos, com territorialidades em conflito, com o mesmo poder de decisão. Em situações assim, os interesses das comunidades indígenas que ocupam tradicionalmente esses territórios, de acordo com usos e costumes, estariam diluídos junto aos posicionamentos dos demais ocupantes das áreas, que migraram para região justamente para explorar os seus recursos naturais e para utilizar os territórios por meio da imposição de novas culturas agrícolas. Ao promover a consulta sem a diferenciação dos atores, o governo estaria utilizando os princípios da Convenção 169 e a Declaração da ONU para enfraquecer os direitos coletivos das comunidades em relação aos seus territórios originários.

Diante desse cenário, a situação da Bolívia traz novas questões para o direito de consulta. Trata-se de um direito voltado primordialmente aos grupos étnicos minoritários e territorializados, com déficit de participação política, com forma de serem respeitados e ouvidos pelos Estados nacionais. Na Bolívia, os grupos étnicos representam uma grande parcela da população e participam, em diferentes níveis, das estruturas do Estado. Além disso, boa parte da população reconhecida como sujeito de direito vivem em contextos urbanos. Uma última questão a ser colocada nesse cenário é que existem, entre os grupos, perspectivas díspares em relação ao uso dos territórios e recursos naturais que, em alguns casos, vão contra inclusive os princípios previstos nos textos internacionais. Diante dessa configuração, como garantir que a população seja consultada, por meio de procedimentos diferenciados e adequados, sobre todas as ações estatais que os dizem respeito?

Sobre isso, é importante destacar que, por mais que o foco da Convenção 169 e a Declaração da ONU esteja nos grupos étnicos minoritários dentro dos Estados nacionais, os textos não trazem diferenciações de aplicação por conta da proporcionalidade populacional dos grupos. Assim, a aplicação

de direitos independem da configuração populacional. Um segundo aspecto é que, segundo James Anaya (2009), a realização da consulta independe do contexto em que vivem esses grupos e da situação fundiária dos seus territórios. Por conta disso, ao serem identificadas medidas que possam impactar populações em contexto urbano, o Estado tem a obrigação de realizar a consulta, por meio de procedimentos diferenciados e através das organizações representativas. Em relação às disparidades de perspectivas entre os grupos, a jurisprudência da consulta afirma que todos os sujeitos de direito devem ser consultados, independente de suas perspectivas econômicas.

III. O que podemos aprender com as discussões no Brasil e na Bolívia sobre a titularidade da consulta?

A jurisprudência da OIT apontam para uma visão ampla em relação à titularidade do direito de consulta. No entanto, como construir mecanismos para que os processos de consulta e as decisões tomadas levem a resultados que tenham harmonia com os preceitos internacionais de direitos humanos e as perspectivas de uso sustentável e garantia territorial?

As discussões colocadas aqui mostram que são válidas as preocupações em relação à descaracterização da consulta como instrumento de diálogo intercultural. No entanto, em nossa avaliação, é possível chegar a acordos e procedimentos que garantam os direitos coletivos dos povos indígenas sem, contudo, negar o direito de campesinos e interculturais a processos de consulta prévia, livre e informada. Tal qual afirmamos em relação à aplicabilidade da consulta para os povos e comunidades tradicionais no Brasil, o critério fundamental em relação à titularidade do direito de consulta é a autoidentificação enquanto sujeito, o que os campesinos e interculturais têm externado. Os outros critérios estabelecidos nos documentos internacionais em relação ao reconhecimento também são atendidos por essas comunidades, na medida em que suas condições sociais, culturais e econômicas os distinguem dos segmentos hegemônicos da sociedade nacional.

Assim, o caso boliviano exige que se pense novos procedimentos para garantir a consulta prévia, livre e informada para todos os sujeitos coletivos de direito, ao mesmo tempo que não a descaracterize enquanto instrumento de autodeterminação dos povos indígenas. Um caminho para isso é pensar de forma contextualizada cada processo de consulta, de acordo com sua escala. Quando se tratar de uma questão que impacte somente um dos

grupos étnicos-sociais a consulta deverá ser direcionada àquele grupo, com procedimentos adequados. Agora, quando a consulta se relacionar a mais de um grupo étnico dentro de um território específico, em que se apresente territorialidades em conflito, é preciso pensar estratégias de mensuração dos posicionamentos e modulação das expectativas de forma a garantir que as perspectivas das comunidades indígenas que tradicionalmente ocupam o território sejam respeitadas, garantidas e priorizadas dentro de um processo de tomada de decisão.

Para OIT, são os Estados que devem definir critérios para, a partir da conceituação dada pela Convenção 169, reconhecer os grupos étnicos que são sujeitos plenos de direito desse instrumento internacional. No entanto, na nossa visão, a definição pelo Estado de quem são os sujeitos não se limita a uma decisão unilateral dos governos. É uma discussão que deve ser realizada nas arenas políticas da consulta, com a garantia de espaços para que os próprios sujeitos, tanto os já reconhecidos como os que demandam reconhecimento, possam se expressar e se posicionar em relação à titularidade da Convenção aos grupos étnicos-sociais existentes nesses países.

A Convenção 169 da OIT e a Declaração da ONU não prevê a realização de consultas apenas para os grupos que fazem uso sustentável dos territórios e dos recursos naturais. No entanto, parte do princípio de que os territórios têm importância especial para esses povos, o que faz com que os Estados tenham que desenvolver mecanismos especiais de proteção. Diante disso, mas do que a negação de direitos, acreditamos que é possível definir estratégias nos processos de diálogo promovidos pelos Estados que reconheçam e incentivem as formas sustentáveis de exploração dos recursos naturais.

Por conta da importância estratégica da conservação dos recursos naturais no contexto atual, é preciso pensar, conforme proposta feita por Manuela Carneiro da Cunha (2014), em um novo pacto entre as comunidades indígenas, tradicionais e originárias e o Estado, em que:

[as comunidades] comprometem a prosseguir num modo de vida conservacionista e em contrapartida o Estado se compromete a propiciar as condições necessárias para a viabilidade desse modo de vida. Isso porque deixar de garantir a populações tradicionais as condições para conservarem seu modo de vida seria negar-lhes o direito à sua identidade (Carneiro da Cunha, p. 5).

Assim, dentro do espírito colocado por Manuela Carneiro da Cunha em relação à importância estratégica dos povos indígenas e tradicionais na conservação dos recursos naturais, os Estados devem garantir em seus processos de consulta que as perspectivas das comunidades em relação à conservação dos recursos naturais dos territórios tenham maior importância em relação à outras perspectivas dentro de um processo de tomada de decisão.

Teríamos então, a partir do direito de autodeterminação, o desenvolvimento de novas equações para a mensuração de perspectivas diferenciadas sobre o desenvolvimento e uso dos recursos naturais disponíveis nos territórios indígenas, em que se dá um peso maior para iniciativas que visem garantir esses recursos para as próximas gerações.

Além disso, nas novas equações possibilitadas pela consulta, além de ouvir de forma diferenciada todos os grupos étnicos sociais, é preciso ouvir mais um sujeito de direito coletivo: o meio ambiente.

Uma última questão que relaciona-se aos titulares de direito de consulta, diz respeito a novas possibilidades para as definições dos sujeitos da consulta trazidas pela legislação nacional na Bolívia e, de forma semelhante, no Equador. A partir dos processos de câmbio nesses países e as discussões relacionadas ao conceito de viver bem, se desenvolve uma construção legal e discursiva que compreende o meio ambiente como um todo orgânico e inter-relacionado com a população. Essa construção possibilita o estabelecimento de novos modelos socioambientais, com uma maior articulação entre a natureza, as comunidades locais e o restante da população.

As constituições do Equador e da Bolívia trazem avanços ao institucionalizar o conceito de viver bem, promovendo possibilidades de uma visão ecocêntrica de superação do antropocentrismo em qual se sustentam os atuais sistemas jurídicos nacionais e internacionais. Nessa nova situação, o meio ambiente se configura como sujeito de direito de interesse coletivo que deve ter direitos respeitados nos processos de definição das formas de utilização dos territórios e exploração dos recursos naturais.

Dessa forma, os debates trazidos aqui sobre a titularidade de direitos da Convenção 169 da OIT em relação à consulta, nos permite afirmar que no contexto atual é possível considerar a Madre Tierra, o meio ambiente, também como um sujeito coletivo de direito que deve ser adequadamente “ouvido” nos processos de consulta, como forma de ter suas perspectivas

contempladas. Para isso, é preciso ouvir os povos originários, que mostram possuir formas sustentáveis de utilização dos recursos naturais e gestão dos territórios, como meio de dar voz à Madre Tierra.

Assim, defendemos uma leitura ampla da titularidade do direito de consulta na América Latina como forma de garantir nos processos de consulta a inclusão das diferentes perspectivas dos povos tradicionais e da Madre Tierra sobre todas as ações que os interessem e podem impactá-los. Ao reconhecer esses sujeitos e garantir processos amplos de escuta e respeito aos diferentes posicionamentos, com a mensuração adequada dessas visões, é possível pensar a consulta não como oposição entre partes, e sim em sua dimensão de complementariedade e harmonia social. Como coloca Xavier Albó (2014), é preciso adotar o princípio do viver bem como forma de conviver bem, nas relações entre os povos, os Estados, as sociedades nacionais e o meio ambiente nos países latino-americanos.

IV. Recomendações a partir das realidades brasileira e boliviana

1. Importância da correta aplicação dos preceitos do direito de consulta em todas as ações estatais que possam impactar os sujeitos de direito da consulta. Invariavelmente, a não realização da consulta potencializa conflitos entre os Estados, povos indígenas e sociedades nacionais;
2. Os Estados devem usar criterios objetivos e subjetivos para identificar os sujeitos de direito, utilizando a consciencia étnica como criterio fundamental de reconhecimento.
3. Importância do diálogo entre os Estados e os grupos étnicos sobre a aplicabilidade da consulta. A decisão em relação ao reconhecimento dos sujeitos não deve ser tomada apenas pelos governos e sim pela construção de consensos entre os atores da consulta;
4. Respeitar as identidades, territorialidades e projetos de futuro dos grupos étnicos nos procesos de consulta, com a priorização das perspectivas de uso sustentável dos territórios e dos recursos naturais;
5. Contemplar os direitos ambientais nos processos de consulta de forma a "ouvir" as perspectivas da Madre Tierra antes das tomadas de decisão que podem impactar os territórios indígenas.

V. Bibliografia

ALBÓ, Xavier. David contra Goliat: tres casos en la Amazonía andina. CIPCA Bolívia, mayo de 2014. mimeo.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Terra de quilombo, terras indígenas, "babaquais livre", "castanhais do povo", faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas. 2 ed. Manaus: PGSCA- UFAM, 2008.

_____, MARIN, Rosa e NAKAZONO, Erika. Projeto de Pesquisa: a formação como instrumentos de participação direta no processo de consulta: ação pedagógica para efetivação da Convenção 169. 2012. mimeo.

ANDERSON, Benedict. Comunidades imaginadas. Reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo. Tradução: Denise Bottman — São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

BAQUERO DÍAZ. ¿Quién es quién? Disponível em <http://www.consultaprevia.org/#!/columna/15>. Dezembro de 2014.

BONFIL BATALLA, Guillermo. México Profundo. Una civilización negada. Primeira edición en este formato. México, [1987], [1989] 2005.

BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. 11ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

_____. O campo político. Revista Brasileira de Ciência Política, Nº 5. Brasília, janeiro-julho de 2011, pp. 193-216. 2011.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. Caminhos da identidade: ensaios sobre a etnicidade e multiculturalismo. São Paulo: Editora Unesp; Brasília: Paralelo 15. 2006.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Cultura com aspas e outros ensaios. COSACNAIFY, 2010.

CHOQUE QUISPE, María Eugenia. Principios para la construcción de una

democracia intercultural. In: Zapata Silva, Claudia (org.). Intelectuales indígenas piensan América Latina Quito: Universidad Andina Simon Bolivar/ Abya Yala/Centro de Estudios Culturales Latinoamericanos, Universidad de Chile. 2007.

DUPRAT, Deborah. A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. RCJ - Revista Culturas Jurídicas, Volume 1, Número 1, 2014.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Os 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. Em: VERDUM, Ricardo. Povos Indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

MILLER, Bruce Granville. Invisible indigenes: the politics of Nonrecognition. University of Nebraska, 2003.

NIEZEN, Ronald. The origins of indigenism. Human rights and the politics of identity. University of Califórnia Press. Berkeley, 2003.

OXFAM. El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Oxfam América, Perú. 2011.

PACHECO DE OLIVEIRA, João. Mensurando Alteridades, Estabelecendo Direitos: Práticas e Saberes Governamentais na Criação de Fronteiras Étnicas. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 55, Nº 4, 2012.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Etnicidad.gov - Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2012.

SCHAVELZON, Salvador. A Assembleia Constituinte na Bolívia: Etnografia do Nascimento de um Estado Plurinacional. Rio de Janeiro: UFRJ/ PPGAS, 2010.

STEFANONI, Pablo. "Qué hacer con los indios..." y otros traumas irresueltos de la colonialidad. Plural editores. 1a. edição. La Paz, 2010.

TAPIA, Luis. Política salvaje. La Paz, CLACSO. Muela del Diablo/ Comuna, 2008.

VARGAS VILLAZÓN, Gonzalo. *Identidad en el Chapare: de cocaleos a indígenas originarios campesinos. La nación boliviana en tiempos del Estado*

plurinacional. Programa de Investigación Estratégica en Bolivia. Nueva Crónica y buen gobierno. Número 142. Abril de 2014.

VILLORO, Luis. Los pueblos indios y el derecho de autonomía. 1994.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, Estado, Sociedad: luchas (de) coloniales de nuestra época. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar; Abya-Yala, 2009.

VII. Documentos Consultados

ANAYA, S. James. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Consejo de Derechos Humanos. 12^a período de sesiones. 15 de julio de 2009.

BRASIL. Decreto Nº 6040/2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável de Povos e Comunidades Tradicionais. 2007.

BOLÍVIA. *Anteproyecto de ley de consulta previa libre e informada*. Documento consensuado en la comisión nacional. Bolívia, Cochabamba, agosto de 2013.

BRASIL. SG/PR - Secretaria-Geral da Presidência da República. Informe sobre o processo de regulamentação dos procedimentos de consulta prévia no Brasil Convenção 169 OIT. Maio de 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DA COLÔMBIA. Comunidades indígenas como sujetos de especial protección constitucional y titulares de derechos fundamentales. Sentencia T-116/11. 2011.

ONU, Organização das Nações Unidas, Assembleia Geral. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Aprovada em setembro de 2007. Rio de Janeiro: unir. Brasília: UNESCO, 2009.

FCP, Fundação Cultural Palmares. Informações sobre as comunidades quilombolas do Brasil. mimeo, 2014.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. Convenção 107 sobre povos indígenas e tribais. OIT, 1957.

_____. Convenção 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT. Organização Internacional do Trabalho - Brasília: OIT, [1989] 2011.

3 GUATEMALA: LOS MEGAPROYECTOS Y LA AFECTACIÓN A LA CULTURA INDÍGENA

M. Guisela Mayén²⁵

Resumen

En Guatemala, desde hace un siglo se legisló en materia de minería e hidrocarburos con el propósito principal de atraer la inversión extranjera. Dicha legislación favoreció los intereses de las empresas incluyendo la ley vigente, la que además incorpora disposiciones que afectan los territorios indígenas, vulneran sus derechos y afectan su cultura.

En torno a las empresas extractivas se generaron conflictos y rechazo. Debido a dichos conflictos, las fuerzas de seguridad realizaron desalojos forzados, capturas y se decretaron estados de sitio que suspenden las garantías constitucionales de la ciudadanía.

Las empresas deberán adoptar los principios del Marco Ruggie, así como las recomendaciones de la Comisión Mundial de Represas que persiguen se reparen los daños causados e implementen medidas de prevención para, en el futuro, evitar afectaciones a las comunidades.

Se presenta una propuesta que define en qué consiste la afectación a la cultura y se identifican algunas afectaciones y sus causas. Asimismo, se recomienda la ejecución de estudios de evaluación y peritajes de diversos

25 Antropóloga, licenciada en Ciencias Sociales por la Universidad del Valle de Guatemala. Realizó estudios de doctorado en la Universidad de París VIII. Ms. en Derecho Indígena por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México y la Universidad de San Carlos de Guatemala. Experta en peritaje cultural, Derechos de los Pueblos Indígenas y Discriminación. Docente universitaria en diversas universidades e instituciones de educación superior guatemaltecas. Ha realizado diversas investigaciones sobre cultura maya, discriminación y racismo, participación política de la mujer indígena, pobreza, educación en comunidades indígenas y derecho indígena. Actualmente es investigadora de la Asociación de Investigación y Estudios Sociales, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ha publicado varios libros sobre cultura indígena, Derecho Indígena, pluralismo jurídico, discriminación, cofradía indígena, sistema de cargos y trajes indígenas, así como sobre Consulta Previa Libre e Informada y diversos artículos académicos sobre los mismos temas.

tipos (ambiental, social, cultural y económico) que permitan obtener una visión holística del problema, con miras a identificar las afectaciones y determinar la reparación que deben recibir las comunidades impactadas.

I. Problemática relacionada a la consulta previa

El Estado guatemalteco ratificó el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el 5 de junio de 1996 mediante Decreto No. 9-96 del Congreso de la República²⁶ y, luego, en septiembre de 2007, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; no obstante, incumplió su compromiso de consultar antes de otorgar licencias de exploración o previo a la instalación de megaproyectos de explotación de los recursos naturales existentes en territorios indígenas.

Los megaproyectos de explotación minera y petrolera, así como las hidroeléctricas, generalmente se ubican en áreas rurales habitadas en su mayoría por población indígena; por lo tanto, son estos pueblos los que afrontan las mayores consecuencias del impacto ambiental que generan dichos proyectos en sus territorios, así como los impactos económicos, sociales y culturales que están afectando con mucha gravedad su sobrevivencia.

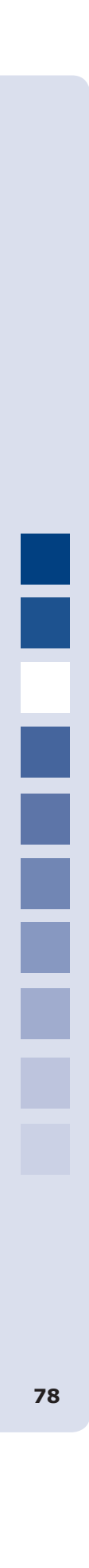
La legislación actual, Ley de Minería (Decreto 48-97), favorece a las empresas extractivas principalmente en materia de regalías (arts. 61-63) y en lo relativo a los estudios de impacto ambiental (art. 20); además, vulnera los derechos de los pueblos indígenas, pues, teniendo en cuenta que en Guatemala la mayoría de los proyectos extractivos se encuentran en territorios de los pueblos indígenas, las disposiciones del Capítulo II de la Ley referida, "Servidumbres Legales" (arts. 72 a 80), afectan principalmente a dichos territorios. Las servidumbres legales comprenden las de paso que, entre otras disposiciones, permite abrir caminos y la realización de excavaciones y perforaciones, y la servidumbre o uso del agua (art. 72); la servidumbre permite a las empresas realizar todo lo que sea necesario para

26 El citado Decreto del Congreso de la República en su artículo 1. Estipula: "*Se aprueba el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales. Dicha aprobación se hace bajo el entendido que las disposiciones de Constitución Política de la República prevalecen sobre dicho convenio, el cual no afecta derechos adquiridos, ni tiene efectos retroactivos*". En el marco de la ratificación la Corte de Constitucionalidad (expediente 199-95), emitió opinión consultiva en la que señala: "Esta Corte es del criterio que el Convenio 169 analizado no contradice lo dispuesto en la constitución y es un instrumento jurídico internacional complementario que viene a desarrollar las disposiciones programáticas de los artículos 66, 67, 68 y 69 de la misma, lo que no se opone sino que, por el contrario, tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional.

llevar a cabo las operaciones mineras²⁷ y, además, por un plazo igual al que se otorgue al derecho minero y sus prórrogas (art. 74). Los propietarios de los terrenos deberán permitir la construcción de las instalaciones y el paso de trabajadores, transporte de materiales y equipo; además, no podrán construir ni sembrar dentro del área de la servidumbre (art. 75). Si el propietario se opone a otorgar la servidumbre, el titular del derecho minero acudirá a juez (art 78) para que éste imponga la servidumbre en rebeldía y contra la resolución que este juez emita “no cabe recurso de apelación” (art 79). Como puede colegirse, la Ley de Minería estipula prácticamente la expropiación del terreno a su poseedor, dado los períodos de explotación (y sus prórrogas) que otorgan las licencias de minería.

Por otra parte, “El marco jurídico existente que regula el proceso de solicitud de licencias de minería no garantiza la oportunidad de una consulta significativa con la población afectada” (Amnistía Internacional, 2014:3). El gobierno actual mostró preocupación con relación a algunos artículos de la Ley vigente, la que trató de reformar en 2012 (Iniciativa de Ley No. 4590 del 2 de octubre de 2012), principalmente en lo relativo a regalías, la realización de estudios de salud y sobre el uso del agua; asimismo, anunció en 2013 que suspendería por dos años la concesión de licencias de explotación minera, pero aparentemente no hubo suspensión. No obstante, la iniciativa antes citada no contempló ninguna reforma en materia de consulta a pueblos indígenas, es más, estipula un plazo de diez días (artículo 10 de la iniciativa que reforma el art. 46 de la Ley vigente) para que las personas interesadas formulen objeciones a las licencias. Algunos autores (Amnistía Internacional, 2014:4) señalan que éste es un sistema de consulta indirecta y que replica el mismo grave problema, del corto tiempo para su conocimiento y presentar objeciones, que contiene el reglamento de las Evaluaciones de Impacto Ambiental (EIA).

27 Artículo 75. Derechos que implica la constitución de servidumbres. El establecimiento de servidumbres a que se refiere el presente capítulo implica para los titulares de las mismas, además de los derechos establecidos en el Código Civil, los siguientes: a) Realizar las obras e instalaciones necesarias destinadas a las operaciones mineras, en los terrenos afectados por la servidumbre. b) Utilizar las áreas de las servidumbres en general para la inspección, mantenimiento, reparación y modificación de las instalaciones correspondientes. c) Delimitar los terrenos para las bocatomas, canales de conducción, vertederos, clasificadores, estanques, cámaras de presión, tuberías, canales de desagüe, excavaciones, perforaciones, caminos de acceso y en general todas las demás obras estrictamente requeridas. d) Descargar las aguas por los cauces existentes en el predio sirviente, siempre que las condiciones de los mismos lo permitan y se cumpla con las leyes de protección ambiental.



La omisión de la Consulta Previa e Informada generó diversos sucesos de conflictividad en las comunidades indígenas, principalmente porque los pobladores de lugares donde se asientan megaproyectos se organizaron para protestar ante atropellos y violaciones a sus derechos y para rechazar activamente la instalación de empresas extractivas e hidroeléctricas. Como parte de la estrategia de rechazo “se han realizado consultas promovidas por los pobladores, los alcaldes municipales e, incluso, algunas empresas han informado a las comunidades...” (Mayén, 2012:119). Éstas son las llamadas Consultas Comunitarias. Diversas posturas surgen ante las consultas y principalmente con relación al resultado de las mismas que invariablemente son de rechazo a la minería. Mientras que los pueblos indígenas reivindican que es una práctica milenaria y además un derecho de acuerdo al Convenio 169 de la OIT, la Corte de Constitucionalidad, ante amparos presentados por las empresas, afirmó que las municipalidades no son entidades competentes para realizar consultas en temas de minería, sin embargo, reconoce que es un derecho incuestionable de los pueblos indígenas. Las empresas, por su parte, indican que informaron a la población indígena con el propósito de responder a los requerimientos de las comunidades, pero los pobladores niegan haber sido informados o señalan que el proyecto fue presentado a un pequeño grupo de vecinos y de manera parcial; es decir, sin transparencia. El Estado es el ente obligado a realizar consultas pero, en lugar de hacerlas, ante las protestas, reaccionó con desalojos y violencia, lo que cobró vidas tanto de personas de las comunidades como de los integrantes de las fuerzas de seguridad.

Las condiciones que establece la Ley de Minería vigente, como se indicó, vulneran varios derechos de los pueblos indígenas, esencialmente los que atañen a la tierra y territorios, a la cultura, a la salud y a la vida. La activación de conflictos se debe esencialmente a la omisión de la consulta por parte del Estado y a los atropellos que “en el marco de la Ley” cometen las empresas.

Los conflictos comunitarios son los aspectos más visibles en el momento en que se suscitan; sin embargo, el impacto que los proyectos extractivos van dejando en la vida de los pobladores de las comunidades afectadas va más allá de estos hechos que de alguna manera son pasajeros. Las afectaciones que producen los megaproyectos no sólo es lo más grave sino que son permanentes. Al respecto, cabe señalar que las comunidades afrontan una pérdida definitiva de su territorio y del agua, debido a la cantidad de años que el gobierno otorga a las empresas por medio de las licencias de explotación, a la contaminación ambiental que ocurre durante

las operaciones extractivas y a la devastación que éstas dejan tras de sí cuando se retiran. El daño también abarca la salud física y mental de los pobladores, las afectaciones a la vida social y la cultura de las comunidades “que surgen de la desarticulación de las formas de organización social” (Van der Sandt, 2009:249) y la pobreza extrema que se deriva del daño económico por la pérdida de la tierra agrícola y la vivienda de quienes se ven compelidos a otorgar servidumbre de paso y de uso del agua.

