

Etnicidad

.gov Los recursos naturales,
los pueblos indígenas y
el derecho a la consulta
previa en los campos
sociales minados



César Rodríguez Garavito



Reino de los Países Bajos

CoLección
DeJuSticia

ETNICIDAD.GOV

Los recursos naturales, los pueblos indígenas
y el derecho a la consulta previa
en los campos sociales minados

Etnicidad

.gov Los recursos naturales,
los pueblos indígenas
y el derecho a la consulta
previa en los campos
sociales minados

César Rodríguez Garavito



Reino de los Países Bajos

CoLección
DeJuSticia

Rodríguez Garavito César

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

92 p; 11,5 x 18,5 cm (Colección Dejusticia)

ISBN 978-958-57338-2-4

1. Pueblos indígenas 2. Derechos humanos 3. Medio ambiente
4. Globalización

ISBN 978-958-57338-2-4

Preparación editorial
Marta Rojas

Revisión de textos
María José Díaz Granados

Cubierta
Alejandro Ospina

Impresión
Ediciones Antropos

Primera edición
Bogotá, D.C., abril de 2012

Este trabajo se desarrolló gracias
al apoyo del Reino de los Países Bajos

© Dejusticia, 2011
Carrera 24A N° 34-61, Bogotá D. C.
Teléfono: 608 3605
www.dejusticia.org

Reconozco con gratitud el apoyo invaluable de Natalia Orduz, Yukyan Lam y Carlos Andrés Baquero durante la investigación que condujo a este libro. Por sus comentarios a versiones anteriores del mismo, agradezco especialmente a Sally Merry, Michael Burawoy, Angelina Snodgrass-Godoy, Rodrigo Uprimny, Miguel La Rota, Julieta Lemaitre, Javier Revelo, Sandra Santa, Luz Sánchez, Camilo Sánchez y Ben Saper.

Contenido

Capítulo 1	El derecho en los campos minados	8
	Los campos minados del capitalismo global	9
	La consulta previa a pueblos indígenas: el argumento y la organización del libro	15
<hr/>		
Capítulo 2	Etnicidad.gov	26
	La gobernanza global y la regulación de la etnicidad	27
	La etnicidad.gov y los derechos indígenas: las luchas jurídicas en torno del constitucionalismo multicultural	33
<hr/>		
Capítulo 3	La disputa por la regulación de la consulta previa	40

Capítulo 4	La etnicidad.gov en acción: los efectos de la consulta en la práctica	54
	El efecto de desplazamiento	56
	El efecto de equivocación	61
	El efecto de dominación	66
	El efecto de emancipación	72
<hr/>		
	Conclusiones	76
<hr/>		
	Referencias bibliográficas	80

Capítulo 1

El derecho en los campos minados

Los campos minados del capitalismo global

Viendo pasar las imágenes en Power Point, olvido por un momento que estamos en uno de los rincones más violentos de la tierra. Quien expone es un líder del pueblo indígena embera-katío, del norte de Colombia. La historia que cuentan las imágenes es la sucesión de desgracias que amenazan con la extinción de su pueblo. “El Estado y las compañías multinacionales quieren explorar los recursos naturales de los territorios indígenas”, dice mientras que, en el único tablero de la escuela en ruinas donde estamos, destella un mapa de los resguardos indígenas colombianos. “Y lo que tenemos los embera es agua”. Con un clic, aparece el mapa de la represa de Urrá, construida en 1993 contra la voluntad de los indígenas y enclavada en la telaraña de ríos selváticos que nos trajeron hasta acá. “Antes de Urrá, los embera vivíamos de la pesca y de la caza, pero con la inundación de nuestro territorio y la desviación de los ríos, ahora toca ir tres horas en Johnson [lancha de motor] al pueblo más cercano a comprar la proteína. Y ya no se puede cazar porque la guerrilla llenó el monte de minas quiebrapata”.

La guerrilla de la que habla son las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), la más vieja

del mundo, que merodea el resguardo y aterroriza a los emberas mientras disputa el control del territorio con el ejército colombiano y compite por el negocio del narcotráfico con los grupos paramilitares de derecha que han sembrado la muerte en la región desde hace 15 años. De hecho, estamos a solo cinco horas (dos en carro, tres en lancha) de Tierralta, una de las capitales mundiales del paramilitarismo; la ciudad que, desde finales de los ochenta, sirvió de sede a la contraofensiva de los terratenientes, los narcotraficantes, la clase política y sectores del ejército para desterrar a la guerrilla y hacerse con las tierras fértiles, el agua, los minerales, los cultivos de coca. Para eso, estimaron preciso desplazar a 30.000 campesinos de Tierralta,¹ cometer 22 masacres en Córdoba² y asesinar a cientos de personas, entre ellos al menos a nueve líderes indígenas que se oponían a Urrá,³ la represa emblemática del desarrollo económico de la región que los paramilitares respaldaban con fuego.⁴ Por eso, con el siguiente clic, aparece el rostro de Kimi Pernía, el líder de la resistencia embera contra la represa, asesinado por los paramilitares en 2001 (Verdadabierta 2010).

De pronto, las imágenes en Power Point toman un giro inesperado. Los mapas y las fotos son reemplazados por textos que hablan de una cascada de normas y decisiones jurídicas: el Convenio 169 de la Organiza-

ción Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, las medidas de protección que ordenó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para evitar el aniquilamiento de los emberas tras el asesinato de Pernía. Clic. Aparece una lista aún más larga de sentencias de la Corte Constitucional colombiana contra el Gobierno por no haber consultado a los pueblos indígenas antes de iniciar proyectos económicos en sus territorios, a pesar de que el Estado había ratificado el Convenio 169 de la OIT que establecía esta obligación.

De ahí en adelante, la frase que se repite en la exposición es “la consulta previa”. Su efecto es magnificado por ser uno de los pocos términos en español –junto con otros como “Corte Constitucional”, “sentencia” y “gobierno”– que salpican las intervenciones de los asistentes que solo hablan embera. La conferencia se ha convertido en un memorial jurídico. Ahora el expositor, el líder que ha enfrentado sentencias de muerte de los paramilitares y la guerrilla durante casi una década por defender a su pueblo, trastabilla al intentar una lección de derecho procesal: cómo probar el daño hecho por la represa a las comunidades, ante qué tribunal interponer una nueva acción para detener los planes del Gobierno y de la empresa de ampliar la represa, en qué va el último recurso judicial interpuesto por una ONG que los asesora, quién tiene la representación legal del pueblo en la consulta previa que se avecina y cómo invocar en estos trámites el fallo de la Corte Constitucional⁵ o el informe de un comité de la OIT (2001) que condenó

1 Véase Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, s.f.

2 Véase Caicedo Fraide (2009).

3 Comisión Colombiana de Juristas (2008).

4 Véase Defensoría del Pueblo de Colombia (2001).

5 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-652/98, 10 de noviembre de 1998.

al Gobierno colombiano por haber otorgado la licencia de construcción de Urrá sin consultar con los emberas.

Son estos artefactos jurídicos –la sucesión de los tiempos procesales, la arquitectura de las leyes y los fallos, la afirmación de la igualdad entre las partes en litigio– los que generan la ilusión de orden y nos hacen olvidar, por un instante, que estamos en el corazón del caos. Nos trabajamos entonces en una larga discusión sobre los tecnicismos legales de la consulta previa, como si a pocos kilómetros no rondaran escuadrones de la muerte; como si el territorio no estuviera plagado de minas antipersonales; como si las pocas familias que asisten a la reunión esta noche no tuvieran, todas, algún miembro asesinado o desplazado; como si hace apenas unas horas no nos hubiéramos cruzado en el río con las lanchas rápidas conducidas por soldados armados hasta los dientes, que juegan al gato y al ratón con los colonos que transportan coca río abajo.

¿Cómo es posible esta convivencia del orden y el caos, del formalismo jurídico excelso y la violencia más extrema? ¿En qué momento la resistencia de los pueblos indígenas a ser aniquilados física y culturalmente se convirtió en una discusión sobre procedimientos legales? Este libro es un intento por responder estas preguntas y explicar el protagonismo, los efectos y las paradojas del derecho en casos como el de Urrá, originados en los conflictos socioambientales que caracterizan el capitalismo global de comienzos de siglo (Svampa 2009). A medida que la globalización simultánea de las industrias extractivas y de los derechos indígenas se ha ido intensificando en las últimas dos décadas, los conflictos sobre la explotación de los territorios indígenas se han multiplicado alrededor del mundo. Las

disputas involucran una multiplicidad de actores nacionales e internacionales –desde Estados-nación hasta empresas transnacionales (ETN), pasando por organizaciones no gubernamentales (ONG), movimientos de base y agencias financieras y reguladoras transnacionales– y condensan, en una mezcla particularmente volátil y reveladora, algunos de los procesos legales, políticos y económicos que constituyen la globalización contemporánea.

Como lo ha mostrado David Harvey (2003) en su análisis del capitalismo contemporáneo, la renovada importancia económica de las industrias extractivas-exportadoras, jalonada por la demanda china de materias primas, ha generado una competencia transnacional por los recursos naturales y, por lo tanto, por los territorios de frontera que aún no han sido explorados. Son precisamente estas tierras donde se han asentado históricamente los pueblos indígenas desplazados de sus territorios ancestrales y donde tienen lugar hoy en día los conflictos más agudos sobre la consulta previa. Así, en términos de economía política, la explosión de estos conflictos se inserta en un tipo de capitalismo marcado por la “acumulación por desposesión” (Harvey 2003): la de los pueblos indígenas y las comunidades que han sido los habitantes inveterados de los territorios que ahora son codiciados por todos, desde el Estado y las ETN, hasta las mafias y los grupos armados ilegales que quieren una tajada de las bonanzas del oro, el carbón, el petróleo, el coltán, los diamantes, el agua y los demás recursos naturales.

En lo que sigue, llamo “campos sociales minados” a estos territorios y a las esferas de interacción social que se producen en ellos. Son campos minados tanto

en sentido sociológico como en sentido económico. En términos sociológicos, se trata de verdaderos *campos* sociales,⁶ propios de las economías extractivas de enclave, caracterizados por relaciones de poder profundamente desiguales entre empresas y comunidades, y por la escasa presencia e intermediación del Estado. Son campos sociales *minados* por ser altamente riesgosos: en ellos dominan las sociabilidades violentas y desconfiadas, donde cualquier paso en falso puede resultar letal. En este sentido, son una muestra de las sociabilidades volátiles de las economías híbridas –ubicadas entre la legalidad, la ilegalidad y la informalidad– que pululan en los países del Sur Global en tiempos de globalización (Comaroff y Comaroff 2006).

A estos territorios también los designo como campos minados porque, con frecuencia, lo son en sentido económico: en muchas ocasiones, giran alrededor de la explotación de una mina de algún recurso valioso. En otros casos, como Urrá y otros que he observado en Colombia, lo son también en el sentido más literal del término: los territorios indígenas en disputa están plagados de minas antipersonales, sembradas por grupos armados ilegales como estrategia de guerra y de control territorial. Los dos tipos de minas son, por lo tanto, la cara más visible del riesgo del campo social, del vértigo que se palpaba aquella noche en el territorio de los emberas en la selva colombiana.

6 Para la formulación clásica de la teoría de los campos sociales, véase Bourdieu (1977).

La consulta previa a pueblos indígenas: el argumento y la organización del libro

En este texto analizo el espacio sociojurídico donde se ve con mayor nitidez el rol del derecho en los campos minados: los procesos de consulta a pueblos indígenas antes de la realización de proyectos económicos o la adopción de políticas o leyes que los afectan directamente. Se trata de una institución relativamente reciente del derecho internacional, surgida del mencionado Convenio 169 de la OIT, de 1989. A pesar de su juventud, ha dado lugar a una verdadera explosión de normas de derecho duro y derecho blando, tanto nacionales como internacionales, que incorporan distintas versiones del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada (CPLI). De hecho, en lo que sigue sostengo que el auge y la incidencia de la CPLI en las regulaciones y las disputas sobre derechos indígenas han sido tan profundas que, antes que una institución, ha pasado a constituir un nuevo enfoque sobre los derechos étnicos y el multiculturalismo, con un lenguaje y unas reglas distintivos.

Así, el enfoque de la consulta se ha convertido en el candidato más fuerte para sustituir el enfoque integracionista, que dominó el derecho internacional y los ordenamientos domésticos a lo largo del siglo XX y que buscaba la solución del “problema indígena” mediante la asimilación de los pueblos aborígenes al resto de la sociedad (Rodríguez-Piñero 2005). En ese sentido, no es una coincidencia que el Convenio 169 haya surgido de la decisión de la OIT de revisar el marco jurídico emblemático del asimilacionismo (el Convenio 107 de la OIT, vigente desde 1959), “para reemplazar el énfasis del Convenio en los objetivos de integración [de los

pueblos indígenas], por el énfasis en el respeto de la identidad de estas poblaciones y en la promoción de más consultas y participación de estos pueblos en las decisiones que los afectan” (OIT 1985: pará. 50.16).