II. Malas prácticas

A. Antecedentes históricos de las empresas petroleras y mineras en Guatemala: Legislación hecha a la medida

El primer Código Minero (Decreto 686) fue emitido hace más de un siglo, en 1908 (MEM, 2006:7); asimismo, la primera legislación petrolera data de 1916, ambas con el propósito de abrir las puertas a empresas extranjeras. Las primeras compañías en interesarse fueron dos petroleras, la Guatemala Petroleum Co. y la Guatemala Oil Corporation (Solano, 2005: 13). Éstas, y algunos inversionistas del país, recibieron concesiones para la explotación de petróleo. Posteriormente, en 1932, se emitió el Decreto 1828 - Ley de Minería e Hidrocarburos (MEM, 2006:7). Éste se derogó un año después y se emitieron dos leyes separadas, la de Minería y la de Hidrocarburos, Decretos 1403 y 1404 respectivamente (MEM: 2006, 7). En el marco de esta legislación, en 1937 obtuvo concesiones la Shell, en 1941 la Gulf Oil Co y en 1943 la Standard Oil (que después se llamó Exxon Corp. o Esso).

Los intereses de estos inversionistas se vieron afectados con la llegada al gobierno, en 1944, de un régimen democrático que emitió una nueva Constitución que estipulaba que los hidrocarburos solamente podrían ser explotados por el Estado o por compañías guatemaltecas con capital nacional. No obstante dicha disposición constitucional, en 1947 se emitió una nueva Ley de Petróleos que fue elaborada bajo la influencia de la Standard Oil, la que otorgaba grandes beneficios a las empresas. Sin embargo, el ministro de Economía de dicho gobierno determinó que esa Ley era contraria a los intereses nacionales por lo que fue derogada en 1949 y se emitió otro decreto que obligaba el pago de regalías e impuestos por exploración y explotación; con este nuevo decreto, estuvieron en desacuerdo las empresas y se retiraron del país (Solano, 2005:15-17).

Después de diez años el régimen democrático fue derrocado en 1954²⁸ y, dos años más tarde, en 1956, se aprobó otro Código Petrolero que fue redactado bajo la dirección del secretario del Departamento de Estado de Estados Unidos y con la asesoría de la International Cooperation Administration (sic) (Solano: 2005, 22-23). Esta nueva Ley estipuló otorgar derechos de exploración y explotación a las empresas por 44 años y con la posibilidad de extenderlos 20 años más, lo que dio como resultado nuevos contratos petroleros²⁹. En 1968 fue fundada la compañía petrolera Basic Resources que operó en Guatemala desde 1970 con Petromaya, la que funcionó de 1978 a 1981 como subsidiaria de Basic ubicada en el área de Ixcán, departamento de Quiché. (Solano, 2005:45).

En 1955 se emitió un Código Minero que derogaba al anterior; pocos años después, la compañía Hana Mining de Canadá empezó a interesarse en los yacimientos de níquel del país. Esta minera junto a otra canadiense, la International Nickel Company (INCO), fundaron en 1960 la empresa Explotaciones y Exploraciones Mineras de Izabal, S.A. (EXMIBAL), pero iniciaron operaciones de exploración hasta 1965, después de una reforma a la legislación minera y de una concesión otorgada a INCO por 40 años. A pesar que la reforma legislativa mencionada fue dirigida por la INCO, estipuló un impuesto sobre la renta de 53% sobre las operaciones, con el que no estaba de acuerdo la empresa. La explotación del níquel no se inició de inmediato sino unos cinco o seis años después, a principios de la década de 1970, debido a que la empresa consideraba que la legislación vigente no le convenía y por la inestabilidad política³⁰ en el área de la explotación. En 1971, el gobierno otorgó la concesión de la mina de níquel para su explotación a la EXMIBAL sin atender los informes de la Comisión de la Universidad de San Carlos³¹. Después de varias negociaciones, y gracias a un estudio

28 En 1954, con apoyo norteamericano, no sólo de empresas con intereses económicos en el país sino del propio Departamento de Estado estadounidense, un coronel del Ejército guatemalteco lideró un movimiento que derrocó al presidente y tomó el gobierno. Dicho movimiento contó también con apoyo de terratenientes, industriales y militares.

29 Las compañías beneficiarias de tales contratos fueron Sun Oil, Amerada Petroleum, Signal Oil, Texas Co., Union Oil, Ohio Oil, Gulf Oil, y Standard Oil, entre otros (Monteforte Toledo, citado en Solano (2005).

30 En 1960 surgió el Movimiento guerrillero 13 de Noviembre en oriente del país y posteriormente, en 1966, se originó otro grupo insurgente en la Sierra de las Minas, ambas áreas geográficamente muy cercanas a la EXMIBAL.

31 Integraba esta Comisión un grupo de profesionales que en su informe se oponían a la concesión. Su oposición fue uno de los motivos por los que fue asesinado uno de sus integrantes, el abogado Mijangos López, "por sujetos que contaron con la aquiescencia o tolerancia del Estado" (CEH, 1999: Tomo VI, Caso Ilustrativo No. 19).

financiado por la Agencia para el Desarrollo de Estados Unidos (USAID)³², la empresa logró ser clasificada como una industria de transformación. Esta categoría de empresas tenía 100% de exención de impuestos por lo que la EXMIBAL sólo pagaría las regalías e impuestos por la concesión (Solano, 2005:34-35).

Luego de otras negociaciones entre la empresa y el gobierno, se llegó al acuerdo que EXMIBAL pagaría los impuestos sólo si tuviera ganancias y con certificados de acciones. Como puede suponerse siempre reportó pérdidas y cuando el gobierno en 1980 quiso renegociar, la empresa anunció su retiro. En 1982 entró en vigencia una reforma legislativa que tuvo el propósito de aumentar los derechos del Estado sobre la explotación minera (Solano, 2005: 134). No fue casual que ese mismo año la EXMIBAL cerrara sus operaciones luego de diez años de explotación. Sin pagar un solo centavo de regalías, se retiró del país sin realizar un cierre técnico de la mina. A su salida, la empresa dejó tras de sí graves daños ambientales, principalmente contaminación por los desechos tóxicos que generó la extracción del níquel, deforestación y erosión en el área montañosa donde están asentadas varias aldeas de pueblos indígenas. En 1993 se emitió el Decreto 41-93, Ley de Minería; en esta nueva Ley se normaron los derechos de exploración y explotación, se exoneraron los impuestos de importación para las operaciones mineras, se estipuló regalías del 7% y, además, se reguló la propiedad sobre el inmueble y se limitó el área de explotación hasta 50 km² y de exploración hasta 200 km² (MEM, 2006:9). Luego de la emisión de esta otra Ley, el representante legal de la EXMIBAL anunció su retorno, lo que se efectuó en 1994 bajo la condición de reformar la Ley para obtener mejores beneficios.

Con relación a la legislación petrolera, en 1983, cuando se instaura un nuevo gobierno militar, éste emite la Ley de Hidrocarburos (Decreto 109-83), la que se consideró "abiertamente favorable a las petroleras al reducir significativamente el pago de las regalías a un mínimo del 5%..." (Inforpress, 22/9/83 citado en Solano 2005:66). El Estado empezaría a tener participación al momento en que la empresa recuperara sus costos; sin embargo, la Ley no satisfizo a las empresas y nuevamente exigieron cambios relacionadas con aspectos económicos e impositivos que quedaron plasmados en una modificación al Decreto 109-83.

32 El estudio fue realizado por el Instituto Centroamericano de Investigación y Tecnología Industrial (ICAITI), creado en julio de 1955, según Convenio Multilateral F-84 que también recibió financiamiento de la USAID.

A finales de la última década del s. XX, nuevamente y con gran fuerza, fue implementada una política para atraer a Guatemala grandes inversiones de empresas transnacionales, principalmente para la explotación minera y petrolera. En 1996, el ministro de Energía y Minas anunció que el gobierno estaba dispuesto a conceder todas las facilidades a la EXMIBAL, incluyendo la construcción de una hidroeléctrica para que obtuviera energía a bajo costo. En 1997 se emitió otra Ley de Minería (Decreto 48-97), en la que se redujo a 1% el pago de regalías (art. 63)³³. Además, para facilitar el acceso a las áreas de explotación, se establecieron disposiciones relativas a derechos de servidumbre, ya mencionados, que vulneran los derechos de los pueblos indígenas, relativos a su territorio.

La historia muestra cómo las transnacionales petroleras y mineras tradicionalmente exigieron reformas a la legislación a la medida de sus intereses, al extremo que varias leyes fueron redactadas primero en inglés por los interesados (Solano, 2005). Los gobiernos no solamente estuvieron anuentes a las reformas, sino recibieron con beneplácito la “asesoría” que los interesados brindaron para la elaboración de la legislación.

B. Extracción de petróleo: Daño a áreas protegidas

Por el retiro de otras compañías que iniciaron exploraciones, pero suspendieron sus operaciones a finales de la década de 1980, Basic Resources, en dicha década, continuaba siendo la única empresa de petróleo en Guatemala. Fue entonces que Basic obtuvo el pozo Xan, ubicado en el área que posteriormente, en 1990, se declaró protegida y que constituye el Parque Nacional Laguna del Tigre³⁴ (Solano, 2005: 67-68). Desde 1990, Guatemala es parte del Convenio de Ramsar³⁵ para la conservación y utilización sostenible de los humedales; no obstante, en 1993, se aprobó el estudio de Evaluación del Impacto Ambiental (EIA) para la explotación en el área del Parque Laguna del Tigre donde, a partir de esa fecha, se extrae petróleo que se exporta hacia los Estados Unidos y es utilizado esencialmente para asfalto, debido

33 La Ley de Minería (Decreto 48-97), además de la rebaja al porcentaje de las regalías, permite a las empresas extractivas extranjeras ser propietarias de la totalidad del derecho (art. 9), así como el uso y aprovechamiento del agua sin pago alguno (art. 71) y servidumbres (art. 72), “...que comprenden las de paso, que incluye la construcción de senderos, trochas, caminos, excavaciones y perforaciones; las de agua, acueductos y todas aquellas que señale la legislación ordinaria y que sean necesarias sobre la base de los estudios técnicos correspondientes, incluyendo el derecho de inspección y mantenimiento permanente”, las servidumbres serán, según art. 74, “por el mismo plazo para el cual se otorgue el derecho minero y sus prórrogas”.

34 Laguna del Tigre es el humedal más importante de Centroamérica y segundo en América Latina tras el Pantanal de Brasil (Collectif, 2011:11).

35 Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, conocida en forma abreviada como Convenio de Ramsar.

a sus características (Collectif (200:12). Debido al impacto ambiental en el área, en 2004 se emitió el Decreto 16-04 que declaró de urgencia nacional y de interés público la defensa y restauración del Parque Nacional Laguna del Tigre. Demás está mencionar que la explotación continúa a la fecha (2015), así como también el daño ambiental al Parque.

El informe de misión de Collectif (2011) indica que el gobierno otorgó una ampliación del contrato en el área del pozo Xan por 15 años más a la empresa PERENCO³⁶, basado en la Ley de FONPETROL³⁷ que estipula que la prórroga puede ser concedida si los términos económicos son favorables al Estado. PERENCO abrirá cuatro pozos y en ello basa su promesa de mayores beneficios para el Estado; sin embargo, el informe citado indica que “los beneficios económicos para el Estado son mínimos, mientras que el impacto de la explotación petrolera en el medio ambiente sería, por su lado, muy negativo.

Después de la firma de la renovación del contrato, distintas organizaciones ambientalistas, a las que se suma el Consejo Nacional de Áreas Protegidas (CONAP) que es la dependencia gubernamental a cargo del manejo de dichas áreas, presentaron varios recursos de inconstitucionalidad ante la Corte de Constitucionalidad, los que fueron rechazados a pesar de las diversas opiniones de expertos. Entre los argumentos de los recursos presentados destaca el del CONAP que señala la ausencia de un diagnóstico sobre los impactos sociales y ambientales, pues la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) no fue presentada según lo estipula la legislación relativa a estas evaluaciones. Así mismo, el Instituto de Agricultura, Recursos Naturales y Ambiente de la Universidad Rafael Landívar (IARNA, citado en Collectif 2011:30) estimó en 2010 que el valor de conservar el Parque Laguna del Tigre “sobrepasa las ganancias generadas por la extracción petrolera o, en el peor de los casos, genera valores monetarios equivalentes a las extracciones del crudo”, es decir, que la conservación genera igual cantidad de beneficios que la actividad petrolera por la importancia ambiental que tiene para el país, por lo que la prórroga del contrato no se justifica en el marco de mejorar los beneficios para el Estado.

36 La empresa Basic Resources fue adquirida en 1998 por Norcen Energy Resources; luego, esta última fue adquirida por Union Pacific Resources (UPR), por lo que Basic pasó a su propiedad. Posteriormente, UPR fue adquirida por Anakarko Petroleum y ésta en 2001 vendió la Basic Resources a PERENCO (Solano, 2005: 81-83), que opera en el país como PERENCO Guatemala Ltd.

37 El 18 de noviembre de 2008, el Congreso de la República aprobó la Ley del Fondo para el Desarrollo Económico de la Nación FONPETROL, Decreto No. 71-2008 del Congreso de la República.

Por otra parte, PERENCO se comprometió con las comunidades a apoyar el desarrollo social; sin embargo, de acuerdo a testimonios publicados en el informe del Collectif (2011) solamente contribuyó con escritorios para las escuelas, incluso el servicio médico que anteriormente proporcionaba una vez al mes fue disminuido y las instalaciones de salud no sólo siempre fueron precarias, sino se encuentran en mal estado. La promesa de construir carreteras se incumplió, excepto que sí se construyó la carretera que conduce a las instalaciones de la empresa (Collectif, 2011:32).

El informe de Misión del Collectif (2011) señala la violación a los derechos humanos de las comunidades cercanas a PERENCO, principalmente porque en 2010, tras una donación hecha por dicha empresa al gobierno, fue instalado un destacamento militar con 250 soldados denominado "Batallón Verde". Aunque el gobierno anunció (Prensa Libre, 21 de noviembre 2010) que este destacamento tiene la misión de proteger el Parque Laguna del Tigre y controlar el trasiego de armas, ganado, migrantes indocumentados y otros ilícitos, como el narcotráfico, coincidentemente este Batallón del Ejército fue ubicado cerca del pozo Xan donde se llevan a cabo las operaciones petroleras. El parque, como puede suponerse, sufrió la tala de árboles que se utilizan para la construcción de pozos y la apertura de caminos, además, la contaminación por las operaciones y la deforestación impactan en la fauna del parque.

Entre las violaciones a los derechos humanos, que el Collectif citado denunció, destacan la violación del derecho a la libre circulación de las personas ya que el ejército restringió, de ocho a 17 horas, el paso y la circulación de los pobladores; violación al derecho al trabajo, pues en los puestos de vigilancia los soldados confiscan herramientas de trabajo a los agricultores. La restricción a la libre circulación pone en riesgo la salud de las personas porque no es posible transportarse en horarios vedados, esto se interpreta como violación al derecho a la salud. También existe presunción de violación del derecho a la libertad de reunión pues, aunque no está prohibido expresamente, las personas de las comunidades indican que son intimidadas por los soldados cuando se hacen asambleas comunitarias o reuniones de vecinos y; presunción de violación del derecho a la seguridad personal, debido a que el Ejército realiza el control de manera violenta y acusa injustificadamente a los pobladores para que sean apresados por la Policía, lo que además constituye criminalización a los pobladores. La población sufrió desalojos de las tierras en favor de la explotación petrolera. Éstos fueron realizados en forma violenta y desproporcionada con respecto al

objetivo (Collectif, 2011:37-49). Demás está señalar que a las comunidades aledañas a la explotación petrolera, así como a las que viven dentro del Parque, también se les violó su derecho a ser consultadas.

C. Expansión de la minería en Guatemala: Posturas encontradas

No obstante, el Estado de Guatemala signó el Convenio No. 169 de la OIT en 1996 que garantiza a los pueblos indígenas el derecho a ser consultados respecto de toda medida legislativa o administrativa que los afecten. En 1997, se emitió la Ley de Minería antes mencionada y, como se esperaba, las condiciones favorables que esta legislación ofrece a las empresas extractivas propiciaron una notable expansión minera en el país.

La respuesta de las empresas, después de la emisión de la Ley de 1997, fue bastante rápida. Así, Montana Gold Corp., que había adquirido en 1996 el proyecto de la Mina Marlin, realizó negociaciones con otras empresas y finalmente Glamis Gold, por medio de su subsidiaria Montana Exploradora, obtuvo la licencia de explotación (Glamis y Montana, pertenecen a Goldcorp desde 2006). La explotación de la mina Marlin empezó en 2004, ubicada en los municipios de Ixtahuacán y Sipacapa del departamento de San Marcos y es el proyecto extractivo más grande que hay en Guatemala.

Así mismo, las nuevas condiciones legales atrajeron el interés de algunas empresas por reabrir la explotación del níquel, después de quedar en suspenso en la década de 1980. En 2003, INCO vendió la concesión que poseía en Izabal a Skye Resources y, en 2004, el gobierno otorgó una nueva licencia a EXMIBAL, la que inició una nueva fase de extracción de níquel en El Estor³⁸. Solano (2005:40), cita una nota de prensa en la que se indica que EXMIBAL se comprometió a “colaborar con el gobierno para un amplio proceso e información y consulta con las comunidades...”, cabe señalar que dicha consulta nunca se realizó.

Luego, en 2005, la Skye Resources vendió acciones a Geostar Metals, que tiene dentro de sus accionistas a la misma INCO, e inició nuevamente operaciones por medio de una subsidiaria, la Compañía Guatemalteca de Níquel.

38 Skye Resources pagó \$US 763.000 (636.000 al Ministerio de Finanzas y 127.000 a la municipalidad de El Estor) para saldar la deuda de diez años de regalías no pagadas por EXMIBAL (Solano, 2007:40).

Los proyectos antes mencionados, fueron los primeros en establecerse después de la promulgación de la Ley de 1997, pero no los únicos. Otros proyectos mineros relacionados con la extracción de níquel son el integrado por las minas de Sechol, Marichaj y Buena Vista en Cahabón y Panzós, en el departamento de Alta Verapaz. Actualmente, también hay otras minas que son explotadas; por ejemplo, El Escobal operada por Minera San Rafael (subsidiaria de Tahoe Resources Inc.), ubicada en los municipios de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa y en los municipios de Mataquescuintla y San Carlos Alzatate del departamento de Jalapa; El Tambor, en los municipios de San Pedro Ayampuc y San José del Golfo del departamento de Guatemala que es operada por Exploraciones Mineras de Guatemala EXMIGUA, subsidiaria de Kappes, Cassidy & Associates (ICEFI, 2013:45). Otros proyectos mineros para la extracción de oro se desarrollan en El Progreso (El Sastre, propiedad de la compañía canadiense Aurogin Resources) y Jutiapa (Cerro Blanco, explotada por Entre Mares, subsidiaria de Goldcorp) (Van der Sant, 2012).

Asimismo, de acuerdo a las Estadísticas Mineras que publica anualmente el Ministerio de Energía y Minas (MEM), para enero de 2015 las licencias vigentes de explotación de minerales metálicos son 35 y de exploración 44; de minerales no metálicos de explotación son 133 y de exploración siete. Además, reporta solicitudes en trámite de minerales metálicos de explotación 21 y de exploración 293; de minerales no metálicos de explotación 44 y de exploración 66 (Guatemala/MEM, 2015).

Durante un siglo, desde la emisión de la primera legislación sobre minería, esta actividad ha generado controversias y posturas encontradas. El desarrollo del país fue la justificación que los distintos gobiernos dieron para permitir la penetración de las empresas mineras en el país. El argumento ha sido que su aprovechamiento será una oportunidad para que las comunidades alcancen el bienestar. Por otra parte, desde las primeras experiencias con empresas transnacionales hubo opositores a éstas, originalmente se señalaron las desventajas económicas para el país y la legislación hecha *ad hoc* para favorecer a las empresas. En la actualidad, las organizaciones sociales señalaron el impacto ambiental irreversible, las consecuencias negativas para las comunidades, que lejos de dejarles el desarrollo ofrecido, llevó escasos beneficios para pocos y más pobreza para la mayoría. También se denuncia el despojo de tierras y la creciente conflictividad en las comunidades afectadas.

En Guatemala, la explotación minera en general y en particular los proyectos mencionados en este artículo, se caracterizan en por haber sido instalados sin que el Estado cumpliera con el compromiso de consultar a las comunidades de pueblos indígenas afectadas. Otra de sus características es la falta de aplicación de medidas de mitigación para minimizar o prevenir desastres ambientales. Estos proyectos tampoco implementan medidas de reparación a las comunidades por los daños a su tejido social, al grave impacto en su economía y, menos aún, por las afectaciones a su cultura.

D. Hidroeléctricas: Inundación en territorios indígenas

La hidroeléctrica más grande de Guatemala es la Chixoy, fue construida por el Instituto Nacional de Electrificación (INDE), empresa estatal de 1975 a 1983, como respuesta a la “demanda de los industriales, en una época de racionamientos y crisis energética mundial, con altos precios de la electricidad por la dependencia de fuentes de energía fósil. El abaratamiento de la factura petrolera, beneficiaba al Estado guatemalteco y a los industriales, y fortalecía el papel del INDE en la generación de electricidad” (Viaene, 2015:4).

La represa se construyó sobre el río Chixoy en el área de Pueblo Viejo³⁹, “implicó la inundación de 3.865 manzanas de terreno (alrededor de 2.000 hectáreas del espacio agrícola), provocando la desaparición de 23 aldeas o localidades, 471 viviendas, diez edificios públicos, 45 sitios arqueológicos y recursos naturales. Esta inundación abarcó una extensión de aproximadamente 50 km y alcanzó 50 m de profundidad. El área afectada se estima en un polígono de 1.500 km²” (Guatemala-Presidencia de la Rep. 2014:3). La inundación trajo consigo, además de la pérdida de su tierra, la pérdida de lugares sagrados así como la interrupción de rutas de acceso a tierras agrícolas, rompimiento de lazos socioeconómicos entre las comunidades y desarticulación de los mercados tradicionales; además, Johnston (2005-Tomo I:3-4), indica que se llevó a cabo “sin ningún plan para realizar la compensación, el reasentamiento y los modos de vida alternativos”. La mayoría de la población de las comunidades se negó

39 La hidroeléctrica en el río Chixoy, también llamado río Negro implicó la inundación de Pueblo Viejo Chixoy. En Guatemala algunos lugares se conocen con el nombre de “viejo”, éstas son áreas donde hubo asentamientos de origen maya, en los que además existen estructuras de construcciones prehispánicas o restos de éstas que, en su momento, fueron de mucha importancia. Por ello, estas áreas son consideradas sagradas en su conjunto o porque albergan sitios sagrados. La construcción de la Hidroeléctrica Chixoy implicó inundar Pueblo Viejo Chixoy, uno de los sitios sagrados del pueblo Q’eqchi’.

a abandonar sus aldeas, aún ante la inminente inundación que se daría al finalizar la construcción. La autora citada señala que “al momento de terminar la construcción y llenar el embalse grande, el Ejército guatemalteco había destruido y masacrado diez comunidades indígenas asentadas en las riveras” (Johnston, 2005-Tomo I:5). Estos hechos ocurrieron en la época del conflicto armado interno que duró 36 años en el país. Después de la firma de la paz en 1996, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH) produjo un informe que incluye la exhumación e investigación de la masacre de la Aldea Río Negro en el que señala que “muchas actitudes de resistencia a las decisiones administrativas, aunque fueran pacíficas, como ocurrió con relación a la construcción de la represa de la hidroeléctrica, fueron consideradas a priori como instigadas por la guerrilla y eran resueltas mediante la represión violenta” (CEH 1999:Tomo VI, Caso Ilustrativo No. 10).

En 1983 fueron inundadas las tierras, los sobrevivientes de la masacre de Río Negro, «aunque viviendo en la extrema pobreza, nunca renunciaron a la búsqueda de justicia. Después de muchos años de negociaciones, representantes de la Coordinadora de Comunidades Afectadas por la Construcción de la Hidroeléctrica Chixoy (COCAICH) firmaron un Acuerdo Político⁴⁰ entre el Gobierno de la República de Guatemala y los representantes de dichas comunidades afectadas (Viaene, 2015:4-5). Asimismo, en 2012, el Estado guatemalteco fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el caso Masacres Río Negro vs Guatemala, por la ejecución de cinco masacres, la desaparición de 17 comunidades, persecución y eliminación de sus miembros y las posteriores violaciones a los derechos humanos en contra de los sobrevivientes”. El Estado se negó a cumplir con el acuerdo de reparación hasta que prácticamente fue obligado por el Congreso de los Estados Unidos, al condicionar éste la ayuda militar y comercial a Guatemala hasta que el gobierno guatemalteco cumpliera con el Acuerdo Político. Entonces, se aprobó la Política Pública de Reparación a las Comunidades Afectadas por la Construcción de la Hidroeléctrica Chixoy (Acuerdo Gubernativo, 378-2014), que será implementada de 2015 a 2029 beneficiando a 33 comunidades indígenas.