Basta una rápida mirada a algunos de sus productos más recientes para apreciar la variedad, el ritmo vertiginoso y las tensiones del campo sociojurídico inspirado en este enfoque, así como los altos intereses que se juegan en él. Al mismo tiempo que el Banco Mundial expedía en 2005 su Política Operativa 4.10 (que exige a los gobiernos consultar con los pueblos indígenas como condición para recibir préstamos para proyectos que los afecten), un Grupo de Trabajo establecido por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas hacía los últimos ajustes a las normas sobre CPLI de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que finalmente fue adoptada por la Asamblea General de la ONU en 2007, después de 13 años de intensos debates y negociaciones, principalmente sobre el controvertido tema de la consulta.⁷

En una coincidencia igualmente dicente, mientras que el Consejo Internacional de Minería y Metales (la asociación global más grande de la industria minera) adoptaba un conjunto de principios de conducta sobre las relaciones entre compañías y pueblos indígenas que incluye la necesidad de “garantizar un proceso justo y abierto de consulta”,⁸ la OIT hacía el balance de 20 años

7 Para un examen detallado de este campo legal véase Aponte (2007).

8 El Consejo Internacional de Minería y Metales (ICMM) está integrado por 19 de las principales compañías transnacionales del sector minero y por 30 asociaciones nacionales y regionales y globales. Véase la

de implementación del Convenio 169 y lanzaba una nueva edición de su manual de aplicación de dicho instrumento (OIT 2009). Y en 2010, mientras que Oxfam publicaba una guía práctica multilingüe para orientar a las comunidades indígenas en el ejercicio del derecho más exigente al *consentimiento* previo, libre e informado (CtoPLI) como condición para la realización de proyectos económicos en sus territorios (Oxfam 2010), la Corporación Financiera Internacional (parte del Grupo del Banco Mundial que hace préstamos al sector privado) revisaba sus Políticas sobre Sostenibilidad Social y Ambiental para considerar si, en lugar de requerir a sus prestamistas solo consultar a los pueblos indígenas afectados por los proyectos que financia, les exigía obtener el consentimiento (International Financial Corp. 2010).

¿Cómo se explica el cruce de actores tan diversos alrededor de la consulta previa? ¿Qué tipo de legalidad resulta de semejante hibridez de regímenes jurídicos? ¿A qué se debe la explosión de estándares legales sobre el procedimiento de CPLI y, últimamente, de CtoPLI? ¿Qué efectos ha tenido sobre los pueblos indígenas? ¿Qué nos dice todo esto sobre la trayectoria y el futuro de los conflictos sobre la tierra, los recursos y la etnicidad en tiempos de globalización?

página *web* del ICMM (<http://www.icmm.com/>). Los principios sobre las relaciones con los pueblos indígenas fueron adoptados en 2008 y se encuentran en el Statement Position on Mining and Indigenous Peoples, que desarrolla el código de conducta del CIMM, llamado Marco de Desarrollo Sostenible. Véase ICMM. *Sustainable Development Framework* (<http://www.icmm.com/our-work/sustainable-development-framework>).

En este texto abordo estas preguntas con base en evidencia empírica sobre el tema en América Latina, región donde los conflictos jurídicos y sociales sobre la CPLI han sido más visibles y agudos. Mientras escribo este libro, el debate político más encendido en Perú versa sobre la reglamentación de la ley sobre el derecho a la consulta, expedida por el Congreso peruano en 2011. La discusión es apenas un reciente episodio del conflicto social más profundo de la sociedad peruana, que estalló en 2009 con la movilización de los pueblos indígenas amazónicos contra la explotación comercial de sus territorios ancestrales, y que creció hasta provocar un enfrentamiento público entre el Presidente peruano y el Relator de la ONU sobre pueblos indígenas acerca de la ley de consulta (Anaya 2010, La Rosa 2010). Por la misma época, en Ecuador, la Corte Constitucional expedía una de las sentencias más polémicas de su joven jurisprudencia, al resolver la demanda que, alegando la falta de consulta a los pueblos indígenas, instauró la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (Conaie) contra la Ley de Minería de 2009.⁹ Como en Perú, el caso ecuatoriano hace parte de la disputa estructural por los recursos naturales, el medio ambiente y los derechos étnicos, que había generado profundas divisiones dentro de la Asamblea Constituyente de 2008 (Santos 2010). En Chile, entre tanto, las cortes, el Gobierno y el movimiento indígena están enfrascados en un debate por los detalles jurídicos de implementación del Convenio 169, que entró en vigor en 2009 (Contesse 2012). Al mismo tiempo, Brasil se rebelaba

⁹ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 001-10-SIN-CC, 18 de marzo de 2010.

contra la medida cautelar de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que le ordenaba suspender las obras de la represa amazónica de Belo Monte hasta que consultara con las comunidades indígenas, mientras que la misma CIDH le pedía al Estado guatemalteco que suspendiera la explotación de una mina de oro que había otorgado a la multinacional Goldcorp, como medida cautelar en un caso por violación del derecho a la CPLI.¹⁰ Y en Colombia, la Corte Constitucional¹¹ —que lleva dos décadas desarrollando la jurisprudencia más rica sobre el tema en la región— expedía un fallo que ordenaba detener la explotación adelantada por la empresa Muriel Mining en un gran yacimiento de cobre, citando jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007), la cual establece que en casos como este, donde el proyecto ponga en riesgo la supervivencia de un pueblo indígena, se impone el requisito más exigente del CtoPLI.

Estamos, por tanto, ante un campo sociojurídico de escala regional, altamente disputado y aún en formación, que permite ver vívidamente procesos de alcance global. En las siguientes páginas disecciono analítica y empíricamente este campo con base en evidencia obtenida mediante una combinación de técnicas de investigación cualitativa, incluyendo 88 entrevistas semiestructuradas con actores clave de los procesos de consulta, desde líderes indígenas hasta funcionarios estatales, pasando por abogados de derechos huma-

¹⁰ Para un resumen de la medida, véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010).

¹¹ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-769/09, 2 de octubre de 2009.

nos, expertos en responsabilidad social empresarial, ambientalistas, funcionarios o exfuncionarios de las Naciones Unidas, académicos especializados en temas ambientales y étnicos, y asesores de empresas. Igualmente, me baso en información recogida mediante observación participativa en encuentros de organizaciones sociales y de derechos humanos, reuniones entre líderes indígenas y funcionarios estatales, y discusiones virtuales en redes transnacionales sobre el asunto. Aunque los datos fueron recogidos principalmente en Colombia y el estudio de caso al que vuelvo a lo largo del texto es el de Urrá,¹² el estudio comprendió también entrevistas y trabajo etnográfico en Brasil, Chile, Perú y otros sitios (principalmente Washington, EE.UU.) donde se producen el activismo y el derecho regionales sobre la cuestión. Finalmente, en términos de fuentes documentales, me baso en un análisis de las principales decisiones judiciales y leyes sobre la consulta en dichos países, así como en un examen del surgimiento y la aplicación de la institución de la CPLI en el derecho internacional.¹³

Con ese foco analítico y esa información en mente, desarrollo tres argumentos en sendos capítulos. En el primero, esbozo un marco conceptual que sitúa los conflictos y el derecho sobre la CPLI en un proceso sociojurídico más amplio: la regulación de la etnicidad en tiempos de globalización, que denomino etnicidad.gov. Con este concepto intento arrojar luz sobre

12 Para un estudio más profundo del caso de Urrá, véase Rodríguez Garavito y Orduz Salinas (2012).

13 Sobre este tema, véase Rodríguez Garavito, Morris, Orduz y Buriticá (2010).

el proceso de juridización de las reivindicaciones étnicas, que comprende reglas muy diversas, desde las regulaciones estatales (p. ej., los tratados, las leyes o las sentencias sobre los derechos colectivos) hasta las normas privadas (p. ej., los códigos de conducta de las ETN para regular sus relaciones con grupos indígenas) y las luchas jurídicas de los movimientos sociales (p. ej., litigios sobre derechos indígenas en tribunales nacionales e internacionales). Rastreo los orígenes de esta legalidad plural y sostengo que el punto de convergencia de sus diversos componentes es el énfasis en asuntos procedimentales y en la deliberación entre los actores involucrados en los conflictos regulatorios, incluyendo los pueblos indígenas. Argumento que este énfasis refleja una tendencia más amplia: el dominio de la legalidad del “paradigma de la gobernanza” (Jessop 1998), que explica el auge de términos como “participación”, “empoderamiento” y “consulta” en regulaciones de todo tipo. Y muestro que la etnicidad.gov es un proceso disputado, en la medida en que el paradigma de la gobernanza ha sido controvertido desde abajo por el movimiento global por los derechos indígenas de las últimas tres décadas, que reivindica el principio de autodeterminación y ha incidido también en las reglas nacionales e internacionales sobre los derechos colectivos.

Contra este telón de fondo, en el resto del libro me concentro en la CPLI, la muestra más acabada y vívida de los rasgos, las tensiones políticas, los actores, los intereses y las legalidades en juego en la etnicidad.gov. En el segundo capítulo examino la *regulación* de la CPLI en el derecho internacional y su incorporación en los ordenamientos jurídicos nacionales, específicamente en América Latina. Allí muestro cómo, desde su

origen en los debates en la OIT durante el proceso de expedición del Convenio 169, la regulación de la CPLI ha encarnado una transacción entre legalidades y multiculturalismos tan distintos como los defendidos por el movimiento indígena global, de un lado, y las ETN de las industrias extractivas, del otro. En este sentido, argumento que la difusión global de las normas de la CPLI (y su atractivo para actores tan diversos) se debe a que, al concentrarse en asuntos procesales, ofrecen una *lingua franca* que pone en contacto concepciones radicalmente distintas sobre el desarrollo económico y la vida buena. En otras palabras, la razón procedimental intrínseca al derecho –y exacerbada por el multiculturalismo liviano del enfoque de la gobernanza– permite al menos entablar una conversación provisional entre dichas posiciones.

La palabra clave, sin embargo, es “provisional”. Porque el énfasis en el procedimiento aplaza o mitiga, pero no elimina, los disensos sustantivos ni las visiones contrastantes sobre la participación y el empoderamiento que defienden el paradigma de la gobernanza y el movimiento por los derechos indígenas. Si bien la CPLI encarna puntos de convergencia entre regulaciones y actores muy distintos, también está aquejada de tensiones crónicas que resurgen a cada paso. Como veremos, el ejemplo más elocuente de este resurgimiento de la razón sustancial es el debate actual sobre si el derecho internacional debe exigir solo la consulta o también el consentimiento de los pueblos indígenas (debate que, de hecho, estuvo a punto de hacer naufragar las negociaciones de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas).

Antes de formular unas breves conclusiones, en el tercer capítulo paso del estudio de la regulación de la CPLI al análisis de su *práctica*. ¿Cómo funcionan y qué efectos tienen en realidad los procesos de consulta? La evidencia etnográfica confirma el reemplazo de las discusiones sustantivas por los debates procesales. Las controversias sobre los plazos, las certificaciones y el cronograma de reuniones tienden a soslayar los conflictos sobre la tierra, los recursos y la autodeterminación que están en el fondo de las consultas. Pero el reemplazo es solo parcial y temporal. Porque en las diligencias de consulta afloran de nuevo, a cada paso, los conflictos sustantivos, aun cuando lo hagan bajo la apariencia de alegatos procesales. En ese sentido, muestro que la mezcla endémica entre fondo y forma genera constantes equívocos, malentendidos y pasos en falso en las negociaciones entre empresas, Estado y pueblos indígenas. En otras palabras, la comunicación facilitada por las reglas procesales da lugar con frecuencia a malentendidos, cuando no a largos períodos de incomunicación entre las partes.

Alego que los efectos de la consulta sobre los pueblos indígenas son igualmente ambiguos. De un lado, la juridización de las reivindicaciones indígenas a través de la CPLI ha transformado al menos parte de la energía política del movimiento en discusiones legales que privilegian lo procedimental, y que transfieren parte de la iniciativa y el control de dichas reivindicaciones a los asesores jurídicos externos. En este sentido, la CPLI diluye y desplaza los reclamos colectivos y los torna, por lo menos parcialmente, en observaciones procedimentales. De otro lado, sin embargo, la evidencia muestra que en las circunstancias extremas de los campos socia-

les minados, los requisitos procedimentales de la consulta son, a menudo, los únicos mecanismos eficaces para desacelerar el ritmo vertiginoso de los proyectos económicos extractivos y controvertir las decisiones estatales que los respaldan. En algunos casos, incluso, los procesos de consulta y los litigios alrededor de ellos han sido catalizadores de la movilización política de los pueblos afectados y de redes activistas de apoyo, tanto nacionales como internacionales. De ahí que el tema de la consulta figure hoy entre las prioridades políticas del movimiento indígena internacional. Y que se hubiera tomado por asalto la discusión de aquella noche en el campo minado de Urrá.

Capítulo 2. Etnicidad.gov

La gobernanza global y la regulación de la etnicidad

El auge de la CPLI no es gratuito o aislado. Por el contrario, su lógica jurídica y procedimental es parte de todo un *zeitgeist*: el de la globalización neoliberal de fines del siglo XX y comienzos del XXI. Como lo han mostrado Comaroff y Comaroff (2001) y Lemaitre (2009), un componente esencial de esta era es la centralidad del derecho o, en sus términos, del “fetichismo del derecho”: la fe global “en la capacidad del constitucionalismo y el contrato, de los derechos y los remedios jurídicos, de lograr el orden, la civilidad, la justicia, el empoderamiento” (Comaroff y Comaroff 2001: 38). La expansión planetaria del derecho es palpable por doquier: en la avalancha de nuevas constituciones en el Sur Global, en el creciente poder de los jueces alrededor del mundo (Hirschl 2004, Sassen 2006), en la proliferación de programas de “ley y orden” y de “cultura de la legalidad” en las ciudades (Comaroff y Comaroff 2009), en la judicialización de la política vía programas anticorrupción liderados por jueces y fiscales, en la explosión de regulaciones privadas como los estándares voluntarios de responsabilidad social empresarial (Shamir 2005), o en la transmutación de las luchas de los movimientos sociales en litigios de derechos humanos (Santos y Rodríguez Garavito 2005).