40 Acuerdo Político entre el gobierno de la República de Guatemala y los representantes de las comunidades afectadas por la construcción del embalse de la hidroeléctrica Chixoy, firmado el 18 de septiembre 2006 entre Eduardo Stein, Vicepresidente de la República de entonces, y Juan de Dios García Xajil como representante de la Coordinadora de Comunidades. El Acuerdo contiene las bases para la identificación, verificación y reparación en su caso, de los daños y perjuicios ocasionados a dichas comunidades.

No obstante, el sufrimiento de las comunidades sobrevivientes y las sanciones recibidas por el Estado, el INDE y grupos interesados en la construcción de las hidroeléctricas persisten en llevar a cabo la construcción del proyecto hidroeléctrico Xalalá⁴¹. Éste se localiza sobre el río Chixoy, “algunos kilómetros aguas abajo de la hidroeléctrica Chixoy, a unos 50 kilómetros al noroeste de Cobán, la cabecera del departamento de Alta Verapaz, y aproximadamente 83 kilómetros al nororiente de la cabecera departamental de El Quiché. Es decir, que se sitúa específicamente entre los municipios de Ixcán y Uspantán del departamento El Quiché y el municipio de Cobán, pertenecientes al departamento Alta Verapaz” (Viaene, 2015:13), en el territorio del pueblo indígena Q’eqchi’. Aunque los estudios para la instalación de este proyecto fueron suspendidos en 1980, volvió a hablarse de su necesaria ejecución durante el gobierno que estuvo en el poder de 2004 a 2007. Desde entonces, las comunidades indígenas potencialmente afectadas, porque están asentadas a la orilla del río Chixoy, desplegaron una gran movilización en rechazo a este proyecto y a las graves violaciones sufridas por la construcción de la hidroeléctrica Chixoy, “están grabadas en la memoria histórica de las comunidades indígenas q’eqchi’ que se ven amenazadas por un proyecto de la misma magnitud”.

Las comunidades de Xalalá, Margaritas Copón, San Pedro Cotijá y Playitas Copón son las que serían inundadas. Su población cultiva, como la mayoría de las comunidades indígenas en Guatemala, maíz y frijoles para consumo familiar, café y cardamomo para comercializar. En esta región, los pueblos combinan la agricultura con la caza, la recolección de plantas silvestres y la pesca (Viaene: 2015:15).

El INDE expresó el año pasado, en su informe de la situación actual y beneficios para el país del proyecto hidroeléctrica Xalalá, 19 de junio 2014, que van “a desistir de los grandes embalses para dar paso a los embalses mínimos, que técnicamente funcionan con la misma eficiencia en el tema de generación” y porque existe una “...evidente resistencia de las comunidades a la construcción de megaproyectos, que necesariamente generan la ocupación y el despojo de sus tierras y territorios, así como el desplazamiento y reasentamiento en otros lugares, a lo que los pobladores se oponen terminantemente, por las experiencias vividas con Chixoy”.

41 El proyecto Xalalá está incluido en el Plan Maestro de Electrificación Nacional, publicado en 1974, en este se identifican los proyectos Chulac, Serchil, Xalalá y Chixoy como los cuatro más importantes del país (Viaene 2015: 13) .

Con relación a los daños que genera la instalación y funcionamiento de las hidroeléctricas, la Comisión Mundial de Represas (CMR)⁴², en su informe REPRESAS Y DESAROLLO (2000:315), señala que las represas contribuyeron al desarrollo humano, sin embargo, también concluye que “en demasiados casos las personas desplazadas, las comunidades río abajo, los contribuyentes medio ambiente natural han pagado un elevado precio, inaceptable y a menudo innecesario, para garantizar esos beneficios, en especial en términos sociales y ambientales”. También manifiesta que “La falta de equidad en la distribución de beneficios ha llevado a cuestionar el valor de muchas represas en cuanto a satisfacer necesidades de desarrollo de agua y de energía en comparación con las alternativas”.

La hidroeléctrica Chixoy, generó un impacto negativo muy alto, principalmente en los derechos humanos de las personas que habitaban el área antes del embalse. Este impacto fue de carácter permanente en la vida de las poblaciones afectadas; por lo tanto, el proyecto Xalalá, como propuesta de desarrollo, debe ser evaluado bajo los parámetros que establece la CMR en el informe citado, puesto que considera que se debe analizar las represas que se están planeando; en tal sentido, la Comisión “recomienda que los promotores públicos y privados, los financistas y consultores involucrados en proyectos de represas en todas las fases del proceso de planificación y desarrollo den máxima prioridad a revisar dichas propuestas en comparación con el marco descrito en el capítulo 9 [del informe], y a corregir procedimientos y adaptar proyectos si fuera necesario” (CMR, 2000:317).

La CMR define como “personas negativamente afectadas” a las poblaciones que sufren efectos negativos durante intervenciones en desarrollo de agua y energía. En el caso de proyectos de represas, incluye a personas cuyas vidas económicas, sociales y culturales se ven negativamente afectadas debido a obras de construcción, embalse, alteración de los caudales fluviales y otras consecuencias ecológicas. El término incluye a personas desplazadas, comunidades anfitrionas y poblaciones río abajo y río arriba (CMR, 2000:349).

E. La omisión de la consulta: Violencia en las comunidades indígenas

Ante la omisión de la Consulta Previa, Libre e Informada, la preocupación por el impacto ambiental y las afectaciones económicas, sociales y culturales que los proyectos extractivos generan en las comunidades perjudicadas, se suscitaron conflictos entre los pobladores de las comunidades y se

⁴² La Comisión Mundial de Represas es un organismo creado por el Banco Mundial, integrado por expertos y científicos.

organizaron protestas en contra de las empresas. Estos sucesos tuvieron graves consecuencias por la violencia que se suscitó entre la población que reclama sus derechos y las fuerzas de seguridad del Estado que las reprime, pues "...sucesivos gobiernos han utilizado diversos métodos de coerción para desarticular las acciones implementadas por los pueblos indígenas para demandar el cumplimiento del Estado" (Mayén, 2012:127).

Tales problemas, conflictos y protestas derivados de la instalación de megaproyectos mineros, petroleros e hidroeléctricos, se generalizaron en todo el país. Comunidades indígenas y no indígenas protestaron y llevaron a cabo diversas movilizaciones en defensa de los recursos naturales y de sus derechos; también, implementaron acciones de resistencia frente a proyectos extractivos. En todos los casos, la respuesta gubernamental ha sido represiva. En los últimos seis años, además de desalojos que realiza tanto la Policía Nacional Civil como las fuerzas de seguridad de las empresas durante las protestas mencionadas, el gobierno decretó por lo menos ocho estados de sitio o de prevención entre 2008 y 2014 (Vila, 2014:12 - Parte 1). Por ejemplo, en 2008, en el municipio de San Juan Sacatepéquez, cuando la comunidad indígena afectada ejercía su legítimo derecho a protestar ante lo que consideraba atropellos a su propiedad por parte de la empresa, que posteriormente instaló la planta cementera en dicho municipio, el gobierno decretó estado de prevención⁴³ (Decreto Gubernativo No. 3-2008) y ocupó el territorio de varias aldeas del municipio con 1.000 policías y 1.000 soldados del Ejército durante 15 días (Mayén, 2012:129). Durante el período que el Ejército permaneció en las aldeas, los pobladores denunciaron violaciones, intimidación, acoso y abusos por parte de los soldados.

Las Consultas Comunitarias⁴⁴, consideradas como una de las estrategias de oposición más emblemáticas adoptadas por los pueblos indígenas, empezaron a registrarse en abril de 2004 (en rechazo a la explotación de la Mina Marlin y debido a la omisión de consulta previo a la instalación de dicho proyecto) y se mantienen hasta 2015. Durante estos diez años,

43 Los estados de excepción son mecanismos que utiliza el Estado ante una catástrofe natural y para restablecer el orden público. Estos estados de excepción suspenden garantías constitucionales a la ciudadanía. De acuerdo a la severidad de la limitación de los derechos ciudadanos, éstos pueden ser estado de prevención, de alarma y de sitio (Vila, 2015). Estas medidas generalmente eran decretadas para atender a la población ante la ocurrencia de desastres naturales, pero no para reprimir protestas comunitarias.

44 Consultas Comunitarias (Mayén, 2012:119) son las que promovieron y realizaron los propios pobladores, los alcaldes municipales en territorios indígenas donde se instalaron o se planifica la instalación de megaproyectos (explotación minera, petrolera e hidroeléctricas).

tales consultas se llevaron a cabo principalmente en contra de la minería⁴⁵, mientras que contra hidroeléctricas hubieron menos de 10, (Mayén, 2014). Esta estrategia se inició en los departamentos de Totonicapán [2004], San Marcos [2005] y Huehuetenango [2006] (Mayén, 2014); departamentos habitados principalmente por población indígena, mientras que se registró únicamente una de estas consultas, el año 2005, en Zacapa, departamento ubicado en el oriente del país, área que se caracteriza por su población predominantemente no indígena. En dicha área, no se volvieron a dar consultas desde esa fecha sino hasta 2011 y 2013, en los departamentos de Jalapa y Santa Rosa, donde se ubica la Minera San Rafael. En territorios indígenas las Consultas Comunitarias fueron constantes, los años en que se registraron más de éstas fueron 2008 (16), 2009 (10), 2010 (6) y 2011 (9). Su frecuencia bajó en los años 2012 a 2015; sin embargo, la intensidad de la respuesta gubernamental para reprimir a la población indígena se incrementó, por ejemplo, en 2012 y 2013 mediante estados de sitio⁴⁶ fueron suspendidas totalmente las garantías de la población de Santa Cruz Barillas, Huehuetenango (Decreto Gubernativo 1-2012) por su oposición a un proyecto de hidroeléctrica y posteriormente estado de prevención en los municipios de Mataquescuintla, Casillas y San Rafael las Flores (Decreto Gubernativo 6-2013) por protestas contra la Mina El Escobal, que opera la empresa Minera San Rafael mencionada, y en San Juan Sacatepéquez por la oposición a la construcción de una carretera que conduce a la cementera (Decreto Gubernativo 6-2014). La participación de la población en las Consultas Comunitarias generalmente fue masiva. Bastos y De León (2014:58) estiman que para finales de 2014 se había alcanzado una "cifra de casi un millón de personas movilizadas... en consultas comunitarias realizadas en más de 60 municipios", número que representa, según cálculo de los autores, casi 20% del total de los municipios del país. En algunas de estas consultas participaron miles de personas; por ejemplo, en la consulta comunitaria de Uspantán realizada en octubre de 2010 "...participaron 25.260 personas de por lo menos 107 comunidades. Alrededor del 90%

45 Entre 2004 a 2013 se realizaron 58 consultas comunitarias en contra de empresas mineras. Éstas estuvieron localizadas principalmente en los departamentos de Huehuetenango (29), San Marcos (15), Quetzaltenango (7) y Santa Rosa (4), en otros tres departamentos se registró una consulta en cada uno. Una de las últimas Consultas Comunitarias se realizó en Totonicapán el 3 de mayo de 2015, con el propósito de preguntar a la población si está de acuerdo o no con la instalación de proyectos geotérmicos.

46 En estas comunidades, las Consultas Comunitarias fueron realizadas en fechas anteriores a los estados de excepción, pero las protestas de la población están relacionadas con la falta de atención por parte del Estado a los resultados de las Consultas Comunitarias que siempre revelaron el rechazo a los proyectos. La consulta en San Rafael Las Flores se realizó el 26 de febrero de 2013 y en Mataquescuintla el 4 de diciembre de 2013.

votó en contra de los proyectos de minería, petróleo e hidroeléctricos en su territorio” (Viaene, 2015:16).

Como se mencionó, la conflictividad es generalizada en todos los lugares donde se explotan o existen planes para explotar los recursos naturales; aunque la mayoría de los conflictos se registraron en torno a la minería, las hidroeléctricas también generaron conflictos sociales. El sólo hecho de otorgar una licencia desencadena las protestas y movilizaciones así como acciones de resistencia. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala (OACNUDH), señaló en su informe anual que los proyectos extractivos en territorios indígenas son el foco principal de la tensión en el país.

Los conflictos de mayor magnitud, relacionados con hidroeléctricas, son tres: el problema de 2012, ya mencionado, en Santa Cruz Barillas, donde la empresa Hidro Santa Cruz tiene planificada la construcción de una hidroeléctrica en cataratas, dejó varios líderes detenidos, otros asesinados y un militar también asesinado. Otro conflicto que generó una respuesta violenta y desproporcionada por parte del gobierno fue el conflicto por la construcción de la represa para la hidroeléctrica Santa Rita, proyecto Monte Olivo, sobre un afluente del río Chixoy. En este lugar se reportaron amenazas en las comunidades Monte Olivo, Semococh y Raxruhá que pertenecen a la municipalidad de Cobán, departamento Alta Verapaz. En 2013, un empleado de la empresa asesinó a dos niños; luego, en 2014, la ocupación de una carretera provocó un desalojo violento, se enfrentaron policías y pobladores indígenas dejando un saldo de tres personas asesinadas, varios heridos y 50 apresados. Hubo denuncias de detenciones ilegales, agresión a la población, lanzamiento de bombas lacrimógenas y quema de viviendas; en general, se estima que la Policía hizo uso de violencia de manera desproporcionada y, además, acusó a los detenidos de atentados, terrorismo y asociación ilícita. La causa principal es la falta de información y la omisión de la consulta por parte del Estado. El tercer conflicto de grandes proporciones es el relacionado con la posible construcción de la hidroeléctrica Xalalá en el río Chixoy. Este proyecto generó movimientos sociales desde el año 2000.

En general, los conflictos sociales dejan graves secuelas en las comunidades porque se rompe la armonía y se crean rivalidades profundas entre los vecinos. Los pocos que defienden los proyectos es porque obtienen algún beneficio por ser sus empleados, mientras que la gran mayoría que se opone

provoca choques sociales, desacuerdos y tensión permanentes dando como resultado el rompimiento del tejido social comunitario.

Si bien es cierto que el Estado es el responsable de llevar a cabo los procesos de consulta, como lo estipula el Convenio 169 de OIT y la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, las empresas también tienen obligaciones de respetar los derechos como lo establece el Marco Ruggie (Distr. General A/HRC/8/ 5 de abril de 2008), cuyos Principios Rectores quedaron consagrados como la norma de conducta a nivel mundial que se espera de todas las empresas con relación a los derechos humanos. El Marco está cimentado en tres pilares: 1) El deber del Estado de proteger los derechos humanos; 2) La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y; 3) La necesidad de mejorar el acceso a las vías de reparación de las víctimas de abusos relacionados con las empresas. Los tres pilares del Marco: Proteger, Respetar y Reparar se desarrollan en 31 principios rectores que las empresas tienen el deber seguir para respetar los derechos humanos (Naciones Unidas - Guía para la interpretación del Marco Ruggie, 2012).

El respeto de las empresas a los derechos humanos, significa que deben “abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación” (Guía para la interpretación del Marco Ruggie, principio 11). La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos (Principio 13). El principio 18 indica que “A fin de calibrar los riesgos en materia de derechos humanos, las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales. Este proceso debe: a) Recurrir a expertos en derechos humanos internos y/o independientes; b) Incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de la operación.

Las empresas que operan megaproyectos en Guatemala, actúan sin transparencia al no proporcionar información clara a las comunidades sobre los potenciales daños a las personas y a su medio ambiente. Es decir, actúan al margen de la buena fe. Por otra parte, diversos estudios en varios países donde operan empresas extractivas dieron cuenta ampliamente de las graves consecuencias que la explotación de los recursos trae a las poblaciones que se ven afectadas. Entre otras consecuencias negativas de las operaciones de las empresas extractivas, se menciona a manera de ejemplo, el despojo de sus tierras a las comunidades y la contaminación del agua debido a los efluentes químicos procedentes de los procesos de operación y porque, en general, las empresas no cumplen con los principios rectores del Marco Ruggie.

Dentro del contexto que se ha descrito hasta acá, es importante señalar que en Guatemala aún no se habla de la afectación a la cultura, no existen regulaciones para la elaboración de evaluaciones de los daños a la cultura, ni se propician peritajes culturales que permitan identificar estos daños y determinar la reparación a la que tienen derecho las comunidades que han sufrido el daño. Tampoco existen investigaciones o estudios específicos en este tema, por lo que el planteamiento que se presenta a continuación tiene el propósito de promover estudios que en un futuro próximo sirvan de base para la elaboración de Evaluaciones de Impacto Cultural, previo a la instalación de proyectos en comunidades indígenas. Éstos, desde luego, deberán llevarse a cabo en consulta con las poblaciones potencialmente afectadas.

III. La afectación a la cultura indígena: Un impacto más de los megaproyectos

La afectación a la cultura⁴⁷ se refiere a un efecto o potencial efecto negativo ya sea sobre la cultura en su conjunto o sobre uno o varios de sus rasgos. Una afectación o impacto a la cultura se produce cuando concurren factores externos que inducen a que se pierda total o parcialmente un rasgo debido

47 La definición que se presenta es una propuesta de la autora del presente artículo, debido a que la bibliografía consultada, relativa al impacto de los megaproyectos, generalmente se refiere a impacto ambiental y social. En algunos estudios se menciona el impacto a la cultura; sin embargo, no se define ni se concreta en qué consiste, excepto en el Cap. III del estudio de Viaene (2005), que provocó en la autora del presente artículo el interés de abordar este tema. Por otra parte, siendo ésta una propuesta, podría ser modificada o enriquecida con aportes de otros autores o con base en investigaciones de campo, lo que no fue posible realizar por limitaciones de tiempo y de recursos financieros para su ejecución.

a que el grupo portador [de la cultura] se ve en la imposibilidad, o tiene una posibilidad muy limitada, de reproducir su cultura. Una afectación a la cultura puede tener efectos en cadena, por ejemplo, a raíz de la pérdida de un rasgo podría verse afectado otro rasgo que está asociado y sucesivamente otros hasta abarcar el conjunto de rasgos que forman un complejo cultural. Asimismo, la pérdida de un rasgo o un conjunto de éstos podría producir un efecto negativo en la identidad colectiva de un grupo. La pérdida de bienes de la cultura material de una comunidad, por ejemplo un sitio sagrado, produciría efectos negativos en sus prácticas espirituales, creencias, rituales y otras manifestaciones de la espiritualidad.

La afectación se evidencia en cambios que ya se produjeron o se están produciendo y es potencial cuando existe el riesgo o amenaza de que se produzca.

La afectación a la cultura de las comunidades indígenas debido a proyectos mineros, petroleros, hidroeléctricas y otro tipo de megaproyectos se evidencia en cambios en las costumbres, creencias, forma de vidas, organización social, así como pérdida de conocimientos tradicionales por la ausencia de sus elementos constitutivos; por ejemplo, la pérdida de conocimientos sobre medicina natural tradicional por la falta de las plantas medicinales que se producen de manera silvestre y que dejaron de recolectarse por la inundación de una represa. Situación similar puede darse, por ejemplo, con las artesanías que se elaboran con materiales que las poblaciones indígenas recolectan en la naturaleza como el mimbre, el junco, la caña y otros. En general, los cambios, como consecuencia de afectaciones, se dan tanto en el ámbito de la cultura material como en la cultura espiritual.

Estos cambios que ocurren en la cultura de comunidades indígenas que se ven afectadas por megaproyectos, generalmente son drásticos y ocurren aceleradamente a diferencia de aquellos cambios que se registran debido a la dinámica propia de una cultura.

AFECTACIONES A LA CULTURA GENERADAS POR MEGAPROYECTOS

| RASGO CULTURAL AFECTADO | CAUSA DE LA AFECTACIÓN Y SU DESCRIPCIÓN |
|--|---|
| 1. Organización social tradicional a. Organización política y estructura social b. Sistema jurídico c. Normas sociales | Como consecuencia de los conflictos ocurre: <ul style="list-style-type: none"> • Rompimiento del tejido social comunitario • Desarticulación de la sociedad • Pérdida de la armonía comunitaria, de la confianza, el respeto mutuo y la solidaridad • Pérdida de la seguridad • Desestructuración del sistema jurídico y la autoridad comunitaria |
| 2 Formas de comercio tradicional y sistema de mercados semanales | El reasentamiento de las comunidades produce: <ul style="list-style-type: none"> • La desestructuración de los mercados tradicionales • La suspensión del comercio de productos recolectados |
| 3 Forma de vida tradicional | El traslado forzoso provoca la pérdida o debilitamiento de: <ul style="list-style-type: none"> • Valores tradicionales • Relaciones sociales incluidas las relaciones de parentesco • Formas de interacción • Solidaridad asociada a la familia extensa y a situaciones de crisis en la familia o vecinos (enfermedad, fallecimiento, pérdida de cosecha o cualquier evento que afecte la seguridad alimentaria o estabilidad de una familia) |
| 4 Prácticas ancestrales asociadas a: a La salud mental, por ejemplo rituales para recuperar el espíritu/curar el estado de susto (estrés postraumático). b al ciclo del cultivo del maíz | El traslado forzoso también afecta la utilización de lugares tradicionales para: <ul style="list-style-type: none"> • Superar traumas emocionales • Realizar rituales asociados a la siembra y la cosecha |

| RASGO CULTURAL AFECTADO | CAUSA DE LA AFECTACIÓN Y SU DESCRIPCIÓN |
|---|--|
| <p>5 Conocimientos ancestrales sobre:</p> <p>a Medicina natural</p> <p>b Utilización tradicional de la vida silvestre</p> | <p>La pérdida de territorios debido a una excavación o inundación de los mismos, provoca:</p> <ul style="list-style-type: none"> • -La extinción de flora y fauna silvestre asociada a prácticas medicinales, alimentación o producción artesanal |
| <p>6 Relación con la madre tierra Esta relación es de carácter material, cultural y espiritual</p> | <p>La pérdida del territorio y de la posesión de la tierra afecta:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La base material de la vida indígena porque pone en riesgo su supervivencia económica, social y cultural |
| <p>7 El uso y la forma de ocupación histórica</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Los cultivos tradicionales desarrollados por el grupo cultural, asociados a las características del terreno y el ambiente |
| <p>8 El concepto tradicional de la propiedad de la tierra incluyendo su dimensión colectiva Así como la concepción de derechos territoriales que se extienden al uso de los recursos (agua, vida silvestre -fauna y flora-)</p> | <ul style="list-style-type: none"> • La relación espiritual de los individuos con la naturaleza; por ejemplo, con el agua por su importancia para la vida • De acuerdo a la cosmovisión maya, afectaría la armonía entre la naturaleza, los seres humanos y el cosmos el desequilibrio • El arraigo a un lugar (pueblo, aldea) de origen, es decir, se da una ruptura del vínculo identitario con el lugar <p>Podría modificar:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La forma tradicional del uso de la propiedad comunal • La distribución tradicional de los asentamientos indígenas • La forma tradicional de la vivienda |

| RASGO CULTURAL AFECTADO | CAUSA DE LA AFECTACIÓN Y SU DESCRIPCIÓN |
|---|---|
| 9 Expresiones de cultura material <ul style="list-style-type: none"> a Arte b Artesanía c Artefactos d Formas alimenticias tradicionales | La pérdida del uso y disfrute de recursos naturales propios de una región que culturalmente están asociados a: <ul style="list-style-type: none"> • Producción artesanal • Elaboración de artefactos de uso cotidiano • Edificación de la vivienda La deforestación y la imposibilidad de regeneración del bosque modifica los ecosistemas, cambia la biodiversidad poniendo en peligro la recolección y caza de especies utilizadas para alimentación |
| 10 Bienes de cultura material y de cultura espiritual - lugares sagrados 11 Sitios arqueológicos 12 Prácticas espirituales (como consecuencia de la afectación a lugares sagrados) 13 Paisajes que provienen de prácticas culturales | Por inundación o excavación de un territorio ocurre la pérdida de lugares sagrados o áreas de importancia cultural (bienes de patrimonio cultural), tiene un efecto negativo en la reproducción de la espiritualidad (rituales y otras prácticas ancestrales) Los lugares sagrados o sitios sagrados pueden ser: <ul style="list-style-type: none"> • Espacios que forman parte de la naturaleza como cerros, montañas, rocas, cuevas, manantiales (nacimientos de agua), cataratas y lagunas reflectantes y de agua caliente • Sitios históricos o asentamientos prehispánicos y estructuras arquitectónicas prehispánicas • Cementerios |
| 14 La cultura en su conjunto y a la identidad individual y colectiva | Todas las causas de afectación mencionadas anteriormente impactan directamente en cambios en la cultura que, a la larga, constituye una aculturación forzada. |

Estudios de evaluación y peritajes culturales para contribuir a la identificación de las afectaciones en esta materia y para determinar la reparación correspondiente podrán iniciarse en Guatemala, tomando la propuesta aquí presentada como punto de partida, pero es indispensable que con la participación de representantes de los pueblos indígenas se revisen, se amplíen o se adapten a cada situación particular. Otros países de la región

con poblaciones indígenas que implementen este tipo de estudios, deberán identificar con la participación de los pueblos afectados los rasgos propios de la o las culturas.