La extensión de este proceso al ámbito de la etnicidad es lo que llamo *etnicidad.gov*. Se trata de la juridización de los reclamos colectivos sobre la autodeterminación, la identidad cultural, los territorios y los recursos naturales; reclamos elevados por los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes y otros grupos étnicos, tanto en América Latina como en otras partes del mundo. Con ese concepto intento capturar la dimensión jurídica constitutiva de lo que otros han llamado la “política de la cultura” (Álvarez *et ál.* 2001).

Me refiero a este proceso con el término *etnicidad.gov* para crear un paralelo literal que revele su profunda imbricación con el otro proceso fundamental de transformación de la etnicidad en tiempos de globalización neoliberal, que Comaroff y Comaroff (2009) bautizan “*Etnicidad.Inc*”. Este último consiste en “el proceso de mercantilización de la cultura y la transformación empresarial de la identidad en el que aquél está inserto” (Comaroff y Comaroff 2009: 20). Está encarnado por fenómenos tan diversos como la explotación económica de la identidad cultural (evidente, por ejemplo, en el *boom* del turismo ecológico y cultural) o la protección comercial del conocimiento indígena (visible, por ejemplo, en el patentamiento de la medicina tradicional indígena).

De la misma forma como la *Etnicidad.Inc* es “una proyección del sujeto emprendedor del neoliberalismo al plano de la existencia colectiva” (Comaroff y Comaroff 2009), sostengo que la *etnicidad.gov* es la proyección del sujeto jurídico neoliberal al plano de los derechos colectivos. Se trata del sujeto jurídico colectivo al que se le reconocen dos derechos (neo)liberales primordiales: la libertad contractual y el debido proceso.

Como veremos al analizar la figura de la CPLI, estamos ante un sujeto jurídico constituido para participar en deliberaciones y consultas que transforman los conflictos colectivos en procesos de negociación regidos (al menos sobre el papel) por los principios del debido proceso (publicidad, transparencia, celeridad, etc.). Y lo que es crucial: en sintonía con la ficción liberal encarnada por las instituciones del debido proceso y la libertad contractual, en este tipo de legalidad se asume de entrada que el sujeto colectivo étnico (p. ej., un pueblo indígena) está en pie de igualdad con los demás sujetos que entran en las consultas y las negociaciones (p. ej., las ETN y las entidades estatales interesadas en explotar económicamente el territorio indígena). Con esto, se hace patente la afinidad entre los sujetos colectivos de *Etnicidad.Inc* y *etnicidad.gov*. En últimas, el sujeto colectivo de esta es el mismo “sujeto emprendedor” de aquella, pero vestido con el atuendo jurídico de “parte contratante”. La afinidad es tal que, si quisiéramos resaltarla de una forma aún más literal, podríamos llamar los dos procesos, en términos de convenciones de internet, “*etnicidad.com*” y “*etnicidad.gov*”, respectivamente.¹⁴

14 Son muchas las señales de la imbricación de estos dos procesos. Una especialmente reveladora es la similitud de sus discursos. Basta ver, por ejemplo, la centralidad del término “empoderamiento” en ambos. Mientras que, como veremos, en *etnicidad.gov* es el eslogan para designar la participación de los grupos étnicos en las decisiones y regulaciones que los afectan, en *etnicidad.com* es igualmente omnipresente y está asociado a “encontrar algo propio, algo que haga parte de su esencia y que puedan vender. En otras palabras, una marca” (Comaroff y Comaroff 2009: 15).

Sin embargo, a diferencia de las terminaciones de los sitios de internet, utilizo el sufijo “.gov” no para denotar gobierno (*government*) sino gobernanza (*governance*). Como lo mencioné, la juridización de la etnicidad tiene lugar no solo a través del “derecho duro” de los gobiernos (o los estados en general), sino también mediante una amplia gama de reglas de “derecho blando”, como los principios operativos que los bancos multilaterales y privados imponen a las compañías que operan en territorios indígenas, o los códigos de conducta de compañías mineras que explotan dichos territorios. La etnicidad.gov, por lo tanto, está atravesada por el fenómeno del pluralismo jurídico y comprende también múltiples manifestaciones de “gobernanza sin gobierno”.

Al definir la etnicidad.gov como una forma de gobernanza, intento captar no solo la diversidad de sus regulaciones, sino también el contenido que estas tienen en común. Más allá de las obvias diferencias de alcance, enfoque y proponentes de estas formas jurídicas, todas ellas comparten el énfasis en mecanismos de consulta, deliberación y colaboración entre los actores (*stakeholders*) involucrados en disputas sobre los derechos colectivos. Por su contenido, entonces, la etnicidad.gov encarna la legalidad procedimental del “paradigma de la gobernanza”.¹⁵

Este paradigma ha sido teorizado y documentado por una avalancha de estudios sobre formas de regulación basadas en la colaboración entre actores públicos y privados.¹⁶ Su eje no es la regulación impuesta ver-

15 Véase, de manera general, Jessop (1998).

16 Para un balance de la literatura, véase Rodríguez Garavito (2005).

ticamente por el Estado, ni la autorregulación de los mercados, sino una “tercera vía” consistente en regulaciones flexibles producidas mediante la deliberación y la cooperación entre los actores afectados por ellas, que van desde las empresas y las entidades estatales hasta las comunidades de base, pasando por las ONG, los sindicatos y las asociaciones ciudadanas. Utilizando etiquetas diversas,¹⁷ los analistas de la gobernanza han defendido su relevancia para problemas regulatorios tan diversos como la protección global de los derechos laborales (Fung, O’Rourke y Sabel 2001), la distribución de presupuestos públicos, la conservación del medio ambiente¹⁸ o la coordinación legislativa en campos jurídicos regionales (Zeitlin y Trubek 2003).

El paradigma de la gobernanza ha sido igualmente influyente en el campo de las políticas públicas y en las reformas jurídicas. En efecto, ha inspirado un sinnúmero de emprendimientos regulatorios, desde los proyectos de reforma institucional explícitamente centrados en la promoción del buen gobierno (*good governance*), como los del Banco Mundial (Li 2009), hasta las iniciativas voluntarias de regulación privada que hacen parte de la industria de la responsabilidad social empresarial (p. ej., códigos de conducta corporativos)¹⁹ y los proyec-

17 Entre los términos usados por los teóricos de la gobernanza están “gobernanza colaborativa”, “derecho blando”, “derecho postregulatorio”, “democracia experimental”, “derecho reflexivo”, “regulación respuesta” o “regulación por terceros”. Véase Mayres y Braithwaite (1992), Snyder (1994), Teubner (1986), Dorf y Sabel (1998), Freeman (1997) y Sabel (1995).

18 Véase, de manera general, Karkkainen (2002).

19 Véase, de manera general, Shamir (2005).

tos regulatorios colaborativos de organizaciones multilaterales, como el “diálogo social”²⁰ de la OIT o el Pacto Global de la ONU.²¹

En resumen, la juridización de las reivindicaciones y los conflictos étnicos que he llamado *etnicidad.gov* está dominada por un tipo específico de legalidad: la del paradigma de la gobernanza, que, como Santos (2005) ha sostenido, es la matriz jurídica de la globalización neoliberal. La afinidad electiva entre el neoliberalismo y las teorías y prácticas de la gobernanza radica en que estas se concentran en los detalles procedimentales de las instituciones participativas y dejan de lado, explícitamente, la discusión sobre las condiciones de posibilidad materiales de una genuina deliberación.²² En especial, soslayan las asimetrías de poder entre los actores involucrados en las deliberaciones –p. ej., las empresas y las comunidades indígenas en los procesos de consulta– y los conflictos redistributivos y culturales que ellas acarrearán. Por tanto, los procedimientos y los tipos de participación que defienden dejan intocadas las relaciones de poder y reproducen una visión de la esfera pública como espacio de colaboración despolitizado entre actores genéricos.²³

De ahí que la gobernanza y el neoliberalismo comparten también léxico de términos clave como “empoderamiento”, “responsabilidad social empresarial” y

20 Véase, de manera general, OIT (2011).

21 Véase Naciones Unidas (2011).

22 Véase Dorf y Sabel (1998).

23 Para un desarrollo de esta crítica, véase Rodríguez Garavito (2005).

“desarrollo sostenible”.²⁴ Por eso también la fluidez con la que hablan el lenguaje de la gobernanza los protagonistas del neoliberalismo global, desde las ETN hasta el Banco Mundial. “Tratamos con una amplia gama de actores –gobiernos, pueblos indígenas, organizaciones internacionales, comunidades, consumidores, organizaciones de la sociedad civil y la academia– en un esfuerzo por fortalecer nuestro desempeño y mejorar nuestra contribución al desarrollo sostenible”,²⁵ declara el Consejo Internacional de Minería (la asociación global de ETN mineras), en un pronunciamiento difícil de superar como síntesis de la relación entre neoliberalismo y gobernanza.

El hecho de que esta cita provenga de la industria global involucrada en los conflictos más agudos con pueblos indígenas, anuncia ya las tensiones y contradicciones de la *etnicidad.gov* en el ámbito específico de los derechos indígenas. En la siguiente sección bosquejo estas tensiones, como abre bocas al examen más detenido de la forma como ellas operan en el campo específico de la CPLI en la sección posterior.

La *etnicidad.gov* y los derechos indígenas: las luchas jurídicas en torno del constitucionalismo multicultural

La *etnicidad.gov* no es un proceso pacífico. En el campo concreto de los derechos indígenas, el paradigma de la gobernanza ha sido disputado desde abajo por una legalidad contrahegemónica que se ha desarrollado al

24 Véase Santos (2005) y Svampa (2009).

25 Véase la página *web* del ICMM. *Sobre nosotros* (<http://www.icmm.com/about-us>).

mismo tiempo que aquel: la del movimiento transnacional por los derechos indígenas.²⁶

Los orígenes de este movimiento se remontan al activismo transnacional que dio lugar a su primer hito, en 1971: la resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU que encarga a la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías hacer un estudio sobre “el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas” y proponer medidas para eliminarlo (Naciones Unidas 1971). Más de una década después, este mandato dio lugar al influyente Informe Martínez Cobo (1981), que fue seguido por la movilización de los pueblos indígenas y las ONG de derechos humanos por la creación de la institución pionera del derecho internacional contemporáneo sobre el tema: el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas. Establecido en 1982, el Grupo de Trabajo produjo, en 1994, el primer borrador de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que –tras 13 años de intensas discusiones y numerosos ajustes– vendría a dar lugar a la declaración final aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2007, que constituye el ícono de la globalización de los derechos indígenas. Junto con el mencionado Convenio 169 de la OIT de 1989, la Declaración es hoy el punto de referencia central del derecho internacional sobre el tema.

26 Para un análisis general de este movimiento global y sus impactos en los instrumentos jurídicos, véase Anaya (2004) y Niezen (2003). Para el caso específico de América Latina, véase Brysk (2000), Sieder (2002) y Lee Van Cott (2000).

El *leitmotiv* del movimiento global es la demanda de reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas (Anaya 2009). Plasmado solo parcialmente en sus instrumentos jurídicos –y más en unos (como la Declaración) que en otros (como el Convenio 169)–, la legalidad sustantiva que se deriva del principio de autodeterminación marca un contraste claro con la legalidad procedimental de la gobernanza. Desde el punto de vista político y cultural, aunque las demandas indígenas usualmente no incluyen la secesión, sí implican grados de autonomía sobre los territorios y los recursos económicos que superan los contemplados por lo que Hale (2005) ha llamado el multiculturalismo neoliberal, aquel que reconoce la diferencia cultural y los derechos colectivos siempre y cuando no acarreen este tipo de facultades ni el cuestionamiento que ellas implican para la concepción convencional del desarrollo económico.

En la escala nacional, el derecho global de los pueblos indígenas ha permeado rápidamente las cartas constitucionales, especialmente en aquellos países del Sur Global que estaban atravesando transiciones políticas y lo fueron adoptando en nuevas constituciones. América Latina, la región en la que se concentra este libro, es la muestra más vívida de esta tendencia. La constitución guatemalteca de 1985 inauguró una ola regional de “constitucionalismo multicultural” (Van Cott 2000) a la que se unieron –con grados muy diversos de reconocimiento y aplicación efectiva del principio de autodeterminación– las nuevas cartas o las reformas constitucionales de Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), México (1994), Venezuela (1999) y, sobre todo,

Ecuador (2008) y Bolivia (2009) (Clavero 2008). La convergencia entre el movimiento global por los derechos indígenas y el constitucionalismo multicultural latinoamericano se hace evidente no solo en las varias constituciones que han incorporado las reglas del Convenio 169, sino también en el hecho de que los diez países de este grupo que han ratificado el Convenio²⁷ dan cuenta de casi la mitad de las ratificaciones que este ha recibido a nivel mundial.²⁸

De la mano de las nuevas constituciones vino la judicialización de los conflictos sobre derechos colectivos, que constituye el otro componente fundamental del constitucionalismo multicultural y, por lo tanto, del aporte del proyecto global de los derechos indígenas al proceso de *etnicidad.gov*. Como es evidente en Latinoamérica, las cortes han pasado a ser actores centrales de la juridización de la etnicidad, a medida que las reivindicaciones políticas del movimiento indígena se han convertido en cientos de litigios ante las cortes constitucionales y las instituciones del sistema interamericano de derechos humanos.²⁹

La muestra más clara de esta tendencia se encuentra en Colombia, donde la judicialización de los conflictos étnicos ha sido tan profunda que la movilización

27 La única excepción es Nicaragua.

28 Hasta inicios de 2012, 22 países habían ratificado el Convenio 169. Véase página de la OIT. Información sobre las ratificaciones por convenio o país (<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifics.pl?C169>).