Aunque es obvia la necesidad y utilidad que tienen estudios y peritajes como los que se proponen, cabe enfatizar que debe tomarse en cuenta como antecedente las lecciones que generaron los estudios sobre otro tipo de impactos como por ejemplo ambientales, sociales o en la salud realizados en Guatemala por organizaciones de derechos humanos.

La elaboración de estudios de impacto fue clave para hacer visibles los daños y mostrar la magnitud de los mismos. También fueron útiles como parte de los movimientos de resistencia y tuvieron un papel importante en la toma de conciencia sobre tales daños y el sufrimiento de las personas que son víctimas. No sólo fundamentaron las denuncias por diversos medios sino también sirvieron de base para plantear demandas legales, porque aportaron pruebas de las afectaciones sufridas. También ofrecieron información que permite determinar la cuantía y tipo de reparaciones correspondientes.

En general, los estudios de impacto y, en particular, los peritajes que determinen las afectaciones a la cultura podrían constituirse en un elemento clave para la búsqueda de soluciones en el marco de un proceso judicial, como parte de una negociación entre los involucrados y, también, probablemente lo más importante, en la prevención y mitigación de potenciales afectaciones si son realizados con anterioridad.

En su conjunto, los estudios de impacto de distinto tipos permitirían tener una visión global de las diferentes afectaciones en la vida de las comunidades que se ven abatidas como consecuencia de la instalación de megaproyectos en sus territorios. Este enfoque holístico evitaría tener visiones limitadas o fragmentadas como las que hasta ahora se logran por medio de estudios de impacto que no abarcan todas las facetas del problema. Lo que se quiere decir es que un peritaje cultural aislado, aunque provee información importante, para que logre el cien por ciento de su cometido debe acompañar o ser acompañado por evaluaciones y peritajes de otro tipo, por ejemplo, los ambientales, los de salud, los psicológicos y otros que se consideraran necesarios ya que todos los estudios desde su perspectiva contribuirán a obtener la visión completa del problema. Por lo tanto, para obtener una visión global es indispensable integrar equipos multidisciplinarios que identifiquen la valoración integral de la afectación y de la reparación.

Los peritajes culturales tendrán que ser realizados con la participación directa de los pueblos indígenas para conocer tanto la magnitud como la amplitud de la afectación. Esto quiere decir cuánto o en qué medida ha sido afectada la cultura; es decir, verificar qué cambios se registran y si en uno o en varios rasgos y si son severos o leves. También deberá tomarse en cuenta cuántas y cuáles otras comunidades tuvieron afectaciones en su cultura desde las más próximas hasta las más alejadas.

En Guatemala, el caso de la hidroeléctrica Chixoy es el único en el que se establecieron los daños ambientales y su impacto en la vida de las comunidades afectadas por medio de un estudio que sirvió como base para determinar también las reparaciones a las que el Estado está obligado. Como se mencionó (supra), el gobierno emitió en 2014 la Política Pública de Reparación a las Comunidades Afectadas por la Construcción de la Hidroeléctrica Chixoy para, después de varios años de haber firmado con las comunidades afectadas por la construcción del embalse, elaborar un Acuerdo Político que establece las bases para la identificación, verificación y reparación de los daños ocasionados a las comunidades. El estudio establece impacto ambiental, identifica derechos humanos violados, daños ocasionados y los cambios en la forma de vida de las comunidades; sin embargo, no incluye la identificación de afectaciones a la cultura.

Aunque existe muy poca voluntad política en el país por atender las protestas y reivindicaciones que plantean los pueblos indígenas en torno a las empresas extractivas, lo cual probablemente es aún relativo, se espera que la propuesta que se presenta en este capítulo sirva, como ya se indicó, de punto de partida para fundamentar regulaciones para la elaboración de peritajes y evaluaciones de potenciales daños a la cultura, y sean incorporadas en la legislación nacional existente en materia de exploración y explotación de los recursos del país. También se espera que, tanto comunidades como organizaciones de la sociedad civil que denuncian las violaciones que se suscitan debido a los megaproyectos, promuevan la ampliación y profundización de estudios sobre el tema de la afectación a la cultura.

IV. Conclusiones

En materia de minería y de hidrocarburos, en el caso de Guatemala, históricamente se ha legislado para atraer la inversión extranjera y para proteger los intereses de las empresas que se instalaron en el país. La Ley vigente contiene un capítulo de servidumbre que afecta severamente los territorios indígenas.

Las empresas que operaron en el país, generalmente lo han hecho después de procesos de negociación que culminaron en acuerdos económicamente desfavorables para el Estado en materia de impuestos y regalías.

Las áreas donde se encuentran los recursos naturales que son explotados se encuentran habitados por pueblos indígenas principalmente, la propia legislación desprotegió a las comunidades las que sufrieron graves afectaciones de carácter social, económico y cultural, así como vulneración de sus derechos humanos colectivos e individuales.

El rechazo a la instalación y operación de empresas extractivas generó conflictividad y protestas. Los pueblos indígenas también reclamaron al Estado la falta de cumplimiento de su obligación de consultar, como lo establece el Convenio No. 169 de OIT. Como parte de la estrategia de rechazo y ante la omisión de la consulta, las propias comunidades hicieron Consultas Comunitarias que muchas veces también culminaron en conflictos. La respuesta del gobierno fue cada vez más violenta, las fuerzas de seguridad realizaron desalojos forzados, capturas y en las comunidades se decretaron estados de sitio y de prevención que suspenden las garantías constitucionales de la ciudadanía.

Las operaciones de explotación de los recursos mineros y petroleros, así como la construcción de represas hidroeléctricas provocaron afectaciones a la cultura de las comunidades; sin embargo, en Guatemala aún no existe ninguna normativa que establezca la realización de estudios de evaluación de tales afectaciones.

V. Recomendaciones

Se recomienda una revisión y reforma a la normativa vigente, con el propósito de evitar que las operaciones de explotación despojen de su territorio a los pueblos indígenas sin pagar una indemnización justa por el derecho de servidumbre de las tierras cedidas.

Se insta al gobierno a que elimine las prácticas violentas como los desalojos, implantación de estados de excepción ante las acciones de rechazo y legítimo derecho de protesta de las comunidades. Asimismo, que con transparencia realice los procesos de consulta que se requieren previa a la instalación de las empresas de explotación de los recursos de la nación.

Se exhorta a las empresas que operan megaproyectos en el país que

adopten los principios del Marco Ruggie, así como las recomendaciones de la Comisión Mundial de Represas que persiguen que las empresas reparen los daños causados a las comunidades e implemente medidas de prevención para, en el futuro, evitar afectaciones a las comunidades.

Es necesario ejecutar distintos tipos de estudios de evaluación o peritajes, incluyendo los de naturaleza cultural, con equipos multidisciplinarios que reflejen de forma holística el problema con miras a identificar las afectaciones y determinar la reparación que deben recibir las comunidades impactadas.



BIBLIOGRAFÍA

Amnistía Internacional (2014). Guatemala: La Minería en Guatemala. Derechos en Peligro. Londres: Autor. Recuperado de [file:///C:/Users/ely/Desktop/Downloads/amr340022014es%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/ely/Desktop/Downloads/amr340022014es%20(1).pdf)

Bastos, Santiago y de León, Quimy (2015). Guatemala: construyendo el desarrollo propio en un neoliberalismo de posguerra. Revista Digital Pueblos y Fronteras Digital, Vol. 10, Número 19. <http://www.pueblosyfronteras.unam.mx/v10n19/pdf/articulo03.pdf>

Beristain, C. (2007). El derecho a la reparación en los conflictos socio ambientales. Experiencias, aprendizajes y desafíos prácticos. España: FOCAD. Recuperado de http://publ.hegoa.efaber.net/assets/pdfs/234/Derecho_a_la_reparacion_en_conflictos_socioambientales.pdf?1309420890

Collectif Guatemala (2011). PERENCO Explotar Petróleo Cueste lo que Cueste. Informe sobre las consecuencias sociales y ambientales de las actividades de la empresa petrolera Perenco Guatemala Limited en el Parque Nacional Laguna del Tigre. Francia: red "Un Solo Planeta", Terre des Hommes France, France Amérique Latine y Sherpa <http://revoluciontrespuntocero.com/wp-content/uploads/2013/03/INFORME-PERENCO-ESP-.pdf>

Comisión Mundial de Represas -CMR- (2000). Represas y desarrollo. Un nuevo marco para la toma de decisión. London: Earthscan Publications Ltd.

Comisión para el Esclarecimiento Histórico CEH (1999). Guatemala Memoria del Silencio, Tomo VI. Casos Ilustrativos, Anexo 1, Caso Ilustrativo No. 10. Guatemala: Unops.

Congreso de la República de Guatemala (2012). Iniciativas de Ley, Iniciativa 4590, presentada 2 de octubre de 2012. <http://old.congreso.gob.gt/archivos/iniciativas/registro4590.pdf>

Instituto Nacional de Electrificación -INDE- (2014). Informe de la situación actual y beneficios para el país del proyecto hidroeléctrica Xalalá, (junio 2014). Guatemala.

Mayén, Guisela (2012). Guatemala: El Derecho a la Consulta Previa. En El

Derecho a la Consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina. Bolivia: Konrad Adenauer Stiftung - Programa Regional de "Participación Política Indígena" en América Latina, pp. 115-148.

_____ (2014). Consulta previa, libre e informada: "El caso de Guatemala" en El Derecho a la Consulta previa, libre e informada: hallazgos de un proceso de aprendizaje entre pares para la investigación y la acción en Ecuador, Guatemala y Perú. Lima: SPDA, CEDA y ASIES, pp. 63-91.

Guatemala (2014). Decreto Gubernativo No. 6-2014 del Congreso de la República. Diario Oficial No. 46 (23 de septiembre de 2014), pp. 2-3.

_____ (2013). Decreto Gubernativo No. 8-2013 del Congreso de la República. Diario Oficial No. 99 (10 de mayo de 2013), p. 2.

_____ (2013). Decreto Gubernativo No. 6-2013 del Congreso de la República. Diario Oficial No. 93 (2 de mayo de 2013), pp. 1-2.

_____ (2012). Decreto Gubernativo No. 1-2012 del Congreso de la República. Diario Oficial No. 43 (4 de mayo de 2012), p. 1-2.

_____ (2008). Decreto Gubernativo No. 3-2008 del Congreso de la República. Diario Oficial No. 61 (24 de junio de 2008), pp. 1-2.

_____ (2008)- Ley de Fonpetrol, Decreto No. 71-2008, del Congreso de la República de Guatemala (18 de noviembre de 2008).

Guatemala, Ministerio de Energía y Minas (2015). Licencias vigentes y solicitudes en trámite por tipo según categoría de mineral. Estadísticas mineras. <http://www.mem.gob.gt/viceministerio-de-mineria-e-hidrocarburos-2/estadisticas-mineras/>

Guatemala, Ministerio de Energía y Minas (2013). Política energética 2013-2017. Energía para el desarrollo. Calidad, Cantidad, Competitividad.

_____ (2007): Exploración y Explotación petrolera en Guatemala. Guatemala: Dirección General de Hidrocarburos.

<http://www.mem.gob.gt/wp-content/uploads/2012/05/1.-A%C3%B1o-2007-Numero-1-Historia.pdf>

_____ (2006). Historia de la Minería. Guatemala: Dirección General de Minería.

http://www.mem.gob.gt/wp-content/uploads/2012/05/3._Historia_de_la_Mineria_en_Guatemala_2006.pdf

Naciones Unidas (2008).

Johnston, Barbara Rose (2005). Estudio de los Elementos del Legado de la Represa Chixoy. Tomos I-V. Santa Cruz, Cal. EUA: Centro para la Ecología Política.

Naciones Unidas (2008). Marco Ruggie. Distr. General A/HRC/8/ 5 de abril de 2008. www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.14.27_sp.pdf

Naciones Unidas (2012). La Responsabilidad de las Empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación del Marco Ruggie. Ginebra: Oficina del Alto Comisionado.

Presidencia de la República de Guatemala (2014). Política Pública de reparación a las comunidades afectadas por la construcción de la hidroeléctrica Chixoy, cuyos derechos humanos fueron vulnerados. Acuerdo Gubernativo 378-2014, del 3 de noviembre de 2014. http://www.segeplan.gob.gt/downloads/clearinghouse/politicas_publicas/Derechos%20Humanos/Politica_Chixoy.pdf

Reemtsma, Kerstin, Briones, Soledad e Ibero, Marta (2008). Informe de Investigación sobre Guatemala. Proyecto Xalalá ¿Desarrollo para todos? Impactos y obligaciones en derechos humanos del Estado de Guatemala en la planificación y construcción de la hidroeléctrica y represa de Xalalá. () Bélgica: Iniciativa de Copenhague para Centro América y México. CIFCA.

Viaene, Liselotte (2015). La hidroeléctrica Xalalá en territorio maya q'eqchi' de Guatemala. ¿Qué pasará con nuestra tierra y agua sagradas? Un análisis antropológico-jurídico de los derechos humanos amenazados. Bélgica: Municipalidad de Herent / Centro de Derechos Humanos, Universidad de Gante.

Vila, Marijose (2015). Los estados de excepción y la gobernabilidad. Boletín MOMENTO, ASIES, Año 30, No. 1. Parte I.

LISTA DE SIGLAS

| | |
|----------------|---|
| SIGLA | Nombre |
| CEH | Comisión para el Esclarecimiento Histórico |
| CMR | Comisión Mundial de Represas |
| COCAICH | Comunidades Afectadas por la Construcción de la Hidroeléctrica Chixoy |
| CONAP | Consejo Nacional de Áreas Protegidas |
| EIA | Evaluación de Impacto Ambiental |
| EXMIBAL | Explotaciones y Exploraciones Mineras de Izabal, S.A. |
| IARNA | Instituto de Agricultura, Recursos Naturales y Ambiente de la Universidad Rafael Landívar |
| ICAITI | Instituto Centroamericano de Investigación y Tecnología Industrial |
| INCO | Instituto Nacional de Electrificación |
| INDE | International Nickel Company |
| MEM | Ministerio de Energía y Minas |
| OIT | Organización Internacional del Trabajo |
| UPR | Union Pacific Resources |
| USAID | Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional |



4

LA VALORACIÓN SOCIAL DEL DIÁLOGO Y LA BUENA FE

Carlos Fredy Ochoa García, Ph.D. Cand.⁴⁸

Resumen / Abstract

El artículo presenta la valoración social del diálogo y su relación con la buena fe por parte de autoridades propias de comunidades indígenas. Con base en un estudio realizado con autoridades indígenas kaqkchikeles y k'iche's de las ciudades de Totonicapán y Sololá de Guatemala, se expone la concepción cultural del diálogo, las prácticas en su uso y las instituciones locales por las que se maneja. El artículo discute el papel central que juega la buena fe en los distintos desafíos que conlleva informar, consultar, deliberar, la formación de acuerdos y su cumplimiento para ahondar en buenas prácticas en el proceso de información con comunidades indígenas.

⁴⁸ Antropólogo, candidato a doctor por la Universidad de Connecticut (Storrs). Profesor de paz y seguridad en la Escuela de Ciencia Política de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Coordinador de la Unidad Relaciones Internacionales e Institucionales del Organismo Judicial de Guatemala.

I. LA VALORACIÓN SOCIAL DEL DIÁLOGO

Queda señal de nuestra existencia con ustedes, dijeron.

[**Popol Wuj**, Capítulo Tercero. Traducción de Sam Colop, 2008:98]

En el Popol Wuj y otras antiguas crónicas mayas, el diálogo es uno de los signos dominantes del relato de la creación del mundo; en realidad, el acto creador se explica porque el mundo mismo es el resultado de un diálogo que condujo a un acuerdo entre las divinidades:

“Llegó aquí entonces la palabra, vinieron juntos Tepew y Q’ukumatz, en la oscuridad, en la noche, y hablaron entre sí Tepew y Q’ukumatz. Hablaron, pues, consultando entre sí y meditando; se pusieron de acuerdo, juntaron sus palabras y su pensamiento” [Popol Wuj, traducción de Recinos].

El diálogo y la palabra, que es su sustancia primaria, tienen por tanto un origen que se atribuye al principio de los tiempos, proviene de ese mundo de perfección del pasado de los antiguos donde se fundaron todos los referentes morales co-constituyentes de los seres humanos. El diálogo, por tanto, pertenece al grupo sacralizado de valores morales en las sociedades mayas. Se trata de una concepción del diálogo donde se plantea una noción de bien que da fundamento a la acción humana.

En el ejemplo dado por los héroes culturales, Jun Ajpu e Ixb’alanke, el diálogo es un imperativo de la existencia y la buena fe es una manera de expresar y conservar la vida:

*—Tenemos que irnos, querida abuela;
sólo venimos a darles consejo.
Ésta es la señal de nuestra palabra,
la que va a dejar cada uno de nosotros.*

...

Queda señal de nuestra existencia con ustedes, dijeron.

[**Popol Wuj**, Capítulo Tercero. Traducción de Sam Colop, 2008:98]

Este relato anuncia la partida de los héroes y es el prelude de una

difícil travesía llena de peligros que sortearán con gran creatividad. Literalmente, el texto k'iche' usa la expresión "retal qatzij" que significa "[dejaremos] señal de nuestra palabra"; el traductor Sam Colop afirma que por el contexto debe entenderse como "señal de nuestra existencia" (Sam Colop, 2008:98, nota 146). El relato es muy sugerente y reafirma que la palabra, el diálogo en otros términos, es la prueba de nuestra existencia. Por otra parte, la noción de aconsejar, indicada en el relato, alude expresamente a la buena fe.

En un plano histórico, las crónicas mayas de mediados del siglo XVI abundan en detalles sobre los diálogos y acuerdos que tuvieron lugar antes de fundar ciudades y grandes reinos. En el libro de los Anales de los Kaqchikeles, uno de los pasajes más luminosos ocurre cuando se funda la ciudad de Iximche'. Se ha roto el pacto federativo entre kaqchikeles con k'iche' en la ciudad de Q'umark'aaj, (hecho sucedido en 1465); entonces, es el propio gran Ajaw (gran señor) del K'iche', el Ajpo' Kik'ab', quien aconseja a los Kaqchikeles abandonar la ciudad de Chi Awar (fundada por los Kaqchikeles en 1425) para ir a fundar y establecerse en Iximche':

Xe re' wi pixab'an ri wa'e: [...]«K'ó juyub' tilaq'ab'ej pan Iximche' chuwi' Ratz'amut»;

Éste fue el consejo dado aquí: ... «hay una montaña para que se asienten, en Iximche', sobre *Ratz'am Ut*» (Maxwell y Hill, 2006:181).

El párrafo no debe sorprendernos, el *consejo* (pixab') es una modalidad del diálogo. En la tradición maya, los individuos a quienes se les reconoce autoridad moral establecen una relación de carácter dialógica; así, estas personas no dan órdenes sino consejos. Por otra parte, dar un *consejo* y la decisión de oírlo (acatarlo) se produce mediante una relación social de buena fe, es decir, que no está mediada por relaciones de fuerza ni mucho menos de violencia. El consejo aparece en una relación de diálogo para marcar el inicio de un nuevo comienzo y es, por tanto, un acto fundador.

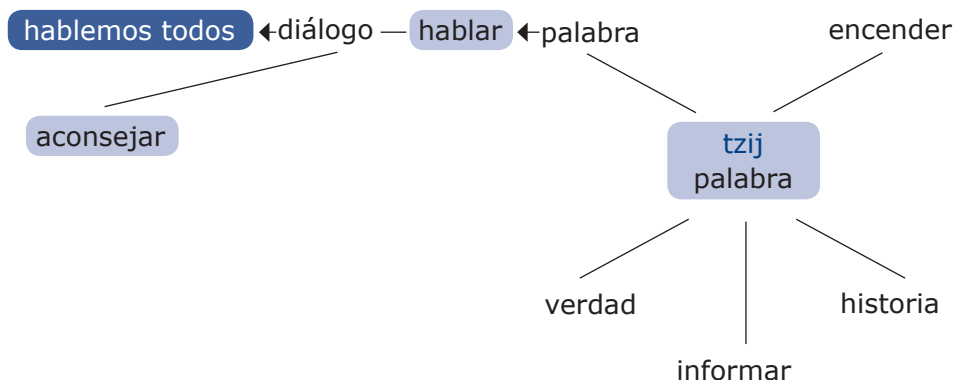
En la tradición oral maya actual, el diálogo debe seguir el ejemplo de los antepasados, de los grandes héroes culturales y de los ancestros. Fueron quienes instituyeron las normas, los ideales y los valores que deben cumplir y perseguir las personas. Es de este modo que la tradición oral

es rica en relatos que ofrecen modelos para vivir el presente y proyectar el futuro (véase el relato del arcoíris más adelante).

La sustancia más material del diálogo es la palabra, se trata de una concepción del diálogo en la cual éste adquiere materialidad. Las palabras de las divinidades, las palabras de los antepasados y las de la comunidad rigen el mundo, rigen nuestra vida, "en sociedades de tradición oral, como lo son todos los grupos mayas, la fuerza de la palabra viva es la que regula el funcionamiento de la sociedad"... "se contempla la posibilidad de defenderse, agredir o sanar por medio de la palabra" (Petrich, 1998:12). Con la palabra se altera el devenir de los acontecimientos y en el acto de hablar se abre el eje esencial sobre el cual el diálogo transcurre; el sentido del diálogo, el de las palabras en relación mutua, es que éste crea influencias recíprocas y desencadenamientos de largo alcance que proporcionan una idea del futuro. Sin diálogo no hay perspectiva de futuro.

El término central para hacer referencia al diálogo en la generalidad de las lenguas mayas (unas 31, habladas entre Guatemala y México), por ejemplo en k'iche' y kaqchikel que son las lenguas mayas de referencia para el presente estudio, es *tzij* (palabra). *Tzij* tiene como primera característica su polisemia o sus múltiples significaciones: puede significar *palabra, verdad, encender, iluminar* y, en ciertos casos, *historia*. En este sentido, hacer la historia de un suceso es buscar soluciones, así como buscar la verdad es sinónimo de buscar justicia; es de esta manera que la palabra traza las conexiones entre diálogo, historia, justicia, verdad y sobre ella también recae una ética y la responsabilidad de la agresión derivada de la ausencia de bienestar, *utzil*, que aquí significa ausencia de pensamientos buenos y de palabras dichas de buena manera. El precepto es *kujtzijon ri utzil*, hablemos o dialoguemos (*kujtzijon*) para bienestar (*utzil*). Así, no sorprende que la expresión para denotar la buena fe sea *utz tzij*, "buena palabra" (k'iche'). De esta manera, el efecto inmediato de la buena fe consiste en crear confianza, por el resultado de lo que la palabra transporta.

Mapa conceptual de los diferentes significados de *tzij* (palabra)



El comportamiento verbal debe tener objetos precisos, pues comporta responsabilidades y se debe permanecer atento a los peligros que encierra. Por tanto, el acto de hablar busca incidir y transformar situaciones y relaciones sociales. Por ello, el habla está organizada, sus usos están prescritos y opera bajo ciertos temores relacionados; por ejemplo, no cumplir con las reglas locales de la cortesía, o la posibilidad de una dosis incorrecta al hablar, o repetir palabras; además, el acto de hablar le asigna gran importancia al portavoz. El especialista de la palabra conoce las técnicas de la persuasión que es muy importante y muy decisiva porque desde esta perspectiva descansa en las personas idóneas, pues el diálogo es también un arte pero el diálogo no consiste en persuadir, no es ésta su finalidad sino establecer la verdad, el bien, la justicia.

Como se ha dicho, en la medida en que se concibe que la palabra adquiere materialidad y una capacidad real de incidir en el mundo y en las relaciones sociales, la palabra es un componente de la situación. La palabra debe estar respaldada por un comportamiento, por una equilibrada conducta social y personal; sólo así, en su conjunto, la palabra puede contribuir a un estado de bienestar.

Al mismo tiempo, el hablar mal, el no saber hablar, está concebido como un descuido (descuido que se define por no realizar las cosas de buena manera y según lo exija la situación). Este descuido puede ser resultado de una falta (*makaj*), o de un defecto (*etzelal*), (Esquit y Ochoa, 1995:22); es decir, por ligarse a una mala intención o a algo que está funcionando mal. Ambas son connotaciones negativas y operan igualmente sobre la buena fe. Las "malas palabras" pueden ser resultado de una falta y de mala intención, o porque algo está funcionando mal.

El acto de hablar obliga, es la fuerza que estructura el diálogo. Si se sigue el hilo de las buenas palabras, es decir, por las huellas de la buena fe, entonces del diálogo nace la verdad, el bien, la justicia.

El diálogo en la tradición oral: El relato del arcoíris

De la antigua tradición oral maya proviene un relato que se enseña a los niños y que es a la vez una madeja de preceptos morales. Uno de estos preceptos enseña que “*no es correcto señalar el arcoíris con el dedo*”. El enigmático significado pedagógico de esta frase queda más claro con ayuda de la tradición oral maya y la cita completa del relato del arcoíris:

“El arcoíris nace de la boca de una serpiente, es el halo de la serpiente sagrada. Esta serpiente permanece cautiva en el fondo de una cueva, la divinidad dueña de la montaña mantiene atada allí a la serpiente. La serpiente nunca sale de la cueva por sí sola porque el verde rayo la mataría. Cuando le dejan, sale solo para dar una señal –el arcoíris– a toda la gente, el arcoíris nos da siempre un mensaje. Por eso los ancianos nos recomiendan no señalar al arcoíris, lo conveniente es guardar silencio o comentar con otras personas sobre lo que él quiere decirnos pero nunca debe señalárselo”.

(Relato tz’utujil de San Pedro La Laguna. 1999)

Efectivamente, no se trata simplemente de señalar al arcoíris, lo conveniente es comentarlo con otras personas y ponerse de acuerdo acerca del espectro de los colores que muestra (si predomina el rojo significa que se acerca una temporada de calor, por ejemplo), también es importante observar la posición o el lugar en que se ha dejado ver y el momento en que hace su aparición. El arcoíris es concebido como un mensajero de la divinidad, un mediador que quiere que nos preparemos para los cambios, un pasador de palabras que enseña que lo que importa no es lo que se observa, sino pasar a un conocimiento útil: los que no ven el arcoíris no ven que el cambio es inminente, no encontrarán indicios sobre la conducta a seguir y sobre lo que es más significativo para la comunidad, preparar las semillas y preparar las tierras.

En conclusión, el relato nos dice varias cosas, afirma que el diálogo proporciona una visión de conjunto, sabemos que sólo el diálogo nos da una idea completa o de mayor totalidad (punto de partida y punto

de llegada); que el diálogo permite una perspectiva global (facilita una mejor comprensión de las circunstancias de tiempo, lugar y modo) y que esta adquisición de perspectiva permite una visión de futuro. Una visión de futuro es pues sólo posible mediante el diálogo.

Este modo de explicar la importancia del diálogo permite que antes de dilucidar qué es y qué no es la buena fe, cómo se internaliza y bajo qué condiciones puede lograrse, uno se pregunte ¿Cuál es la importancia de la buena fe? ¿Puede la buena fe servir de anclaje? ¿Es realmente significativa la buena fe para adquirir una perspectiva común, para un futuro común?

II. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL DIÁLOGO PÚBLICO EN LA VIDA COTIDIANA

III. *Esas son las palabras que traemos para ustedes, ¿no sé qué piensan ustedes?*

IV. La pedida. Relato oral *Kaqchikel*

Si el diálogo agrupa los esfuerzos determinantes para el funcionamiento de la sociedad y sus instituciones, el papel que le corresponde a la autoridad resulta central. De esto se deriva que la primera responsabilidad de la autoridad propia es la de propiciar el diálogo y conducir la deliberación pública. El alcalde, la autoridad propia, es quien prepara las condiciones para la deliberación pública e introduce el diálogo; a esto último le llaman *tzijonem* o la plática introductoria que propicia el diálogo en una reunión pública, en un foro deliberativo.

La autoridad debe exaltar la importancia y el valor del diálogo; además, debe ser una persona experimentada en introducirlo, conducirlo y manejarlo. Esta misión confiada a la autoridad es paralela a la misión de hacer, oír, de ver, vigilar, cuidar e intervenir (mediar) en la comunidad; en una palabra, gobernar.

El estudio realizado sobre alcaldías indígenas (ASIES 2013), mostró diversos campos en los que se maneja el diálogo. De hecho, se le encuentra en todos los dominios, empezando por la administración de justicia propia, que es una de las más notables capacidades que tiene a disposición la autoridad propia. Sieder (1996:89), encontró que el elemento procesal central de las formas consuetudinarias de resolución de justicia es la discusión extensa, frente a una relativa ausencia de

sanciones punitivas, lo que no excluye que haya fuertes acciones para forzar la reparación a los perjuicios causados. El proceso de discusión es, muchas veces, tan importante como el resultado final y constituye un espacio correctivo, una forma de mediación y a veces una sanción moral en sí misma.

Una deliberación intensa también caracteriza las acciones que tienen que ver con administrar el territorio y gobernar; ya uno de los acuerdos de paz de Guatemala sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (1995), dejó claro que la cultura suministra un legado de técnicas para administrar el territorio y gobernar en las comunidades mayas, aquí incluidos los asuntos sobre tierras, espiritualidad, lengua, derecho consuetudinario, nombres, apellidos y toponimias y el ejercicio mismo de la autoridad (García-Ruiz, 1998). Todo este conjunto, del cual el diálogo es un eje transversal, forma parte de los derechos culturales; ergo, se exigen ante el Estado.

Otro dato importante es que las autoridades propias juegan un papel muy activo en la representación de las poblaciones e intervienen en situaciones de crisis y procesos de diálogo; además, son las llamadas a interceder ante las instituciones del Estado y las instancias municipales cuando los derechos de una comunidad, derechos colectivos o individuales han sido violentados. Generalmente, esto es frecuente en asuntos que caen dentro del campo de los derechos económicos y sociales.

De esta cuenta, el uso del diálogo está muy presente en el manejo de todos los asuntos públicos; en parte, porque los procedimientos al interior de las comunidades son orales, aunque el diálogo no excluye la escritura o el levantamiento de actas, ni el interés creciente en las comunidades por pactar reglamentos escritos internos para normar un número cada vez más amplio de asuntos de interés público.

En síntesis, el diálogo es parte sustantiva del orden político con que funciona el poder para las autoridades indígenas. El liderazgo de las autoridades propias es central para mantener funcionando la organización y la participación social sobre la base de una ideología del diálogo, ideología entendida como la presencia de un sistema de ideas y de prácticas que las institucionaliza (Lozada, 2000:45). En esta concepción, el diálogo es un deber moral y, por tanto, es exigible.

En las comunidades mayas, entre las varias tareas administrativas y de gobierno rutinarias para el alcalde, hay varias funciones que le son centrales; pero, ni el alcalde ni su consejo de alcaldía son la instancia última del gobierno local. La verdadera autoridad superior reside en la asamblea comunitaria.

Las asambleas y su lógica deliberativa

En las comunidades indígenas, las asambleas públicas se realizan de forma rutinaria, constituyen un espacio deliberativo fundado en una fuerte organización de respaldo, un marco normativo propio, un funcionamiento muy institucionalizado y una lógica cultural de diálogo de raíces muy antiguas y fuertes; por lo tanto, son un espacio de incuestionable seriedad.

Fiel a un espíritu deliberativo, de una asamblea se espera la formación de un acuerdo sobre cada asunto a tratar. Dentro de esta lógica cultural, un acuerdo no consiste en decidir entre un sí o un no; más bien, lo que comúnmente se observa es que se evalúa cada situación para transformarla, según convenga a las necesidades e intereses colectivos que resulten afectados.

Una asamblea pública en las comunidades indígenas se puede definir como un proceso deliberativo, de diálogo y negociación al que se recurre en una variedad de circunstancias, por ejemplo para informar, consultar a la población, obtener consentimientos, delegar responsabilidades, reconocer derechos a individuos o grupos de la comunidad o externos a ella, definir las prioridades colectivas, seleccionar individuos para cargos comunales y darles un mandato (consigna) y una misión. En cuanto a su naturaleza, hay dos tipos principales de asambleas que aquí interesan, las asambleas de comunidad y las asambleas de autoridades.

Por una parte, las asambleas de autoridades comunitarias constituyen un foro deliberativo de primera importancia en los pueblos donde éstas existen, como en los casos de Totonicapán y Sololá que son la referencia del presente estudio. En la ciudad de Sololá estas asambleas tienen lugar cada semana. La presentación de un problema ante la asamblea de autoridades (constituidas por unas 90 personas, todas autoridades de comunidades), motiva numerosas intervenciones y los temas aparentemente más simples pueden generar una discusión en la que piden y toman la palabra unas 12 ó 13 personas; sólo al considerarse

suficientemente discutido un asunto, el conductor del debate, generalmente el alcalde o uno de sus adjuntos, propone o traza una ruta de salida, la que generalmente es resultado de rápidas consultas entre quienes presiden la asamblea (junta directiva). Será este planteamiento el que abra paso a una salida final. Cuando esta propuesta no resulta objetada, ni siquiera se somete a votación y para aprobarla basta un silencio general.

Por otra parte, las asambleas de comunidad son reuniones públicas que congregan a los habitantes adultos de la comunidad (hombres y mujeres), al menos una vez al mes. Este tipo de asambleas son el motor de la participación social, de la organización comunal y el titular de la autoridad. Corresponde a la autoridad de la comunidad (alcalde) convocar a estas asambleas y decidir los asuntos o la agenda a tratar.

Sin duda, la asamblea sigue una lógica práctica para la toma de decisiones locales, no es una ideología ni una doctrina, de manera que hay un número de condiciones prácticas que deben estar presentes para su legitimidad. Su recurrencia explica muy bien que la vida en comunidad obliga a negociar permanentemente.

Herederos de una tradición milenaria sobre el manejo del poder, las sociedades mayas tienen un complejo vocabulario sobre lo político; el acto deliberativo, siendo un acto político, cuenta con referentes precisos que no tienen nada de *prepolítico*; comprenderlo conlleva acceder a un campo complejo de significados, a un lenguaje específico, a un conjunto de aspiraciones y a un conocimiento bastante familiarizado sobre lo que, con base en la experiencia, cabe esperar de las relaciones comunidad-Estado, comunidad-empresas. Sin embargo, hay que enfatizarlo, se trata de un conocimiento previo, no de prejuicios actuantes contra el Estado o contra las empresas.

III. EL LIDERAZGO Y LA GESTIÓN DEL DIÁLOGO

El diálogo es un desafío perpetuo para una sociedad, todos los grupos sociales enfrentan el desafío de impulsarlo y de mantenerlo. En lo esencial, el diálogo cumple el papel de eje sobre el cual se moviliza a la gente. Es un papel aglutinador que determina no solamente las estrategias de liderazgo, sino los rituales que fijan los acontecimientos y los ligan. Por esto mismo, el diálogo no es un acto aislado ni puede entenderse como un momento de la toma de decisiones pues tiene lugar en relación con

una serie de condiciones coetáneas. En realidad, el diálogo acontece junto a otros actos tales como la participación, la representación, la justicia y el acuerdo. El diálogo implica una coocurrencia de eventos que se sostienen mutuamente y es con ellos que forma una unidad redoblada.

De otra manera, cómo admitir o implicarse en un diálogo si no están presentes otros acontecimientos coetáneos (que existen al mismo tiempo y que pertenecen al mismo suceso). Una ideología central en las sociedades mayas imposible de desligar del diálogo es el requisito de un acuerdo. Si el diálogo no conduce a un acuerdo, todo el proceso de diálogo llega invariablemente a ser cuestionado.

En breve, la palabra acuerdo se traduce por el término *chomatajik* [k'iche'], pero ésta es una asociación lingüística de múltiples significaciones. Es el verbo pensar, también designa a un grupo reunido y denota un *acuerdo*, en ciertas circunstancias también refiere el hecho de dar a conocer algo ante la comunidad. *K'o jun chomanik*; literalmente "hay un acuerdo", es una expresión que designa la existencia de un acuerdo, un consentimiento, pero también hace referencia a un grupo de personas reunidas consultándose. Es un campo semántico sin contradicciones que denota el vínculo indisociable entre el pensar, el reunirse y acordar algo, pero el término también hace referencia al espíritu deliberativo que marca una reunión y gracias al cual, los participantes se implican en los asuntos y en los compromisos.

Acordar algo es pues la noción de solución o resolver. El restablecimiento de una relación social amenazada de ruptura por un conflicto sólo es posible mediante un acuerdo, en la medida en que vuelve a dar sentido a una relación social y representa una reparación de daños, un compromiso, una solución.

El carácter controversial de la necesidad de un acuerdo tiene que ver no sólo con el contenido sino con el proceso y con la forma en que concluye una reunión. Un problema central es que lograr un acuerdo también expone a los individuos a la crítica; de hecho, no está demás indicar que dentro de esta lógica cultural a pocas cosas se le puede tener más aversión que al hecho de ser sujeto de crítica social. Esto parece responder a la idea de que la crítica y el acuerdo suponen momentos esenciales de la interacción social, suponen posiciones justificadas; es

decir, argumentos (ésta es la teoría de Luc Boltanski acerca de cómo se forman consensos (Ramírez, 2011: 234).

Otro acto asociado al diálogo es la participación. En las comunidades de Totonicapán y Sololá hay reglas duras para quienes rehúyen la asistencia a reuniones públicas, contra la impuntualidad hay multas (en algunos cuerpos de autoridades en Totonicapán hay multas pecuniarias por minuto de retraso), contra la inasistencia hay sanciones, contra la presencia pasiva en una reunión hay fuertes críticas. Se construye así un sistema de garantías socialmente aceptadas con las que se refuerza la participación, lo que en parte ayuda a explicar que ésta no se reduce únicamente a un campo de motivación, conciencia y a buenas intenciones.

Por otra parte, la representación en las reuniones públicas se ejerce a partir de los grupos sociales, notablemente familiares; no se trata de un acto puramente individual. En las asambleas de comunidad, todos los grupos familiares deben hacerse representar. Cuando se trata de asambleas de autoridades, el secretario pasa lista al inicio de la reunión, se lee el nombre de la comunidad y su representante (el alcalde ejerce una representación indelegable) responderá presente ante la asamblea. Faltar a este momento es notificado a su comunidad.

En el marco de estas condiciones co-ocurrentes o que le son coetáneas al diálogo, queda claro que esto es un acontecimiento compuesto de una serie de eventos de diverso tipo, aunque no todos tienen la misma amplitud en el tiempo ni tampoco la misma potencialidad para producir efectos.

En cuanto a las habilidades de liderazgo que hacen efectivo el diálogo, un papel central se asigna al manejo de las fórmulas de cortesía especialmente usadas para dirigirse a un público. Estas reglas son muy antiguas y muy fuertes, aunque muy variables en las comunidades mayas. Guatemala es un país pluricultural y se caracteriza por tener una riqueza de tradiciones comunitarias, dentro de las cuales la cortesía sigue reglas muy complejas que expresan muy bien estas tradiciones.

Un caso de estudio: Lecciones mayas sobre el manejo del comienzo y final de una reunión

En las sociedades mayas el diálogo está altamente ritualizado, fijado en ritos de costumbre según la ocasión, fijado en prácticas, en palabras

porque ellas mismas han pasado a ser símbolos de identidad y, por lo mismo, pueden variar de una comunidad a otra.

Lograr aciertos en las varias acciones iniciales de una reunión atrae una primera evaluación favorable y la cortesía proporciona aquí una de las más valiosas herramientas. Contrariamente, la ausencia de una cortesía, por demás esperada, deriva en desaciertos y eventuales problemas. No obstante, reconocer a tiempo un posible desacierto ayuda a que los mismos no se acumulen y evita así que el público se forme una imagen equivocada de uno. Por supuesto, una equivocación, una falsedad involuntaria, un comentario no ajustado a la ocasión, ciertos gestos no esperados, constituyen errores leves; pero sumados, uno tras otro, pueden acarrear una evaluación reprobable. Acumular errores reprobatorios lo haría a uno simplemente detestable. Pero, tratándose finalmente de percepciones, éstas se pueden revertir. Lo más importante es estar dispuesto al reconocimiento de estos malentendidos y desaciertos para reorientarlos.

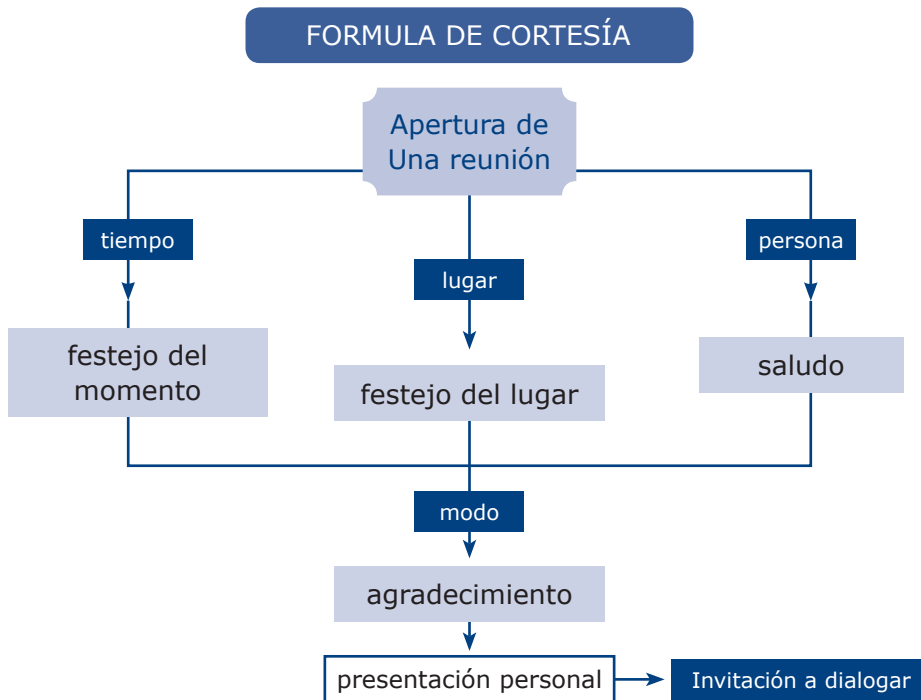
Llamaremos cortesía al hecho de valorar a un lugar, valorar el momento y a las personas. En general, como se sabe, la regla de oro es mostrar respeto y aprecio. Pero la cortesía, decía el sociólogo Bourdieu, es una concesión política. Ciertamente, el encuentro con un grupo conlleva una serie de actos muy simbólicos y toda acción que se haga o deje de hacer puede ser vista como un acierto o un desacierto. Paulo Freire solía repetir que debemos estar abiertos a las formas de ser, de pensar, de valorar a otra cultura; todo lo cual significa que nadie es cortés por puro formalismo, como si cumpliera con una obligación; al contrario, ser cortés expresa una certeza de la que hay que estar consciente: la de que nadie es superior a nadie.

De estas reglas, las palabras con que se da inicio a una reunión llegan a tener la categoría de símbolos. El principio y el final de una reunión son ocasiones que ayudan a construir un ambiente favorable para el diálogo y su manejo es fundamental. Estos momentos ayudan mucho a reducir la fricción y fortalecen el respeto entre las partes, sobre todo refuerzan la voluntad de cooperar.

Así, el programa que se sigue al comienzo y al final o cierre de una reunión tiene que ver mucho con el uso de la cortesía. Un elogio del lugar y de la ocasión, un saludo, un agradecimiento y el modo de introducir el

diálogo y ponerlo en escena son parte de una fórmula maya de cortesía que toma en cuenta las circunstancias de tiempo, lugar y el modo de mostrar identificación con el grupo y la situación.

A continuación, un esquema que introduce una fórmula general de la cortesía seguida al iniciar o tomar parte en una reunión pública, según fue observada en asambleas comunitarias:



Manejo de las circunstancias de tiempo, lugar, personas y modo:

Invocación al tiempo. En sociedades como las mayas, con una milenaria tradición calendárica, valorar el momento, festejar el día es imprescindible. Es la oportunidad para manifestar los sentimientos y emociones. Es un acto de habla asertivo: ¡hoy es un gran día para estar reunidos!

Reconocimiento del lugar. Se otorga gran importancia a las manifestaciones de aprecio y a la puesta en valor del lugar en que el grupo se halla reunido (debe recordarse que un diálogo público no puede convocarse en cualquier lugar). Se debe manifestar aprecio al lugar y dejar en claro que es un gusto para uno estar allí, que conoce el lugar y lo respeta.

Acto de saludar. Saludar, saludar y saludar. En ciertos lugares el saludo no se limita a las personas; por ejemplo, si hay alcaldes comunitarios presentes normalmente ponen su vara o bastón de cargo frente a ellos sobre una mesa (y algunas de éstas son centenarias y muy veneradas), por tanto, hay fórmulas para hacer mención de ellas: “estamos aquí frente a las sagradas varas que están en medio de nosotros...”. Como en todas partes, el saludo a las personas sigue un orden protocolario y hay que asesorarse con alguien del lugar para ello y no escatimar el número de los saludos!

Acto de agradecer. Finalmente, pero no menos importante, agradecer. Hay tantos motivos para agradecer, por la asistencia, por dar parte de su tiempo, por el esfuerzo hecho para llegar.

La presentación personal ante el grupo. La autopresentación ante un grupo es inevitable y debe ser breve pero clara, las expectativas que esto genera pueden resumirse en dos puntos:

- La importancia del nombre propio. Al presentarse, el nombre propio debe ser dicho completo y claramente, sin añadidos, sin títulos, sin cargos ni bromas que se le antepongan.
- Sería oportuno indicar a continuación una referencia al lugar de origen o la proveniencia de uno. Luego viene una presentación también breve, pero clara, sobre el trabajo que uno desempeña. Estos datos tan personales son muy importantes porque retratan la identidad de una persona en las comunidades mayas.

La invitación al diálogo. Se empieza por presentar el interés por dialogar, no el problema. Ésta es la regla de oro. Esto es un verdadero punto de partida y es un momento crucial que forma parte de la presentación de un individuo ante un grupo. Particularmente un extraño, éste debe centrar su interés en llamar la atención sobre el diálogo no en el problema que los ha congregado.

Al presente, el interés por el diálogo, como en todas partes, señala el deseo de que todos hablen y oigan. Oír y hablar van de la mano y son el mayor acto de reconocimiento y de respeto.

No se empieza pues centrándose en el problema, esto no hará sino ahondar distancias entre las partes y reforzar sus posiciones.

Nuevamente, los momentos finales de una reunión son una ocasión muy oportuna para volver a saludar y agradecer a todos los y las presentes y también para recordar a quienes no pudieron asistir, pero estarán sin duda pendientes de la reunión. Estas palabras de saludos finales se combinan con un acto de agradecimiento que en sí mismo es largo porque hay muchas razones por las cuales deben darse gracias.

El programa que se sigue al final o cierre de una reunión tiene que ver también con el uso de la cortesía. En las comunidades hay fórmulas tradicionales que se usan en estas ocasiones y que forman parte de una rica tradición de diálogo.

Es aquí donde la cortesía no pone dentro de un ritual que disminuye las distancias sociales, el poder y la imposición; al contrario, permite aumentar el grado de familiaridad, maximiza el elogio y minimiza la crítica y nos abre al diálogo y a la comprensión.

Pero no todo se reduce a valorar el diálogo, también hay que fijar los resultados o acuerdos alcanzados mediante un ritual; por ello, no es extraña la firma de un acta final. No se concluye una reunión dentro de un ambiente de dispersión sino se cierra siguiendo una secuencia ritual. La importancia que se da a las actas en este tipo de reuniones públicas no debe sorprendernos. De hecho, es usual la combinación de elementos escritos y orales en esta tradición maya de diálogo. El que se recurra a una forma escrita no expresa una posición valorativa por encima de los acuerdos orales. Si hay una diferencia entre la forma oral y escrita, ésta no reside en un mayor o menor valor de la forma escrita, se trata más bien de lo oral más lo escrito, pero esto se olvida con frecuencia. Por lo general, se considera que la escritura en sí misma contiene la memoria que constituye la única prueba fehaciente sobre un acontecimiento. Con esta percepción, debemos enfocar el problema del registro escrito como una respuesta ante el exterior. Esto es muy real, especialmente al recordar la historia política de los pueblos indígenas donde la escritura jugó el papel de medio de prueba histórica.

No se trata de una tendencia que privilegie los textos escritos como mejor prueba, de su valoración como memoria, como mejor forma de transmisión de un conocimiento sobre lo actuado o de dar un consentimiento, se trata más bien de un testimonio más que pasa a ser la forma básica de comprobar la historia oral, de lo actuado en el pasado.

IV. LA BUENA FE

La buena fe es un principio de suprema importancia para censurar o animar la acción humana. En sociedades con una alta valoración social del diálogo público, como son las sociedades mayas, las nociones que se refieren al diálogo, consulta, acuerdo y buena fe se encuentran interconectados; aún más, pertenecen al mismo campo de significación. De hecho, la buena fe es parte constitutiva de la definición misma del diálogo. Denotada por la expresión *utz tzij*, “buena palabra” (maya k’iche’), se refiere al precepto ético de “hablar o dialogar para bienestar”, a la buena intención.

En el idioma maya q’eqchi’, según Viaene (2015:86), la “buena fe para llegar a un acuerdo está marcada por tres expresiones inseparables por su cohesión interna”. Se trata de las expresiones: “*chab’íl naleb’*, de buen corazón o intención; *chab’íl pab’aank*, (aceptar) y *b’anuhom* (demostrar los hechos). Esto se interpreta como la intención positiva, manifestada por las partes, de llegar a un acuerdo mutuamente aceptable, de acudir a las reuniones y actuar según lo dicho. En consecuencia, desde esta óptica émica, la buena fe no se expone a situaciones ambiguas.

Por otro lado, bajo estándares internacionales, el principio de buena fe fue concebido con el objetivo de establecer un diálogo intercultural guiado por principios de confianza y respeto mutuo entre los Estados y los pueblos indígenas afectados (Viaene, 2015:61). Asimismo, los gobiernos deberán tener en cuenta que “la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado, de agentes o terceros que actúan con su aquiescencia” (Padilla, 2012: 105). En este marco, la buena fe implica un conjunto de prácticas en los niveles local, regional y nacional que determinan el ejercicio del diálogo conforme a ciertas exigencias ético-morales y dentro de un campo de pluralismo cultural.