29 Para un análisis de la multiplicación de jurisprudencia nacional y regional sobre los derechos indígenas, específicamente sobre el derecho a la consulta previa, véase Courtis (2009).

jurídica ha pasado a ser una estrategia definitoria del movimiento indígena.³⁰ “Por eso los líderes indígenas colombianos nos pusimos a estudiar derecho y a volvernos abogados después de la Constitución de 1991”, dijo en nuestra entrevista uno de los líderes de la Organización Indígena de Colombia (ONIC).³¹ Junto con algunos fallos hito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³² y, sobre todo, las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia (basadas explícitamente en el principio de plurinacionalidad) (Santos 2005), el derecho constitucional colombiano es el que ha ido más lejos en la adopción de algunos de los corolarios del principio de autodeterminación reivindicado por el movimiento indígena global.

Más allá de los detalles de los ordenamientos jurídicos nacionales, interesa resaltar aquí dos puntos para redondear la caracterización de la *etnicidad.gov*. Primero, el movimiento global de los derechos indígenas y los constitucionalismos multiculturales nacionales han acarreado una profunda juridización de las demandas políticas y culturales de los pueblos indígenas. Como lo mostró el trabajo etnográfico para este estudio, los líderes indígenas latinoamericanos hoy deben invertir su tiempo tanto en los territorios indígenas como en los espacios clave del campo jurídico: las ONG de derechos

30 Véase Lemaitre (2009).

31 Entrevista con Luis Fernando Arias, Chemesquemena, territorio del pueblo kankuamo, 16 de junio de 2010.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006 y 2007). Para estudios de diferentes fases de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el tema, véase Anaya y Williams Jr. (2001) y Pasqualucci (2009).

humanos, las agencias gubernamentales, los tribunales constitucionales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington o las sedes de los organismos especializados de las Naciones Unidas en Ginebra (como la Relatoría Especial de pueblos indígenas, el Foro Permanente de Pueblos Indígenas o el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial).³³

Segundo, la coexistencia de la legalidad del movimiento global de los derechos indígenas con la legalidad del paradigma de la gobernanza implica obvias tensiones y contradicciones. La *etnicidad.gov* es un campo jurídico intensamente disputado, en el que el dominio de la legalidad neoliberal, centrada en la libertad contractual y el debido proceso, es constantemente controvertido por la legalidad fundada en la autodeterminación (y la consecuente redistribución de recursos y poder) que defiende el movimiento indígena. En ese sentido, los detalles de la regulación de los derechos indígenas resultan de las complejas interacciones entre los actores de estos dos proyectos regulatorios en las escalas nacional e internacional.

El ejemplo más claro de la interacción entre estas dos legalidades es la regulación de la CPLI, la institución emblemática de *etnicidad.gov*. En el próximo capítulo me concentro en ella para diseccionar la *etnicidad.gov* en acción.

33 Entrevista con Xeila Juruna, líder del Movimiento Xingú Vivo, Altamira (Brasil), 15 de enero de 2012; entrevista con Luis Evelis Andrade, director de la ONIC, Ginebra, 11 de agosto de 2009; entrevista con Javier La Rosa, abogado de asuntos indígenas del Instituto de Defensa Legal de Perú, Lima, 10 de agosto de 2010.

Capítulo 3. La disputa por la regulación de la consulta previa

La tensión entre las legalidades de la gobernanza y del movimiento internacional por los derechos indígenas fue evidente desde las mismas discusiones dentro de la OIT que llevaron a la adopción del Convenio 169. Desde un comienzo, la decisión de la OIT de revisar el Convenio 107 estuvo inspirada en el objetivo de reemplazar la “integración” de los pueblos indígenas por su “participación” en los asuntos que los afectaban, como lo expresaba el documento presentado por el Secretariado de la organización al encuentro de expertos convocado para el efecto, que sesionó en Ginebra en 1986.³⁴ Los expertos y delegados de los tres sectores que componen la OIT (empleadores, trabajadores y estados) concordaron en rechazar el objetivo expresado en el preámbulo del Convenio 107, esto es, “facilitar” la “integración progresiva [de los pueblos indígenas] en sus respectivas comunidades nacionales” (OIT 1957).

Pero los desacuerdos fueron patentes en relación con el concepto de participación. Mientras que buena parte de los expertos respaldó la propuesta de organizaciones como el Consejo Mundial de Pueblos Indígenas, que implicaba sustituir la participación por el

34 Véase también Simpson (1987).

control de los pueblos indígenas sobre sus condiciones socioeconómicas, los delegados de los empleadores tendieron a respaldar la idea de la participación y a objetar recomendaciones basadas en el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas (Barsh 1987). El esfuerzo de conciliación entre estas dos posiciones es palpable en el informe que los expertos presentaron a la OIT, que recomendó que la revisión del convenio asegurara a los pueblos indígenas “el máximo control posible sobre su desarrollo económico, social y cultural” (Barsh 1987: 761). Y, lo que resulta particularmente relevante para los efectos de mi análisis, la solución intermedia recomendada fue un mecanismo procesal, que prefiguraba la institución de la consulta previa y que consistía en que, cuando no fuera posible obtener el consentimiento del pueblo afectado, el requisito de participación se cumpliría con una discusión pública del asunto en cuestión, en la que estuvieran involucrados representantes indígenas.

El contraste entre las dos posiciones se agudizó durante los congresos de la OIT de 1988 y 1989, en los que debatió la revisión del convenio. La propuesta original de la Oficina de la OIT, que incluía el estándar más exigente de “procurar el consentimiento” en relación con las decisiones que afectarían a pueblos indígenas, se encontró con una fuerte resistencia de numerosos estados y organizaciones de empleadores. Ante ello, la Oficina modificó la propuesta con miras a la conferencia final de 1989 y recogió la fórmula más débil de la “consulta”, que vendría a ser consagrada en el texto del Convenio 169 finalmente aprobado (Rodríguez-Piñero 2005).³⁵ De

35 Véase también Anaya (2005).

esta forma, según Rodríguez-Piñero, “la ‘consulta’, la ‘participación’ y el ‘respeto por la identidad’ se convirtieron en términos clave en un discurso que nunca se redondeó del todo y que apelaba al pragmatismo y valores fácilmente aceptables, al tiempo que excluía de manera explícita una discusión sobre principios que pudiera aumentar la preocupación política de los representantes de la OIT”. Esto indicaría que, aunque había un nítido consenso contra el integracionismo, no existía un “discurso alternativo sólido que pudiera imponerse, sino apenas fragmentos de él” (Rodríguez-Piñero 2005: 381).

Aunque esta conclusión resalta correctamente la función política de la CPLI (servir de punto de encuentro procedimental entre posiciones sustantivas opuestas), pierde de vista el hecho de que la consulta es un discurso alternativo. De hecho, como lo argumenté en el capítulo anterior, la figura de la consulta hace eco del discurso de la gobernanza global, que estaba tomando fuerza en el momento de la adopción del Convenio 169 y vendría a convertirse en el discurso jurídico hegemónico de la globalización del cambio de siglo.