Un obispo, conocedor de las sociedades mayas, define así la asociación entre diálogo y buena fe expresada en buenas prácticas: “el diálogo es el arte de la comunicación humana”, señalando que “esta comunicación se fundamenta sobre la verdad, y se fundamenta también sobre la libertad” (A. Ramazzini, comunicación personal, 27 de febrero de 2015).

En consecuencia, este principio de buena fe, desde varios puntos de vista, determina la ruta sobre la que se puede trazar el diálogo social. Indicadores, en este sentido, también fueron subrayados por personas

notables mayas entrevistadas (S. A. Norato, comunicación personal, 10 de febrero de 2015; Lesbia Muz, comunicación personal, 22 de febrero de 2015; María de la Cruz Ramos, comunicación personal, 27 febrero de 2015).

Acciones que cumplen con el principio de “buena fe”

- ✓ Presentar información clara, concisa y en un marco de transparencia:
El marco de información es muy importante e indispensable y se debe salvar las interferencias lingüísticas con ayuda de traductores e intérpretes.
- ✓ Creación de un ambiente de comunicación que construya confianza:
La confianza se fortalece con todo esfuerzo explicativo, oral o escrito, orientado a transparentar las necesidades e intereses mutuos. La intransigencia no puede explicarse ni justificarse.
- ✓ Representación institucional confiada a representantes con facultades para negociar:
En todo encuentro directo con autoridades representativas de comunidades indígenas, deben asistir personas con capacidad de tomar decisiones.
- ✓ Acercamiento directo y orientado al diálogo:
Todos los temas tratados deben desembocar en acuerdos que contengan un claro programa de acción; el diálogo es un medio para buscar inmediatez, no un medio de entretenimiento.
- ✓ Esfuerzo sincero por análisis de la situación, la búsqueda de alternativas y respuestas:
Debe hacerse patente en el ambiente un esfuerzo sincero por escuchar y buscar alternativas y respuestas a los problemas planteados con un abordaje directo de la demanda social.
- ✓ Hacer primar una relación de respeto y comprensión mutua:
Los valores de mutuo conocimiento y respeto favorecen una comunicación intercultural; es decir, sin prejuicios, distancias sociales, ni suposiciones de punto de partida.

Lo que este cuadro de indicadores sugiere finalmente es que la buena fe se construye con factores de igualdad, conocimiento mutuo y respeto.

En la práctica, las posibilidades de operatividad de la buena fe descansa en opciones de políticas públicas de tres tipos: políticas de información pública; políticas para fortalecer capacidades institucionales de diálogo social y; políticas de reconocimiento, respeto y promoción.

Esta perspectiva sugiere preguntas relevantes, entre ellas ¿De qué depende la factibilidad del diálogo con las autoridades indígenas? ¿Cuál puede ser la línea de base para desencadenar y transversalizar capacidades de diálogo social y la pertinencia cultural y de género en las instituciones del Estado? ¿Cuáles pueden ser los ejes generadores de diálogo social y de una mejor comunicación y entendimiento entre Estado y comunidades indígenas?

Aspirar a contribuir a que el diálogo social sea considerado transversalmente en las instituciones estatales, bajo estándares pluriculturales, sugiere otros tipos de preguntas básicas: ¿Cuáles son los desafíos legales, institucionales, sociales, culturales y de género a tener en cuenta para fortalecer este diálogo social inspirado en la buena fe? ¿Por qué el diálogo social constituye una demanda difícil de gestionar para las instituciones? ¿Se reduce el diálogo en la práctica a un debate sobre un sí o un no? ¿En qué consiste la perspectiva de género y lo transversal en el diálogo social? ¿Qué actores institucionales son clave para promover el uso de los espacios de diálogo social, particularmente con autoridades indígenas propias? ¿Qué acciones son estratégicas para implementar programas de información y comunicación con pertinencia cultural y lingüística?

El problema de un ambiente de comunicación Estado y pueblos indígenas inspirado en la buena fe:

Hace falta tener presente que la ausencia de diálogo con las comunidades indígenas corre paralela a la ausencia de diálogo entre sociedad y Estado. Además, la presencia diaria de diversas formas de violencia, de intolerancia social y de racismo también van paralelas a la débil intermediación que cumplen aquellas instituciones estatales cuya misión es manejar la demanda social y política, particularmente de los pueblos indígenas. En Guatemala, resulta inevitable preguntarse ¿Por qué no hay cultura de diálogo social en un Estado como el guatemalteco, a pesar de una lección histórica tan reciente y de vastas repercusiones como fueron las largas negociaciones de paz y una muy antigua y rica tradición indígena sobre diálogo público?

El diseño de alternativas de acción ante el débil diálogo entre sociedad y Estado y una más efectiva intermediación política para dar respuesta a la demanda social, pasa necesariamente por la relación del Estado con las comunidades indígenas y el reconocimiento y respeto a la diversidad cultural y de las comunidades mismas como sujetos y titulares de derechos. Uno de los problemas que más bloquea el diálogo entre las instituciones del Estado y las comunidades indígenas pasa en este momento por unas relaciones de diálogo y entendimiento directo con las Instituciones representativas de los pueblos indígenas. Tomando en cuenta que “el diálogo del Estado con las comunidades es el resultado de relaciones institucionales transversales con las comunidades, no puede ser encargado o centralizado en una única entidad” (S. Paz, comunicación personal, 19 de febrero de 2015).

Efectivamente, buena parte de la demanda social no puede ser manejada políticamente por las instituciones políticas llamadas a hacerlo precisamente porque “La demanda social debe socializarse, discutirse públicamente, oírla, entenderla, atenderla y necesariamente buscarle cauce institucional concertado y efectivo” (A. Cua Yax, comunicación personal, 1 de febrero de 2015).

Ante este escenario, es claro que no es suficiente con priorizar la demanda, que es lo usual en el discurso político e institucional, sino la búsqueda de una respuesta integral concertada y esto cuando “la opción de salida más frecuente se dirige a buscar una respuesta presidencialista, la misma ciudadanía exige esta vía, porque responde a la cultura institucional en que hemos vivido históricamente” (F. Pacay, comunicación personal, 5 de febrero de 2015).

El problema de los mecanismos de información pública con pertinencia y sensibilidad

¿Con qué capacidades legales y fortalezas institucionales para el diálogo cuenta el Estado? Uno de los avances, en términos de capacidades, consiste en el establecimiento de unidades de información pública que es una innovación recientemente contemplada en las leyes guatemaltecas. Sin embargo, los desafíos para su implementación son múltiples: hay debilidades institucionales para implementarlas y generalizarlas; no se han encontrado mecanismos para proveer información directa a las comunidades y con pertinencia cultural; se requiere de un acceso a información pertinente, confiable y actualizada que pueda ser obtenida

en forma ágil, por sexo y por etnia; finalmente, el desafío de que el Estado encuentre viabilidad para la consulta previa y de mecanismos para tratar, mediante el diálogo directo, problemas complejos con comunidades indígenas.

Frente a estos desafíos señalados, los ejes generadores de diálogo social que hagan posible una mejor comunicación y entendimiento requieren del mejoramiento de las capacidades de diálogo social en las instituciones estatales, con mejores capacidades para un acercamiento directo a las comunidades indígenas y a través de sus autoridades representativas, promoviendo un flujo de información pública veraz y efectivo.

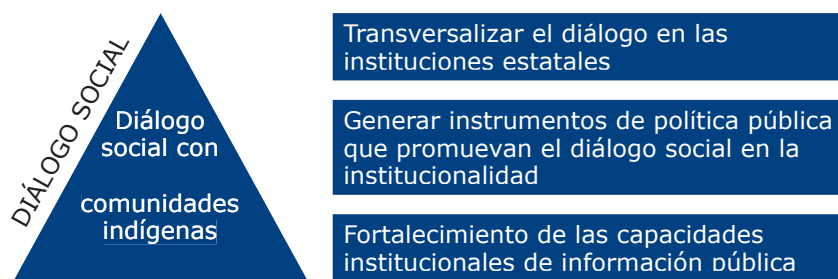
Ejes generadores de diálogo social entre las comunidades indígenas y el Estado.



La necesaria generación de programas de información pública ha sido señalada recurrentemente, "El acercamiento directo a las comunidades requiere de procesos de información y comunicación efectiva" (J. Ruano, comunicación personal, 5 de febrero de 2015). En esta relación con las comunidades indígenas hay que considerar la diversidad lingüística y cultural y, por tanto, el flujo de una información con pertinencia cultural y lingüística, sobre todo al ser focalizada en las comunidades indígenas. En este contexto, hay que señalar debilidades institucionales tales como la falta de personal capacitado e idóneo, así como la falta de apoyo a las unidades que prestan este servicio de información pública.

Si en la sociedad hay una débil cultura de diálogo, ésta se refleja aún más en la institucionalidad, la que debe abrirse hacia la participación, la transparencia y la información.

Ejes del fortalecimiento de las capacidades institucionales de diálogo social



El problema de fortalecer las capacidades institucionales de diálogo social:

Se debe promover y fortalecer el marco institucional para que tengan cabida diversas formas institucionalizadas de diálogo social y político, particularmente cuando su contraparte sean comunidades indígenas. Dentro de esta vía de desarrollo institucional se abren varias opciones:

En primer lugar, está la necesidad de desencadenar y transversalizar capacidades de diálogo social en las instituciones del Estado, con prioridad en aquellas instituciones directamente relacionadas con comunidades indígenas. Dichas capacidades no deberían concentrarse en el enfoque de atención a crisis, sino más bien hacer esfuerzos sostenidos para promover capacidades de diálogo en los actos y servicios rutinarios de las instituciones. Esto en sí mismo explica y justifica el carácter transversal de esta necesidad. Transversalizar es una estrategia para conseguir que las preocupaciones sobre el diálogo social sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas. Los análisis de género han contribuido mucho a fundamentar esta perspectiva de la transversalización.

En segundo lugar, es necesario establecer una rectoría clara en materia de diálogo por parte del Estado y disponer de una política pública orientadora del diálogo social que promueva sinergias intergubernamentales y monitoree los avances institucionales. Sería un requerimiento el estatus presidencial de esta rectoría para posibilitar el mejor nivel de interlocución con otros sectores del Estado y gestionar propuestas viables de coordinar y articular institucionalmente.

Uno de los principales argumentos que enfrentan los tomadores de decisiones para no implicarse en un diálogo social, es el temor siempre

presente de rebasar el marco de sus competencias legales. Sin embargo, frecuentemente estos temores están dictados por una cultura burocrática heredada y muy afirmada en el centralismo. Efectivamente, éste es un cuello de botella institucional a la hora de asumir compromisos en el transcurso de un diálogo social.

Por ello, se requiere propiciar orientaciones claras en materia de diálogo social y una vía para establecerlas es la generación de instrumentos de políticas públicas en la institucionalidad que en su diseño, implementación y evaluación puedan fortalecer la confianza en los tomadores de decisiones. Estas disposiciones deben tener vinculación con enfoques de desconcentración, descentralización y participación ciudadana. Efectivamente, el liderazgo institucional hay que promoverlo y fortalecerlo, pero pensando que no todo lo debe regular el Presidente y una opción abierta es la generación de instrumentos de políticas públicas que claramente dispongan y orienten sobre el diálogo social, habiendo constatado que hay una laguna jurídica alrededor de la promoción del diálogo social en el país.

Con esta misma óptica de descentralización, algunas entidades deben tomar el liderazgo para promover una institucionalidad enfocada en el diálogo y la información pública. En esta misión, corresponde un papel de primera línea a las autoridades regionales y los equipos de directores departamentales de las instituciones; también a los programas presidenciales que ejecutan políticas sociales, a los programas y aquellos proyectos de extensión o enfocados a comunidades en los sectores de salud, agrícola y ambiental que son actualmente ejes clave de la institucionalidad que generan impactos o externalidades locales y comunitarias.

El problema de la apertura de espacios de diálogo con autoridades representativas de comunidades indígenas:

La generación de programas de acercamiento directo a las comunidades debe tomar muy en cuenta que este diálogo está llamado a realizarse a través de sus instituciones representativas. Es a través de ellas que se concreta una participación comunitaria efectiva. "Debe haber y cultivarse la representatividad indígena para que el diálogo funcione. Los líderes (alcaldes/alcaldesas y coordinadores(as) de Cocodes) son la bisagra para un diálogo social" (F. Ochaeta, comunicación personal, 23 de febrero de 2015).

Con estas autoridades comunitarias como interlocutores válidos se generan espacios de fortalecimiento para las instituciones representativas propias de las comunidades indígenas y ciertamente se asegura un marco de valores y principios, aunque esto no elimina la necesidad de desarrollar y potenciar un marco de participación social, particularmente de las mujeres. "El diálogo necesita de valores, de compromiso, de representatividad, de respeto, de principios! Cuando perdemos el diálogo, todos hemos perdido, perdemos nuestros valores, nuestros principios, y se alarga nuestra indiferencia" (Lesbia Muz, comunicación personal, 21 de febrero de 2015).

Hay enfoques estratégicos, temáticos y sociales que harían posible un mejor acercamiento a las comunidades, como son los orientados hacia el desarrollo humano de género, de jóvenes, adultos mayores, ocupacionales, de regiones o localidades geográficas priorizadas, o derivados de situaciones de crisis, crisis ambientales u otros fenómenos naturales.

El diálogo social incluye necesariamente una perspectiva de género, la que ayuda a adquirir comprensión sobre las relaciones de género; identificar y subsanar las barreras a la participación de las mujeres; profundizar en el conocimiento de las necesidades e intereses de las mujeres y las oportunidades para apoyar a ambos, teniendo en cuenta el impacto diferenciado de todo proyecto sobre las mujeres y los hombres, esto ayuda a ilustrar mejor quiénes se ven afectados por una intervención institucional local y facilita una mejor comprensión de los impactos diferenciados sobre las mujeres y los hombres.

Cualquier tema de diálogo social hace relevante el género, si las personas son la meta de una política institucional, están participando en un programa institucional o se verán afectados por los resultados de un proyecto.

Figura 5

Ejes del diálogo social con autoridades representativas de comunidades indígenas



Este artículo resume una perspectiva dual; por una parte, asume que en las comunidades mayas el diálogo social está considerado un valor moral y, por tanto, es exigible. Su uso está muy institucionalizado a nivel de comunidad y es un principio de organización institucional con que funcionan las autoridades comunitarias como órganos de información y facilitadores del debate. Por otra parte, asume que el desarrollo institucional del Estado tiene varias dimensiones cualitativas, una de ellas consiste en la capacidad de asumir procesos de diálogo social. Esta capacidad dialógica debe estar presente en toda la institucionalidad y de forma transversal, directrices claras, políticas públicas sectoriales y una perspectiva de género y de personal capacitado, en general, mediante una intermediación institucional eficiente y democrática. En consecuencia, asumir la buena fe como enfoque paradigmático del diálogo social, conduce a una relación que será paradigmática en la medida en que el proceso de comunicación esté estrechamente comprometido con procesos diversos difíciles de gestionar y con obstáculos formidables. Transversalizar la perspectiva dialógica, a lo que se añade el género, no consiste simplemente en añadir un componente más a políticas y programas, sino hacer del diálogo una estrategia de acción en el desempeño institucional.

Bibliografía

Álvarez Muro, Alexandra (2001). Análisis de la oralidad: una poética del habla cotidiana. Venezuela: Universidad de los Andes.

Delgado Salazar, Ricardo (2007). Los marcos de acción colectiva y sus implicaciones culturales en la construcción de ciudadanía. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.

Esquit Choy, Edgar; Ochoa García, Carlos (1995). El respeto a la palabra. Guatemala: Cholsamaj-Cecma.

Falla, Ricardo (2013). PopolWuj. Una interpretación para el día de hoy. Guatemala: AVANCSO.

García-Ruiz, Jesús (1998). Hacia una Nación pluricultural en Guatemala. Responsabilidad histórica y viabilidad política. Acercamiento a los implícitos conceptuales del Acuerdo sobre Identidad y Derechos Indígenas. Guatemala: Centro de Documentación e Investigación Maya.

Juncosa, José (2000). Etnografía de la comunicación verbal Sahuar. Quito: Ediciones AbyaYala.

Lozada, M. (2000). *Discurso político e ideología light. ¿Fin del compromiso?*. En Juárez y Arciga (Coords.) La ciudadanía: estudios de psicología política y representación social. México: UAM Iztapalapa, pp. 43-62.

Mayén. M. Guisela (2012). Consulta previa e informada: el caso de Guatemala. Guatemala, ASIES, KAS.

Maxwell J. y R. Hill (2006) Kaqchikel Chronicles. Texas University Press.

Ochoa García, C. (2013). Alcaldías indígenas. Diez años después de su reconocimiento por el Estado. Guatemala: Asociación de Investigación y Estudios Sociales.

Ochoa García, C. (2014). Diálogo señal de nuestra existencia. Concepción, uso y manejo del diálogo por las autoridades Indígenas. Guatemala: Asociación de Investigación y Estudios Sociales.

Padilla, Guillermo (2012). Consulta previa en Colombia y sus desarrollos jurisprudenciales. Una lectura desde los pueblos indígenas, las empresas y el Estado. Bolivia: Konrad Adenauer Stiftung- Programa Regional de "Participación Política Indígena" en América Latina, pp. 81-114.

Petrich, Perla (editora) (1998). Literatura oral de los pueblos del lago Atitlán. Guatemala: Cholsamaj, ediciones Casa de Estudios del Lago.

Ramírez, Carlos Andrés (2011). Consensos fracturados: Hegemonía y teoría de la argumentación. Revista de Ciencia Política. Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen 31 N° 2, pp. 227-245

Sam Colop (2008). Popol Wuj. Guatemala: Cholsamaj.

Sieder, R. (1996). Derecho consuetudinario y transición democrática en Guatemala. Guatemala: FLACSO.

Viaene L. (2015). La hidroeléctrica Xalalá en territorio maya q'eqchi' de Guatemala. Herent, Bélgica, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Gante, Municipalidad de Herent.



5

CONSULTA PREVIA, ¿UN DESAFÍO AL ESTADO NACIONAL?

Lic. Guillermo Vidalón del Pino

Abstract

Se constituye en una reflexión acerca de los riesgos y desafíos que la implementación de la misma está significando para los Estados nacionales latinoamericanos. Sin lugar a dudas, la Consulta Previa implica un reconocimiento al importante aporte de los pueblos indígenas u originarios, así como a las condiciones adversas en las que tuvieron que enfrentar el proceso de conquista y de la resistencia cultural para mantener la vigencia de sus tradiciones y costumbres por más de 500 años.

Sin embargo, en gran medida, la aplicación de la Consulta Previa también ha sido instrumentalizada con fines de política partidaria que no responde a los intereses de los pueblos indígenas u originarios. En función a esta instrumentalización, se buscó que la Consulta Previa se convierta en un elemento aglutinador para lograr votos de dichos pueblos, los que también ejercen ciudadanía. Sin embargo, una vez conseguido el objetivo de llegar al poder y administrar los recursos del Estado nacional, poco o nada es lo que han hecho al servicio de las poblaciones indígenas u originarias.

¿Qué hacer y hacia dónde va la Consulta Previa? Es la pregunta que intentamos responder en este documento.

¿Qué es la Consulta Previa?

La Consulta Previa fue concebida como una oportunidad para propiciar el diálogo armónico, fructífero y fecundo entre dos o más partes provenientes de culturas diferentes. En el caso latinoamericano, particularmente en el del Perú, la Consulta Previa implica un diálogo entre los representantes del Estado y los pueblos que se identifican a sí mismos como herederos de los pueblos indígenas antes del proceso histórico de la Conquista.

La Consulta Previa es concebida por la juridicidad internacional como un Derecho Colectivo que los Estados reconocen a los pueblos originarios, mediante el cual, estos últimos tienen el derecho a recibir información oficial proveniente de los organismos de los Estados acerca de lo que éstos piensen decidir, ejecutar e implementar, previamente, sea cual fuere el nivel jerárquico de la norma que los involucre, sea que estén referidas al espacio geográfico que ocupan en la actualidad. Dichos derechos están relacionados al de información, pero en ningún caso implican un derecho a veto o decisión autónoma de dichos pueblos que contravengan la decisión del Estado nacional.

La Consulta Previa tiene por finalidad informar a los pueblos indígenas sobre las decisiones gubernamentales que podrían afectarlos, también les otorga el derecho de opinar sobre las disposiciones que los Estados consideren oportuno implementar. En este sentido, la Consulta Previa deviene en positiva porque permite a la autoridad escuchar un punto de vista diferente e incorporar aquello que podría resultar útil o corregir su propuesta inicial por otra superior, sin que ello implique renunciar al *jus imperium* que caracteriza a todo Estado. De esta manera, se beneficiarían tanto los pueblos indígenas como la institución estatal.

La Consulta Previa no tiene por finalidad el constituirse en un instrumento jurídico que fomente e incentive los niveles de conflictividad social, menos aún que éstos devengan en acciones de violencia amparados en un supuesto ejercicio de la Consulta Previa para oponerse a alguna decisión de orden superior.

El Derecho a la Consulta Previa no es un proceso eleccionario en el que el elector opta por una u otra propuesta, por ese motivo es que su implementación, si es que se dio, fue seriamente cuestionada, porque lamentablemente fue instrumentalizada como herramienta de la política

para alcanzar fines distintos al que se comunica a los pueblos indígenas. En ese sentido, la Consulta Previa no tuvo un resultado óptimo ni satisfactorio, menos aún cuando finalmente será la autoridad la que decida que interpretó el mejor sentir de los pueblos indígenas respecto de su propia propuesta de gobierno.

La Conflictividad Social, asociada a las demandas de implementación de la Consulta Previa, está referida a la interpretación de la autoridad que, en todo caso, siempre será subjetiva y la posibilidad de objetivarla resulta muy compleja. Cuando la autoridad determinó que algún proceso de Consulta Previa concluyó, siempre surgieron disconformes o quienes cuestionaron el proceso por no considerar en él a alguna otra población que pudiese ser indígena o si no lo era manifestaba serla, y por la proximidad a la población consultada expresaba que había sido excluida.

No obstante, la normatividad indica que la Consulta Previa, una vez implementada, es de cumplimiento obligatorio. Los acuerdos a los que hayan arribado los pueblos indígenas y los representantes del Estado tienen el carácter de cumplimiento obligatorio entre las partes. En este caso, también surgieron desentendimientos, ¿qué pasa si la población indígena incumple algún acuerdo? El Estado nacional, en el plano teórico, tiene la potestad del uso privativo de la fuerza para hacer que cualquier acuerdo de partes se cumpla. A la fecha, los Estados latinoamericanos que incluyeron en su legislación el Derecho a la Consulta Previa, demostraron carecer de decisión política suficiente para implementar sus propias medidas de gobierno a pueblos que carecen de una singularidad tal que las pudiese calificar de origen indígena, menos aún podrán imponer sus decisiones en casos de desavenencias con pueblos que tuviesen origen indígena.

Si la propuesta de implementar la Consulta Previa tiene por finalidad consolidar el carácter democrático, pluralista y tolerante del Estado nacional, el objetivo central no se está cumpliendo. Otra de las inquietudes que surge es ¿qué pasará si el Estado no cumple los acuerdos a que arribe con alguna o algunas pueblos indígenas? El carácter vinculante de la legislación supranacional no fue suficiente para garantizar el ordenamiento jurídico al cual se comprometen los Estados. Entonces, pudiendo ser legítima la aspiración de la Consulta Previa, cabe preguntarse si ésta resulta oportuna en Estados aún no consolidados en todo su espacio territorial.

Los Estados latinoamericanos enfrentan muchas contradicciones en su interior para imponer un ordenamiento jurídico que satisfaga las expectativas de su población, y que ésta última sea consciente de que un ordenamiento implica aceptar que todos debemos cumplir con deberes con relación al Estado nacional, respecto del cual podemos demandar el cumplimiento de nuestros derechos.

¿Qué debemos entender por Consulta Previa?

Es la disposición de los Estados nacionales de acudir en búsqueda de sus pueblos originarios para recoger su opinión respecto de normas que el Estado estima habrá de implementar, en áreas en las que los pueblos indígenas ejercen lo que se denomina Derechos Colectivos. La afectación -directa o indirecta- de estos derechos, es lo que sería objeto de la Consulta, sea que ello implique un cambio normativo o una afectación física, como podría ser la disposición de un área superficial donde la población indígena se encuentre asentada. En este punto, también suelen surgir grandes diferencias. La principal está referida a que los Estados nacionales latinoamericanos son herederos de la tradición jurídica del Derecho Continental; donde, en lo concerniente a los Derechos Reales, se entiende que éstos conceden propiedad sobre el terreno superficial mientras que el subsuelo -en todos los casos- sería del Estado, el que dispone libremente cómo aprovechar las riquezas que en él se encuentren.

La dicotomía entre el terreno superficial y el del subsuelo fue objeto de muchas controversias porque para acceder al subsuelo se necesita disponer del área superficial, salvo que se emplee una explotación subterránea direccional, pero ésta no siempre es factible y -generalmente- se empleó cuando las características del terreno superficial dificultaban el establecimiento de una planta en el área superficial.

Por otro lado, ¿qué pasa si en el área superficial una población indígena ejerce los denominados Derechos Colectivos y el Estado nacional mantiene interés en extraer las riquezas del subsuelo? Por el ejercicio de la Consulta Previa, se debe entender que el Estado inicia el proceso para conocer la disposición de la población indígena para que emita opinión sobre la operación de extracción que se llevaría a cabo en el área superficial donde ejercen sus Derechos Colectivos.

El Estado tiene diferentes niveles de gobierno. En el caso peruano, existen cuatro niveles de gobierno: el distrital, fácil de identificar en las áreas urbanas, aunque no exentos de problemas limítrofes, inclusive en los denominados barrios residenciales de la capital del Perú, Lima. En junio de 2014, los cuerpos de seguridad local -denominados "serenazgo"- de dos distritos se enfrentaron por la posesión de un área que los alcaldes de cada comuna consideran que forma parte de sus respectivas jurisdicciones. Lo cual resulta un sin sentido. Sin embargo, el gobierno central no es capaz de emitir una resolución que dirima y termine con un problema que se arrastra desde hace décadas, perjudicando a los vecinos de la zona en litigio.

La segunda instancia de gobierno es la provincial. En ella se agrupa a varios distritos y se define políticas que impactan de diferente manera a los vecinos. La tercera instancia es la regional que, a su vez, agrupa a varias provincias. Y, finalmente, la cuarta instancia, el Gobierno central presidido por el Poder Ejecutivo, que a su vez es presidido por el presidente de la República. En el nivel más alto de la administración pública, se encuentra el Poder Legislativo que reúne a la representación parlamentaria de toda la Nación.

Para su funcionamiento, cada una de estas instancias de gobierno debe emitir normas legislativas que tienen diferente rango y finalidad. Los Congresos Legislativos cumplen por función el emitir leyes, también lo puede hacer el Poder Ejecutivo, siempre que cuente con el otorgamiento de facultades legislativas por parte de la representación parlamentaria -sea que haya una o dos cámaras-; en este caso, el Poder Ejecutivo emite Decretos Legislativos y, en los períodos de cierre del Congreso, ejerce dicha función la Comisión Permanente del Congreso, presidida por el titular de ese Poder del Estado. Si se produjese una interrupción en el sistema democrático de gobierno, quien asume las funciones de gobierno lo hace mediante la emisión de Decretos Leyes.

Los Gobiernos regionales emiten Ordenanzas Regionales a través de los Consejos regionales, especie de representación parlamentaria dentro de la jurisdicción regional. Luego, tenemos a las municipalidades distritales y provinciales; cada una de ellas emite ordenanzas.

Otras instituciones del Gobierno central emiten Decretos Supremos (DS). Por ejemplo, el Gobierno central emite DS para reglamentar las leyes. El Poder Ejecutivo tiene la potestad constitucional de reglamentar las

leyes que emite el Congreso de la República. Asimismo, los ministerios, entidades adscritas al poder Ejecutivo, emiten resoluciones autorizando el ejercicio de alguna actividad.

Según los principios que inspiran la Consulta Previa, las instancias de gobierno, antes de emitir alguna normatividad, deben consultar a los pueblos indígenas para conocer si alguna normatividad colisiona con sus Derechos Colectivos. La Consulta Previa, concebida de manera extensa, podría resultar un riesgo para la gobernabilidad del Estado nacional en la medida que los mecanismos de su implementación resultan complejos y dilatorios, lo que añade una cuota de incertidumbre respecto del desarrollo de algún proyecto, plan de gobierno u otro que se relacione con los pueblos indígenas.

La Consulta Previa, tal como está concebida, colisiona con los principios de todo Estado democrático que se basa en el sistema de representación, cada ciudadano un voto. La Consulta Previa indica que se consulta, valga la redundancia, a los pueblos indígenas u originarios en función de sus organizaciones representativas. Aquí también surge otro problema, ¿cuáles son las organizaciones representativas y quién determinará su reconocimiento? Tengamos presente que en la mayoría de los casos, a lo largo de la historia, los grupos humanos tienen enorme dificultad para lograr consensos, menor aún es la pretensión de alcanzar la unanimidad y los países latinoamericanos no están exentos de esta realidad. Por lo general, una práctica muy extendida es que aquel que discrepa con las decisiones de la junta directiva de su organización, pretenda la conformación de otra organización paralela y pugne por lograr su inscripción o reconocimiento en función a lo que determine alguna autoridad de rango superior, generándose, otra vez, un escenario de conflictividad antes que de encuentro.

En teoría, la Consulta Previa debe realizarse en función a criterios objetivos y subjetivos establecidos en las leyes y reglamentaciones, sean que involucren a la competencia jurídica nacional o a la internacional. No obstante, los problemas en su implementación fueron tan complejos que muy pocos Estados lograron un ejercicio incuestionable de la implementación del mismo, por no decir ninguno.

Dentro de mi particular punto de vista, el concepto de la Consulta Previa fue tan instrumentalizado por quienes consideran que a través de él se puede conseguir algún espacio de resonancia y notoriedad social que,

en el corto, mediano o largo plazo les signifique un rédito político. En el Perú, muchos dirigentes que -pudiendo ser parte o no de una población indígena-, enarbolaron alguna causa de su población originaria y, una vez que lograron su real finalidad política, como fue la de alcanzar un curul parlamentario en el próximo proceso electoral, dejaron de lado las acciones reivindicativas que los encumbraron y, peor aún, muchos de estos casos terminaron vinculados a actividades ilícitas como el narcotráfico, la tala forestal o la extracción de minerales sin el menor cuidado ambiental.

El gran riesgo de la Consulta Previa es la manipulación a que puede ser sometida. A principios de los años 90 del siglo XX, el autor trabajó en la industria petrolera, en zonas de comunidades nativas, en la selva ubicada al noreste del país. Algunos hijos de dirigentes de comunidades nativas tenían una gran formación académica, inclusive hablaban con gran propiedad el idioma inglés y habían culminado estudios universitarios en prestigiosas universidades del mundo desarrollado occidental. En sus pueblos vestían a la usanza tradicional, pero en cuanto salían se incorporaban a los usos y costumbres de occidente. Cuando se les preguntaba por qué dicha práctica si se sentían muy orgullosos de su origen, la respuesta era "para no ser marginados". Ésa resultaba una respuesta convincente, pero lo más sorprendente para mi persona era que manifestaban no sentirse parte del Estado peruano y que sólo les quedaba negociar las mayores ventajas posibles para su población. Hasta aquí, ello resultaba razonable, en la práctica era una demanda de mejores condiciones, ventajas y reconocimiento por el empleo de lo que denominaban sus "territorios". La mayor discrepancia surgía cuando ellos argumentaban que la amazonia era el pulmón del mundo y que el Estado peruano no lo estaba protegiendo de manera conveniente al permitir el ingreso de industrias que podrían afectar el bosque tropical. Uno retrucaba indicándoles que el Estado es el propietario del subsuelo y, por lo tanto, es legítimo que emplee sus potencialidades para financiar el desarrollo de los ciudadanos que integran la Nación peruana. Ellos argumentaban que no formaban parte de la Nación y que, al igual que algunos organismos internacionales -entiéndase Organizaciones No Gubernamentales- consideraban que el territorio amazónico debía ser "administrado" por un organismo internacional que evite la presencia de toda actividad económica que implique un riesgo al bosque. En ese sentido, les indicaba, si eso es así, si el bosque amazónico es el pulmón del mundo y se desea que el Estado peruano no utilice sus

potencialidades, lo lógico sería que se nos compense económicamente. La frase que solía emplear era: Que así como el mundo desarrollado es el primer responsable del impacto ambiental, son ellos quienes deberían compensarnos económicamente por dejar de emplear las riquezas del Estado nacional. Ello implicaba explorar, determinar el valor de la riqueza, abandonar la explotación del mismo y solicitar el justiprecio del mismo a la administración internacional para financiar nuestro desarrollo. El debate por entonces quedó trunco porque no hubo una respuesta ni un ofrecimiento concreto al respecto.

Una vez más, el gran riesgo de caer en un entusiasmo efímero sin mayor análisis de los pros y los contras de una propuesta de origen foráneo -que no necesariamente refleja los intereses nacionales-, puede significar un gran riesgo y potencial conflicto a futuro al interior de nuestros respectivos países, antes que el desarrollo e implementación de un espacio de diálogo concertado y propositivo en favor de la interculturalidad.

Si una propuesta como la que he reseñado en los párrafos previos hubiese logrado consolidarse e implementarse en desmedro del Perú, el Estado nacional quizás hubiese perdido el 50 por ciento de su territorio y nadie garantiza que necesariamente el tutelaje internacional hubiese resultado positivo para los pueblos originarios que allí habitan.

Según la legislación peruana, son los organismos designados por el Estado nacional los que deben llevar a cabo la implementación de los mecanismos de consulta. Ninguna otra. No es responsabilidad de instituciones privadas ni de gobiernos subnacionales. Sin embargo, en el Perú, es común la instrumentalización de la Consulta Previa por parte de diversas instituciones con fines políticos soterrados. Por ejemplo, la oposición al desarrollo de muchos proyectos extractivos -mineros principalmente-, suele implementar "procesos de consulta previa" de manera autónoma en pueblos que no mantienen prácticas ancestrales, que son grupos poblacionales con prácticas, usos y costumbres occidentales, que participan en procesos electorarios democráticos para elegir a autoridades locales, provinciales y nacionales; pero que vieron en el proceso de consulta una oportunidad para alcanzar sus fines políticos. Los proyectos mineros "Manhattan" y "Río Blanco", ambos en Piura, fueron detenidos después de la instrumentalización política de "procesos de consulta" en los que los opositores a los proyectos

convocaban, informaban y realizaban el proceso de cómputo de los votos. Luego argumentaban, según el resultado de “la Consulta Previa”, la población de tal o cual poblado se opone al desarrollo de la actividad minera. El proyecto minero aurífero “Conga” en la región Cajamarca, ubicado en la sierra norte del país, también fue detenido, a pesar de que cumple con todas las disposiciones legales solicitadas por el Gobierno nacional. El proyecto argentífero Santa Ana en la región Puno también se encuentra detenido y el Estado peruano fue judicializado por los inversionistas en demanda de su legítimo interés. Otros casos son los de la ampliación de la mina Toquepala en Tacna, la región más austral del Perú, y el proyecto minero de cobre Tía María en la región Arequipa. En todos los casos, la instrumentalización de la “Consulta Previa” terminó por desvirtuar sus objetivos.

Desde el ámbito empresarial, es importante dar a conocer los riesgos que implica la implementación de un mecanismo jurídico, como la Consulta Previa, que fácilmente viene siendo empleado por sectores políticos para motivar e incentivar la conflictividad social y, en muchos casos, derivar en acciones de violencia que debilitan el *ius imperium*, el ejercicio del Principio de Autoridad y el concepto de Estado Nacional Unitario que debe primar por encima de cualquier interés particular, sea cual fuere.

A pesar del escalamiento de la conflictividad social y de todos los actos de violencia que se vinieron presentando en los últimos años, cada vez con mayor frecuencia, y habiéndose constatado que los principios que inspiran a la Consulta Previa fueron vulnerados de manera reiterativa, los Estados nacionales no generaron mecanismos para sancionar ejemplarmente a quienes “implementan” procesos de consulta dejando de lado a los organismos del Estado ungidos con dicha potestad.

En el Perú, la legislación indica que es el organismo estatal responsable de promover alguna norma legislativa o administrativa la que debe promover el proceso de Consulta Previa y es el Ministerio de Cultura, a través del Viceministerio de Interculturalidad, la entidad especializada en materia indígena del Estado. El Viceministerio de Interculturalidad es el organismo que debe indicar quiénes son sujetos de Consulta Previa, todos aquellos pueblos que no están incluidos en la Base de Datos de los Pueblos Indígenas u Originarios que establezca, se entiende que quedan sometidos a las disposiciones de los organismos del Estado y respecto de los cuales no debe llevarse a cabo ningún proceso de consulta. Se

considera que la normatividad emanada de los órganos competentes, según los procedimientos legítimamente establecidos, constituyen actos de gobierno, por consiguiente, sus normas deben ser acatadas.

El Viceministerio de Interculturalidad tiene por misión proponer, elaborar y conducir la política para implementar el Derecho a la Consulta Previa. También todo lo referente a otorgar asesoramiento, asistencia técnica, capacitar a los promotores de los procesos de consulta, así como promover en los pueblos indígenas u originarios, la formación de facilitadores interculturales, registrar a intérpretes para que les puedan comunicar a las pueblos indígenas qué es lo que desean llevar a cabo y el porqué de su interés de implementar la Consulta Previa.

Para cumplir dicho objetivo, el Viceministerio de Interculturalidad debe promover la formación de intérpretes. Aquí también hay un gran vacío. El Estado nacional, por razones de coyuntura políticas, aprobó la Ley de Consulta Previa y, posteriormente, en el ejercicio de los actos de gobierno, se preguntó cómo, a quién y con quién iba a implementar la Consulta Previa si ni siquiera contaba con intérpretes que garanticen la transmisión efectiva de los conceptos que querían comunicar ni la finalidad de lo que denominan la Consulta Previa. Se registraron avances en el plano normativo, pero muy poco o nulos avances en el terreno real de la implementación y aceptación legítima de lo que se estima fueron las conclusiones de los procesos de consulta llevados a cabo en el país.

El proceso de implementación de la Consulta Previa ocasionó varios problemas. El principal es que algunos consideran que es un proceso electoral por medio del cual el poblador indígena deberá optar por tal o cual opción. La intención de quienes conciben la Consulta Previa no es la de someter el proceso a un acto de votación, para eso se llevan a cabo los procesos electorales según los calendarios previamente establecidos y que tienen carácter y garantías constitucionales de su ejercicio periódico.

Para que funcione la Consulta Previa, tanto el Estado como los pueblos indígenas deben asumir que la consulta es un proceso de diálogo intercultural y con multi-actores, porque en muchos casos los proyectos de desarrollo de infraestructura, como una carretera, un proyecto hidroeléctrico, extractivo, un muelle, la derivación de aguas de una laguna o conducción de las aguas de un río hacia un cauce que no es el

original, podría abarcar áreas en las cuales se asientan diversos grupos de pueblos indígenas.

El proceso de Consulta Previa y su implementación, a pesar de ser complejos, no constituyen un problema en sí mismos. No obstante, sí deviene en un problema el que la legitimidad jurídica del proceso de Consulta Previa termine por desafiar el interés de la colectividad nacional cuando surjan intereses contrapuestos y, lo más probable, es que ello ocurra. La experiencia jurídica acumulada al respecto señala que la Consulta Previa no implica el Derecho de Veto, pero ¿qué va a suceder cuando el Estado nacional, en representación de la colectividad nacional, decida disponer de áreas ocupadas ancestralmente por pueblos indígenas y estos últimos se opongan? ¿existe la suficiente conciencia nacional, sentimiento de pertenencia e identidad de los pueblos indígenas como para sentirse parte de un conjunto poblacional más vasto y estar dispuestos a ceder territorio de su hábitat en función del conjunto? En este sentido hay que ser muy realistas, las posibilidades de que el Estado nacional disponga de áreas similares a las de los pueblos indígenas para trasladarlos y que ellos se sientan cómodos y dispuestos al tránsito, es ciertamente un potencial conflicto con implicancias incalculables.

En ese sentido, la reflexión acerca de los riesgos que presenta la implementación de los procesos de Consulta Previa sigue latente, subsecuentemente, siempre resultará positivo cavilar sobre el mismo tomando en cuenta las diversas posiciones que legítimamente surgen entre los grupos humanos que conforman un Estado nacional.

En el Perú, la Ley No. 29785, denominada de Consulta Previa, se basa en principios fundamentales para el ejercicio del Derecho a la Consulta Previa, como son: a) La Interculturalidad que implica el conocimiento y reconocimiento del derecho del otro, del próximo diferente a uno mismo, del pueblo indígena respecto del o los representantes del Estado nacional. Así como también, el respeto mutuo y la voluntad de adaptarse a las diferencias que singularizan a las culturas, sean éstas de orígenes occidentales u originarios.

Al respecto, uno de los problemas en la implementación de la Consulta Previa es el egocentrismo cultural de Occidente que prima en el Gobierno nacional del Estado peruano. El pueblo que se reconoce como heredero de la cultura occidental es consciente de su vastedad en el ámbito nacional e

internacional; por consiguiente, sus relaciones o su potencial desarrollo en función a intercambios y mutuas reciprocidades fue históricamente mayor, no superior. Sin embargo, esta consciencia de la vastedad de occidente y del poderío del mismo llevó a que muchos “agentes” de Occidente estimen que pertenecen a “una cultura superior”, por lo tanto, tendrían derecho a ejercer y desenvolver sus propios intereses por encima de pueblos indígenas que pertenecen a otra tradición histórica, por cierto menos vasta.

El pretender que la amplitud, vastedad y poderío de la cultura occidental representa un rasgo indudable de superioridad respecto de otras culturas es un error y motivo de conflictividad; por consiguiente, en virtud de los preceptos de la Consulta Previa, los funcionarios de los Estados nacionales están obligados a otorgar equivalente escala valorativa de la de su propia cultura (occidental) a la de la cultura de los pueblos indígenas. Ello significa no allanarse a toda pretensión de algún pueblo indígena, asumiendo una actitud paternalista, pero tampoco menospreciar a la cultura indígena.

El Derecho occidental se caracteriza por sustentar la ejecución de sus propias normas en el principio de la “Buena Fe” que, para el caso de la Consulta Previa, implica la actuación honesta de los funcionarios del Estado nacional, con reciprocidad y objetividad respecto de la acción de interrelación que desarrollan para y con los pueblos indígenas. La Buena Fe implica confianza en que aquello que se dice expresa, de la mejor manera posible, lo que efectivamente se siente en su fuero interior y se transmite de la manera más conveniente para que el intérprete o la otra parte en el proceso de interculturalidad entienda qué es lo que quiere el colectivo denominado pueblo indígena.

No obstante, todos debemos ser conscientes de que la transmisión de ideas en muchas oportunidades es difícil entre personas que tienen un mismo origen cultural, con mayor razón lo es entre quienes tienen orígenes culturales diferentes y, por consiguiente, los riesgos de desentendimientos y malas interpretaciones son mayores. La buena fe, para quienes provenimos de una tradición occidental, significa confianza, colaboración y respeto mutuo; sin embargo, el sustrato en un funcionario de origen occidental podría ser diferente del de un representante de un pueblo indígena. Por ejemplo, el funcionario del Estado nacional, una vez superadas las barreras del idioma y el establecimiento de códigos de

entendimiento y comprensión, actúa en función a su tradición, él va en representación del Estado y logra acuerdos con quienes se constituyen en su contraparte en el diálogo intercultural. En las negociaciones, el funcionario asume la responsabilidad de los actos que suscribe y espera que el representante indígena también lo haga, pero sucede que éste último no maneja el concepto de representatividad por delegación -como corresponde a nuestra tradición democrática-; en los pueblos indígenas, la representatividad del o los dirigentes está circunscrita al recojo y transición de la propuesta del funcionario del Estado nacional al pueblo indígena, por eso es que el dirigente indígena no toma decisión, sino transmite y retorna con la respuesta de su pueblo. Este ejercicio diferenciado e interpretación distinta de los alcances de la representatividad que ejerce el funcionario nacional respecto del encargo que recibe el dirigente, implica en sí mismo un desencuentro porque uno espera alcanzar un acuerdo colaborativo en un menor plazo y el otro requiere un tiempo mayor para la "maduración" de la propuesta recibida.

Las normas del Estado nacional, respecto de la Consulta Previa indican que los representantes de los pueblos indígenas están prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas; pero, ¿qué es la democracia para un pueblo indígena?, la eleccionaria que llevamos a cabo en occidente, la de consulta a estamentos propios de las instituciones de los pueblos indígenas. ¿Qué pasa si al interior de las organizaciones de los pueblos indígenas surgen discrepancias y disputas insalvables que no les permiten arribar a algún acuerdo consensuado respecto de alguna propuesta del Estado nacional? ¿tendrá el Estado nacional que postergar indefinidamente las expectativas de desarrollo de la colectividad nacional que representa hasta que el o los pueblos indígenas decidan tomar decisión?

¿Debemos presumir que los representantes de los pueblos indígenas se encuentran exentos de todo interés por el proselitismo político partidario? ¿o ello será acaso una muestra de ingenuidad de parte del Estado nacional?

Otro de los preceptos de la Consulta Previa es el de la flexibilidad. El Estado nacional, según este principio, en la implementación de los mecanismos de consulta debe adoptar procedimientos apropiados que tomen en cuenta las características de los pueblos indígenas.

Nuevamente, es más fácil decirlo que implementarlo ¿quién determinará hasta dónde se puede y debe ser flexible o tolerante respecto de las propuestas o decisiones de los pueblos indígenas? ¿qué pasa si el pueblo indígena considera que la sostenibilidad y trascendencia de su identidad cultural se pone en riesgo, si la admisión de alguna propuesta del Estado nacional implica dejar el hábitat tradicional en el que el pueblo indígena se desarrolló históricamente?

El escenario ideal de la flexibilidad en los procesos de Consulta Previa implica la disposición del Estado nacional a no hacer uso de ningún tipo de coacción o condicionamiento. ¿Se debe entender que el Estado nacional renuncia al uso privativo de la fuerza en función a la Consulta Previa? consideramos que no. Lo intrínseco del Estado nacional no puede ponerse en juego, de lo contrario implica el reconocimiento del Estado nacional de la subsistencia de un estado a su interior, aunque sea de menor dimensión.

Con relación a la Consulta Previa; por un lado, la teoría jurídica señala que no implica Derecho de Veto, pero si en la práctica el pueblo indígena ejerce un Derecho a Veto, el Estado nacional termina atado de manos porque se le indica que debe actuar con "Ausencia de Coacción"; es decir, renunciando a una potestad inherente a todo Estado.

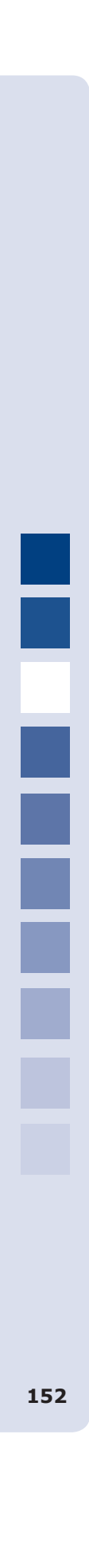
Otro ítem que se debe tener presente, ¿quién garantiza que al interior de los pueblos indígenas no haya coacción de un organismo representativo respecto de otro? A veces, me parece que los occidentales que desarrollaron esta propuesta de Consulta Previa, olvidaron que en la fase de consolidación de los Estados nacionales más evolucionados hubo etapas en su historia de que el ejercicio democrático al interior de los mismos no era universal y que estaba restringido a un grupo, sea por origen, nivel educativo o económico -pago de impuestos-, lo que implicaba que un grupo al interior de la organización occidental se imponía a otro hasta que la evolución de la democracia hizo que el voto sea universal y secreto.

El paternalismo subyacente en el pensamiento del "Buen Indígena", respecto del "Mal Occidental" por el impacto de su estilo de vida, nos llega a una negación de sí mismos, asumiendo que unos son malos respecto de otros y ello no es más que un prejuicio injustificado. En toda sociedad hay acciones positivas y negativas a lo largo de su historia y

Occidente no tiene por qué sentirse ni mejor ni menos que ningún otro pueblo.

En el Perú, la Ley de Consulta Previa (Ley No. 29785) estableció criterios objetivos y subjetivos para la identificación de los denominados pueblos indígenas u originarios. Dentro de los criterios objetivos establecidos expresamente en el artículo 7 de la norma antes señalada, se precisa que a) La descendencia directa de los pueblos originarios del territorio nacional. b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente ocupan. c) Instituciones sociales y costumbres propias. d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.

Debemos entender que estos criterios objetivos tienen que darse en conjunto y no uno independientemente de otros. Empero, el legislador debió ponerse en algunos de los supuestos que habrá de enfrentar el funcionario público, quien finalmente será el que otorgue un documento en el que se señale que tal o cual grupo humano califica como "pueblo indígena" porque cumple con todos los criterios objetivos y subjetivos (posteriormente reseñaremos los criterios subjetivos). Imaginemos cómo es que un funcionario público podrá establecer quién sí es descendiente directo de un pueblo indígena y quién no. Si por la acción de terceros, surge algún interés económico en un área ocupada por algún pueblo indígena -como podría ser el desarrollo de proyectos extractivos, los que suelen tener un significativo valor económico-, es muy probable que muchas personas argumenten que son descendientes directas de pueblos originarios, como de seguro la mayoría de peruanos lo somos, ¿quién querría perder la oportunidad de beneficiarse económicamente? ¿cómo establecer hasta dónde es válida la descendencia? Un poblador que dejó de estar físicamente en un pueblo indígena, sea por motivos de trabajo, de salud, etc., por un número de años o por algunas generaciones porque finalmente tuvo que sobrevivir y adaptarse a un nuevo espacio y costumbres "occidentales" para ser aceptado, pero que en su espacio más íntimo siguió rindiendo culto a sus creencias será considerado un descendiente de su pueblo indígena originario o aquel debe ser marginado o no incluido. El argumento para segregarlo será que no mantiene un estilo de vida, pero el descendiente indígena podrá argumentar que en su fuero interno familiar sí mantuvo la tradición y el estilo de vida, pero que no podía hacerlo público en razón que por diferentes circunstancias tuvo que vivir en un ámbito dominado por los "occidentales" de, por



ejemplo, la capital del Perú, Lima. La vinculación con el territorio debe ser entendida como una condición física, el descendiente indígena no debe haberse trasladado de su zona originaria. Qué pasa si el poblador indígena descendiente vive en una ciudad occidental y se traslada para las principales actividades costumbristas de su pueblo originario, donde ratifica su vinculación cultural, histórica y recrea sus tradiciones y costumbres. En el caso anterior, ¿la persona que se encuentre en esta condición no va a ser considerada descendiente? ¿ello resulta razonable? Los pueblos indígenas tienen instituciones sociales propias que mantienen y solventan, principalmente, gracias al apoyo de aquellos descendientes que mantienen su identidad cultural y que actúan en simultáneo en la esfera occidental ¿Esta “bifurcación” será considerada razón suficiente para excluir a dichos descendientes de los Derechos Colectivos que se reconocerían a los pueblos indígenas en función a la ley de Consulta Previa? Es costumbre que los pueblos indígenas se apoyen en sus “hermanos”, en su “familia extensa” para mantener y recrear sus instituciones sociales; ahora, resultará que el aporte económico necesario para mantener la tradición cultural del pueblo indígena terminará convirtiéndose en un mecanismo de exclusión. El indígena que habita la mayor parte del año en un espacio occidental, pero que emocionalmente se siente indígena y objetivamente refuerza las costumbres de su pueblo originario con el aporte económico que logró en el “espacio occidental” habría incurrido en un “tipo delictivo” que lo arrastre al “suicidio cultural”. Considero que ello es injusto.

Cuando la norma hace referencia a los “Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional”, está contemplando el caso del indígena que se trasladó a un espacio “occidental” en función de una estrategia de supervivencia intergeneracional pero que, al mismo tiempo, históricamente mantuvo sus costumbres al retornar a su pueblo originario ¿O a él lo considerará un asimilado culturalmente de occidente? La Ley de Consulta Previa, según nuestro modesto entender, genera más dudas que clarificaciones y su aporte a un entendimiento intercultural aún está por verse.

Con relación a los denominados Criterios Subjetivos, la norma hace referencia a la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria. Otra vez, será el funcionario público quien analizará y decidirá quién posee conciencia de grupo colectivo y, por consiguiente, sentimiento de pertenencia e identidad respecto de un pueblo indígena.

En la práctica, esto significa que un “occidental” o indígena asimilado, por lo tanto, quien renunció a su pasado indígena o lo hicieron sus antepasados, y que fue empoderado por la organización del Estado nacional, tendrá que “distanciarse” de sus propios juicios de valor y consideraciones frente a un pueblo indígena para decidir si le confiere el título de tal y, por ende, el reconocimiento de los Derechos Colectivos que le conferiría.

Con relación a un pueblo indígena u originario, el funcionario deberá consignar información que permita el reconocimiento y la caracterización de un pueblo indígena respecto de otro, como suele ocurrir principalmente en la Amazonia, donde varios pueblos indígenas la ocupan. Los criterios que establece la norma (Ley No. 29785) en su artículo 7. son: autoidentificación, autodenominación y denominación oficial; lengua e idioma; historia de la comunidad o grupo humano; organización social; organización política; actividades económicas; uso del territorio y del hábitat; cosmovisión, creencias y prácticas ancestrales.

Los dos primeros criterios son subjetivos y corresponden su establecimiento al pueblo indígena. Si se trata de una autoidentificación y autodenominación, la potestad del funcionario público se diluye porque no estará en su competencia el establecimiento de estos criterios. A ello se le añade la denominación oficial, indubitadamente será el representante del Estado nacional quien la confiera.

Al respecto, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), señala en su artículo 2 que este Derecho a la Identidad busca, además del reconocimiento, que se garantice la existencia del pueblo indígena; en ese sentido, es menester preguntarse ¿cuáles serían los elementos constitutivos que garanticen la existencia de un pueblo indígena? ¿será el espacio geográfico? consideramos que no. Hay muchos pueblos que, como el judío, fueron privados de su territorio durante miles de años y es su tradición cultural, su intangible, su imaginario colectivo lo que les permitió mantener una identidad particular. Entonces, el elemento espacio geográfico que ocupa un pueblo indígena no debería ser considerado necesariamente como elemento constitutivo de la identidad; sin embargo, se debe reconocer que todo pueblo requiere un escenario físico o virtual que les permita la comunicación y recreación de todo aquello que los vincula.

El criterio de lengua o idioma será más fácil de reconocer por criterios elementales de diferenciación respecto de otras lenguas. La historia de la comunidad también será potestad del pueblo indígena a quien la transmita. Desde al ámbito occidental, debemos ser conscientes de que las lenguas indígenas son ágrafas; por lo tanto, la certeza de que la trasmisión oral sea una fuente infalible de transmisión de la historia colectiva deviene en difusa.

Lo referente a las organizaciones sociales, políticas, actividades económicas, uso del territorio y del hábitat resultan más fáciles de registrar y probar su existencia y funcionamiento, porque todos los pueblos, indígenas o no, a lo largo de la historia establecieron elementos de recordación, de perdurabilidad de los acuerdos y de la tradición. Cada pueblo explica o recrea su propia cosmovisión, a ello se denomina "cultura viva". Además de las creencias y prácticas ancestrales que acostumbra repetir de manera cíclica.

Quienes realizaron un trabajo antropológico más exhaustivo, suelen señalar que en los procesos de identificación de los pueblos indígenas u originarios, se debe contar con una pluralidad de fuentes para disponer de información socio-cultural relevante que represente los diferentes puntos de vista existentes al interior de un pueblo indígena. Otra vez, la misma doctrina reconoce las dificultades en el establecimiento de las fuentes de información para la caracterización e individualización de un pueblo indígena u originario. Como lo señalamos anteriormente, ¿qué pasa si la información recogida de diversas fuentes resulta contrapuesta? ¿por cuál de ellas debe optar el funcionario del Estado nacional? ¿a cuál de ellas va a privilegiar o simplemente debe registrar la diversidad sin proporcionar información relevante al Estado nacional para identificar con quiénes debe establecer un relacionamiento colaborativo? Otra vez, la Ley de Consulta Previa ofrece más interrogantes que certezas. En suma, una negociación con un alto grado de complejidad.

El denominado Derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas u originarios adquiere materialidad en función a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, donde se especifica los Derechos Colectivos que se reconocen a dichos pueblos.

El Derecho a la Participación de los Pueblos Indígenas en los programas del Estado nacional, tiene por finalidad incorporarlos en los planes de

desarrollo que la instancia de gobierno central reciba respecto de ellos. Esto fomenta la co-participación y la asunción de responsabilidad y genera el desarrollo de un sentimiento de identificación y pertenencia a un colectivo mayor que denominamos Estado nacional. La Participación de los Pueblos Indígenas u Originarios busca reconocerles derechos políticos y jurídicos a sus usos y costumbres normativos. Lo que en nuestro derecho occidental hemos denominado Derecho Consuetudinario. Bajo esta óptica, el Estado nacional informa, comparte, comunica, escucha, reflexiona e incorpora aportes del pueblo indígena. La base legal se halla en el Convenio 169 en sus artículos 2, 6, 7, 15, 22 y 23 principalmente.

En concordancia con el artículo 7 del Convenio 169, los pueblos indígenas tienen la facultad de participar en las decisiones del Estado nacional en aquello que les atañe con la finalidad de preservar la sostenibilidad cultural de las mismas, atender sus aspiraciones dentro de sus particulares percepciones y estrategias de desarrollo.

En ese sentido, el Estado nacional es el obligado a concertar espacios de diálogo con los pueblos indígenas y otros actores sociales que pudiesen tener interés en la interrelación o el espacio que ocupan los pueblos indígenas. Como producto de la globalización de las economías, es natural el proceso de expansión de conglomerados empresariales de origen nacional o extranjeros, por consiguiente, no debe resultar extraño que algún emprendimiento empresarial tenga interés en un área que ancestralmente vino siendo ocupada por pueblos indígenas; por lo tanto, la importancia de lograr consensos antes que confrontaciones resulta de vital importancia. Antes del arribo de algún interés empresarial a un espacio ocupado por algún pueblo indígena, es preferible, recomendable y conveniente la llegada del Estado nacional porque los tiempos del Estado nacional tienen carácter de permanencia, subsecuentemente son indefinidos; mientras que los tiempos de los actores privados tienen metas, plazos que cumplir, compromisos económicos que deben dar cuenta de su actuación, empero el Estado nacional da cuenta de sus actos de cara a la historia.

Bajo esta perspectiva, es el Estado nacional el que deviene en obligado a generar espacios de consensos para la implementación de sus políticas públicas, éstas adquirirán particular legitimidad en los pueblos indígenas cuando ellas hayan sido concertadas; por lo tanto, sus acuerdos se conviertan en sostenibles. Al respecto, cabe preguntarse

¿qué es sostenible para el Estado nacional y qué lo será para un pueblo indígena? Algunos señalan que la reducción de la pobreza y la mejora en las condiciones de vida constituirían *per se* puntos de encuentro entre el Estado nacional y los pueblos indígenas. Entonces, preguntémosnos ¿qué es la pobreza?, las condiciones de vida por debajo de un estándar occidental que nos indica que todo aquel que tenga un ingreso inferior a dos dólares americanos al día es pobre. Empero, la misión del Estado nacional será la de generar las condiciones para que el pueblo indígena tenga un alivio a sus condiciones de vida o incrementar su capacidad de generación económica en función a estándares occidentales.

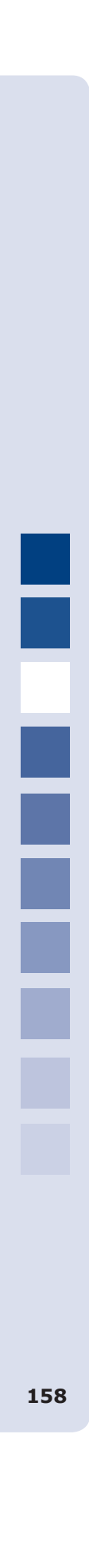
Hay que tener mucho cuidado con la implementación de políticas públicas con criterios meramente occidentales para orientarlos en “beneficio” de pueblos indígenas, particularmente porque nuestros Estados nacionales latinoamericanos son organismos concebidos a partir de una visión histórica occidental. No vayamos a caer en excesos y los pueblos indígenas terminen por decirle al Estado: “No me protejas tanto que me asfixias”. Lo que el mundo occidental cataloga como pobres no necesariamente coincide con la conciencia que de sí mismos tienen de los pueblos indígenas. Mientras que los ciudadanos occidentales tenemos que vacunarnos contra la fiebre amarilla antes de visitar una zona donde habitan pueblos indígenas, ellos generaron al interior de sus organismos mecanismos de defensa que no requieren la protección de la medicina occidental y la aplicación indiscriminada de vacunas occidentales, o de cualquier otra medicina que podría ocasionarles daños mayores a las habituales contraindicaciones que confrontamos los occidentales de nuestras medicinas. Este ejemplo demuestra que debemos ser cautos en los programas de apoyo social y alivio a la pobreza si se trata de pueblos indígenas u originarios.

Un debate similar podría darse si nos referimos a mejorar las condiciones de vida de los pueblos indígenas, inclusive pueblos altoandinos, con mucho mayor vinculación con la cultura occidental respecto de los pueblos amazónicos, mantienen costumbres y culturas ancestrales con una lógica totalmente justificada respecto de la occidental. Por ejemplo, las propuestas occidentales de una vivienda moderna, con todos sus servicios al interior de ella difieren de lo que se considera positivo en otros grupos humanos. Recuerdo que una propuesta de mejora de las condiciones de vida ofrecidas por una empresa extractiva contemplaba otorgar viviendas gratuitas a una población altoandina a cambio de la ocupación

de su terreno superficial. En la propuesta de diseño arquitectónico, los servicios higiénicos se ubicaban al interior de las viviendas, lo cual fue observado por los pobladores, quienes argumentaron respecto de la propuesta occidental, ¿a quién se le puede ocurrir tener un servicio al interior de la vivienda, si de lo que se trata es de procesar desechos orgánicos para darles un uso ulterior? En la mayoría de las ciudades occidentales el poblador no tiene ese nivel de consciencia respecto de lo que los administradores de la ciudad hacen con sus desechos orgánicos, simplemente se convierte en un asunto de la compañía de alcantarillado o es un problema de índole municipal. Otra vez, existen muchas razones para aprender de pueblos con tradiciones distintas a las nuestras y no necesariamente debemos calificar las condiciones de vida de dichos pueblos como inferiores porque sencillamente son diferentes.

Otro tema que debemos tener presente en las relaciones que surgen de la interacción entre los pueblos indígenas y los Estados nacionales es la identificación *a priori* de las denominadas "zonas económico sociales". Tengamos presente que lo que para el mundo occidental resulta un área de interés económica no necesariamente lo será para un pueblo indígena, ni aquello que calificamos como una preocupación social desde el Estado nacional lo será para un pueblo indígena.

Otro tema importante es el enfoque de género desde la perspectiva de los pueblos indígenas y otra la que se tiene en el mundo occidental. El derecho de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres, instituciones y tradiciones, contemplados en los artículos 2, 4, 5, 6 y 8 del Convenio 169 registró incompatibilidades con los derechos definidos como fundamentales en el sistema jurídico nacional de los Estados occidentales y otras tantas con los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos. Mientras que occidente reconoce jurídicamente iguales derechos a la mujer y al hombre, la mayoría de pueblos indígenas u originarios no le confieren igualdad de derechos a la mujer en sus normas consuetudinarias. Peor es el caso de las personas del mismo sexo que optaron por una orientación sexual diferente de la preponderante. Lo habitual es que se les desconozca, se les reprima y hasta se les elimine. ¿Acaso eso no sucede en muchos Estados nacionales occidentales? Recientemente, uno de los países líderes en lo económico de occidente, los Estados Unidos de Norteamérica, otorgó reconocimiento jurídico a lo que se denominó el matrimonio entre personas del mismo sexo. En estos casos, ¿cuál debería ser la actuación del Estado nacional occidental



respecto de la norma consuetudinaria del pueblo indígena en lo que hemos reseñado líneas arriba?, la colisión jurídica será inminente. ¿Qué pasará el día en que un poblador indígena, que se sienta excluido o marginado por su ordenamiento jurídico consuetudinario, decida acudir en demanda de intervención de una institución de carácter nacional? ¿cómo actuará el Estado nacional? ¿renunciará a la aplicación de la ley nacional o decidirá accionar el *ius imperium* en defensa de su normatividad? Algunos señalan que se debe aplicar una jurisdicción especial, pero ¿hasta cuándo? La vinculación, de una parte, que surja entre los pueblos indígenas u originarios y, de la otra, el Estado nacional, fomentará relaciones que refuercen la interculturalidad y por lo tanto, el número de entrecruzamientos y divergencias será mayor a futuro, así como las áreas grises en las que la duda jurisprudencial será mayor. Si así es como ocurrió históricamente con lo que se denominó el “Encuentro de dos Mundos”, no es preferible evitar un trauma social mayor y disminuir las causales de confusión entre una población y otra. Lo que señalo no significa abogar en favor de una rápida incorporación o asimilación de los pueblos indígenas al esquema social construido por occidente, todo lo contrario, fomentar una reflexión mayor acerca de un esquema legal que considero podría traernos más desencuentros que encuentros pacíficos de interculturalidad en los que unos nos nutramos del aporte histórico de otros.

El artículo 13 del Convenio 169 hace referencia al Derecho sobre sus Tierras y Territorios de los Pueblos Indígenas. Aquí también surge una divergencia sustancial con el concepto de territorio del Estado nacional, donde el territorio implica soberanía. Si el Estado nacional renuncia o reconoce que otro posee un territorio con las mismas implicancias semánticas que posee la denominación de su territorio, en la práctica está reconociendo la existencia de otro Estado al interior de un mismo espacio geográfico. Por ende, reconoce a un símil, a un par, frente al cual debe negociar en las mismas condiciones, reconociéndolo con los mismos atributos, lo que implica un gran riesgo a la continuidad y vigencia del Estado nacional en las tierras ocupadas por pueblos indígenas más allá, inclusive, que éstos hayan tenido una presencia anterior al del Estado nacional occidental.

Otros articulados del Convenio 169 reconocen el Derecho a la Salud y a la Educación Interculturales; por un lado, se reconoce el valor de la medicina tradicional y se presenta a la medicina occidental como

una opción a la que libremente podrán acudir los pueblos indígenas si consideran que su conocimiento ancestral resulta insuficiente para prevenir o curar una demanda de atención y cuidado de la salud; pero, a su vez, la interculturalidad implica el reconocimiento de la medicina occidental de los aportes que la medicina tradicional, surgida en los pueblos indígenas, puede representar como aporte al conocimiento universal. Al respecto, se debe tener mucho cuidado con el registro de patentes de productos originarios que podrían generar un gran flujo de recursos económicos para quienes lo registren dentro del sistema occidental, dejando de lado a los verdaderos aportantes al conocimiento del mundo.

La educación intercultural también constituye un gran desafío, porque ésta, al igual que los aportes previos, implicará un proceso de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas, será como preguntarle a los dirigentes o padres de las familias indígenas u originarias, ¿deseas que tus niños sean formados en una educación bilingüe? Lo que, sin lugar a dudas, terminará por fomentar la interculturalidad con occidente y la fusión de unos con relación a otros, pero fusión voluntaria entre pares que deciden nutrirse mutuamente y no yuxtaposición como ocurrió con el fenómeno de la Conquista.

Debemos estar atentos a la manera cómo se concibe la educación intercultural porque, en algunos casos, terminó por convertirse en un doble esfuerzo para los niños; quienes, al exigírsele un esfuerzo mayor que al de los niños de la cultura occidental, terminan teniendo un resultado diferente al esperado y, por lo tanto, se les genera una innecesaria fuente de frustración que daña su autoestima colectiva. Por ejemplo, cuando se le impone a un niño aprender en su lengua materna y de manera forzada lingüistas occidentales, crearon un alfabeto a una lengua ágrafa originaria, como pudiese ser el quechua, lo que se está haciendo en realidad es imponer una disfuncionalidad al interior de las relaciones que establece el niño con su entorno familiar y social, al interior de su pueblo indígena u originario. Imaginemos que teóricamente se señala que se refuerza la identidad de un niño si se le educa en su lengua materna, al menos en los primeros años de escolaridad. Hasta aquí esto es cierto y se demostró su importancia y relevancia en la educación del menor. Pero qué sucede cuando al niño se le fuerza a aprender una grafía arábica -empleada por la lengua española- para graficar los fonemas (sonidos) de una lengua como el quechua, el aymara u otra. El niño

muestra lo aprendido a sus padres o abuelos, con quienes comparte su lengua materna y encuentra que éstos no entienden lo que ha escrito. El razonamiento del niño lo llevará a pensar que sus padres, que su entorno social, carecen de un conocimiento integral de su propia lengua aborigen; ergo, realizar ese esfuerzo le resulta irrelevante. Es preferible que el niño de un pueblo indígena sepa que su lengua materna carece de grafía y que la grafía -en nuestro caso arábica- es empleada por muchas otras lenguas del mundo que adquirieron carácter universal en función a su expansión, pero que culturalmente cumplen la misma función de comunicación que tiene su lengua materna en el espacio social en el que surgió y que evolucionará en función a recreación que él o su generación realice.

La legislación peruana respecto de la Consulta Previa, así como su reglamentación, señala que ésta se debe realizar siempre que se considere que se producirá una "afectación directa" sobre los "derechos colectivos" de los pueblos indígenas u originarios, a consecuencia de una propuesta o medida legislativa o normativa que implique cambios en la situación jurídica de los pueblos, donde se presume la norma tendrá su campo de aplicación.

¿Qué es un Derecho Colectivo de un pueblo indígena u originario?

El uso de la lengua, por eso es que la educación intercultural tiene que ser replanteada o tomar en cuenta aristas como las reseñadas anteriormente. El derecho a la tierra, principalmente cuando la autoridad decide entregar en concesión un área ocupada por un pueblo indígena -sea para la etapa de exploración o extracción-, o si el empleo de los recursos naturales de un área indígena difiere del uso habitual, natural o regular que hace un pueblo indígena. Esto podría estar referido tanto a las actividades de caza o pesca, principalmente, y si una actividad extensiva de las mismas podría representar riesgo de extinción de la o las especies que son consumidas por el pueblo indígena.

Desde una Visión Empresarial Occidental de la aplicación de la Ley de Consulta Previa, los riesgos fueron mayores que las satisfacciones proporcionadas por la normatividad que la propuso, la cual no registró un proceso de consolidación, aceptación y reconocimiento social de parte de la colectividad. En el caso peruano, la instrumentalización política de la Ley de Consulta Previa determinó que muchas opciones partidistas -contrarias a la evolución económica que venía alcanzando el país-, sea

por razones ideológicas u otros intereses, hayan visto en el proceso de Consulta Previa una herramienta política para alcanzar sus objetivos. Por eso es que, frente a cualquier propuesta, gubernamental o privada, de ejecución de cualquier proyecto -extractivo o no, pero principalmente extractivo-, grupos partidistas "implementaron" mecanismos de consulta paralelos que desconocen las características intrínsecas de la norma, pero que resultaron eficientes para generar confusión en poblaciones que forman parte indubitable del ordenamiento del Estado nacional y que se desenvuelven bajo los parámetros generales de la cultura occidental.

¿Qué significó para el Perú la Consulta Previa?

Que quienes no tienen derecho a la misma, porque no les afecta ningún Derecho Colectivo, consideren que la autoridad nacional debe acatar lo que un grupo minoritario estima que el Estado nacional debe hacer en función de sus intereses particulares y no de los de la colectividad nacional. Algunos consideran que el denominado derecho a la Consulta Previa les otorgó un mejor derecho, un privilegio, una discriminación positiva respecto de los demás ciudadanos del país, lo cual es absolutamente falso. La Consulta Previa, tal como fue concebida, al margen de nuestra opinión sobre la conveniencia o no de la misma, es exclusiva y taxativa de los pueblos identificados como sujetos de consulta por el Viceministerio de Interculturalidad del Perú o de los organismos de Estado similares en otros países y no una prerrogativa especial que se otorguen ante sí mismos un grupo de ciudadanos por encima del Estado nacional.

Si la Consulta Previa sigue siendo socavada por grupos políticos que la instrumentalizaron con fines partidistas, están poniendo en riesgo su vigencia en el ordenamiento jurídico del Estado nacional; por eso resulta indispensable que quienes sí son objeto de Consulta Previa reafirmen su derecho oponiéndose y señalando a quienes están haciendo un mal uso de la misma.

Toda acción de "consulta previa", llevada al margen de los organismos competentes del Estado nacional se considera írrita e ilegítima; por consiguiente, debe ser rechazada y sus promotores reprimidos por falsedad ideológica. Bajo el argumento de "la aplicación de la consulta previa", el Perú perdió más de 64 mil millones de dólares de inversión sólo en la industria extractiva, lo que representa -según algunos economistas- la generación de empleo para más de dos y medio millones de peruanos, la reducción de la pobreza, la mejora en las condiciones de

vida, el establecimiento de sinergias entre las actividades económicas que se desarrollan en el interior del país por la construcción de vías de transporte, sistemas informáticos de comunicación y otros que redundan en el bienestar, fortalecimiento, interculturalidad y desarrollo del Perú.

La Consulta Previa tiene que ser un motivo de reflexión para los hacedores de política, pero principalmente para quienes tienen la responsabilidad de gobierno y deben promover una voluntad política de cara a la colectividad nacional que, sin lugar a dudas, también incluye a los pueblos indígenas u originarios que habitan en el territorio nacional. Tengamos presente que serán sólo el fortalecimiento de la interculturalidad y los intercambios que se produzcan como consecuencia de la expansión económica, los que generarán beneficios para todos y superarán -en el menor plazo posible- los lamentables incidentes de violencia que nos distancia en lugar de acercarnos de una vez por todas.

Una colectividad nacional madura, lo suficientemente evolucionada en sus manifestaciones políticas, económicas y sociales, será la garantía que todos los ciudadanos, de origen indígena u originario, migrante u otro, necesitamos para demostrarnos que seremos capaces de dejar de lado las distancias que nos confrontan para hallar en cada una de nuestras particularidades espacios de encuentros y reconocimientos colectivos.

Que la Consulta Previa deje de ser un instrumento de la política partidista es un clamor nacional, tanto del pueblo de tradición occidental como de los pueblos indígenas que tuvieron origen previo al fenómeno de la Conquista. A más de 500 años de encuentro, el tiempo de escuchar, compartir y sumar los aportes de unos y otros parece haber llegado, siempre que sepamos diferenciar a quienes hacen un mal uso de la oportunidad que representa la Consulta Previa.