El encaje entre consulta y gobernanza explica la facilidad con la cual la figura de la CPLI fue incorporada en la caja de herramientas del neoliberalismo, específicamente en el discurso del desarrollo económico. En el mismo Convenio 169, la dimensión de derechos humanos de la CPLI está inserta en la matriz económica del “proceso del desarrollo”.³⁶ Aunque, como veremos, en

36 Véase, por ejemplo, el artículo 7 (1) del Convenio 169: “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el

la práctica de la consulta previa ha resurgido la tensión entre derechos y desarrollo, entre participación y autodeterminación, es claro que en la versión adoptada por el texto del Convenio 169, la consulta está subordinada a la prioridad del desarrollo económico. De ahí que la CPLI haya sido acogida de buen grado por los actores del neoliberalismo global, desde los bancos multilaterales hasta las ETN, que encontraron en ella un mecanismo útil y amigable para responder a las crecientes críticas referentes al impacto de sus operaciones sobre los pueblos indígenas. De hecho, la CPLI pasó a ser una pieza clave de los ajustes discursivos con los que el proyecto desarrollista³⁷ fue reeditado y reexportado a escala global. En otras palabras, una vez exorcizaron la consulta para librarla de las demandas más exigentes del principio de autodeterminación, los actores globales del neoliberalismo pudieron traducirla en uno más de los adjetivos que cualificaban (pero mantenían y reforzaban) el discurso del desarrollo.

Por ejemplo, en el Banco Interamericano de Desarrollo, la participación, el empoderamiento y la consulta han pasado a ser el núcleo del enfoque de “desarrollo con identidad” que inspira su reciente Política Opera-

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

³⁷ Para los orígenes y las trayectoria del desarrollo como un proyecto transnacional, véase McMichael (2008).

tiva sobre Pueblos Indígenas (Banco Interamericano de Desarrollo 2006). La incorporación de la consulta en el proyecto desarrollista es clara en las palabras de la directora de la unidad del BID que elaboró la Política Operativa, que son a la vez una descripción inmejorable del proceso de Etnicidad.Inc referido arriba: “Los pueblos indígenas están cada vez más interesados en usar sus activos de recursos naturales, herencia cultural y capital social como medios para mejorar sus condiciones económicas y sociales” (Deruyttere 2004: 41). La misma fuente revela con igual transparencia la conexión entre el “desarrollo con identidad” y la Etnicidad.Inc, de un lado, y el lenguaje de la gobernanza y la etnicidad.gov, del otro: “Por varios años, el BID ha desarrollado un buen número de proyectos que han incorporado buenas prácticas como la planeación participativa, la conciencia sobre asuntos socioculturales, los mecanismos de descentralización administrativa, y los vínculos entre el fortalecimiento del medio ambiente y el territorio con la participación local en la gestión y toma de decisiones sobre ellos” (Deruyttere 2004: 42).

En el lenguaje escogido por el Banco Mundial, la consulta no se ha traducido en un adjetivo, sino en un prefijo. Pero el resultado –el enfoque de “etnodesarrollo” (Davis 2002)– es equivalente, en cuanto consiste en una versión amigable de la CPLI y los derechos indígenas que encaja en el discurso convencional del desarrollo, ahora con el giro participativo y procedimental del paradigma de la gobernanza. Como concluyó un informe independiente solicitado por el mismo Banco Mundial para evaluar el impacto de sus préstamos en el sector de industrias extractivas (Grupo Banco Mundial 2003), las políticas operativas del Banco sobre pue-

blos indígenas, además de incluir una versión débil de la consulta, no establecen mecanismos eficaces de monitoreo y raramente son aplicadas en la práctica.³⁸

A falta de estándares procedimentales exigentes y de mecanismos de monitoreo y sanción efectivos, la versión de la CPLI acogida por las directrices de los bancos multilaterales y los códigos de conducta de las ETN encarna las dos principales limitaciones del paradigma de la gobernanza que fueron señaladas anteriormente. Por un lado, la ausencia de garantías procesales que mitiguen las profundas asimetrías de poder entre las comunidades indígenas, las empresas y los estados hace que la consulta sea una forma de participación en la que los pueblos indígenas tienen escaso poder de negociación y un mínimo poder de decisión. Por otro lado, la inexistencia de mecanismos de monitoreo y sanción funcionales recuerdan la preferencia del enfoque de la gobernanza por la autorregulación, lo que explica la ineficacia de las políticas operativas y los estándares voluntarios que reconocen el deber de consultar a los pueblos indígenas.

Las mismas limitaciones son evidentes en la versión de la consulta que ha sido incorporada en las legislaciones y las prácticas de la mayoría de los estados que han ratificado el Convenio 169.³⁹ En esta versión dominante, por tanto, la CPLI es una pieza central del multiculturalismo neoliberal, esto es, el régimen jurídico que reconoce los derechos culturales pero niega, *de facto* o

38 Véase también McGee (2009) y MacKay (2005).

39 Para una mirada panorámica, véase en general para América Latina los ensayos publicados por la Fundación para el Debido Proceso (2010).

de jure, “el control de los recursos que son necesarios para hacer realidad esos derechos” (Hale 2005: 13). Se trata del multiculturalismo y la consulta que predomina incluso en muchos de los países latinoamericanos que se han unido a la ola del constitucionalismo multicultural y el etnodesarrollo, sin que ello haya implicado enfrentar las causas estructurales de la exclusión de los pueblos indígenas ni crear formas de participación con poder de decisión (Sieder 2002).

Esto no significa que los detalles de las reglas procesales sean irrelevantes, ni que la regulación de la consulta no haya sido controvertida. En la práctica y en la regulación de la CPLI resurge a cada paso la tensión característica de la *eticidad.gov*, entre la legalidad de la gobernanza (centrada en el *procedimiento* de la consulta, como expresión de la libertad contractual entre partes supuestamente iguales) y la legalidad de los derechos indígenas (que evalúa esos procedimientos en función de su *resultado*, esto es, del grado en que permitan que los pueblos indígenas libremente acepten o rechacen el proyecto o decisión de que se trate, en ejercicio de su derecho a la autodeterminación).

La interacción entre estas dos posturas ha dado lugar a múltiples fórmulas intermedias, tanto en la aplicación del Convenio 169 como en los nuevos instrumentos de derecho internacional. En cuanto al Convenio 169, los órganos nacionales e internacionales encargados de aplicarlo han adoptado diversas interpretaciones, que se ubican en puntos distintos del espectro entre consulta y consentimiento. Por ejemplo, los comités de la OIT que resuelven quejas por vulneraciones del Convenio 169, aunque optan por la primera, han endurecido las garantías procesales de la consulta y declarado la vio-

lación del Convenio en múltiples oportunidades, como lo hizo el comité que examinó el mencionado caso de la represa de Urrá en Colombia (Stavenhagen 2003).

Entre tanto, organismos internacionales como la Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007) han fijado interpretaciones del derecho internacional en general, y del Convenio 169 en particular, que mantienen la regla de la consulta pero establecen el requisito más exigente del consentimiento cuando se trata de grandes planes de desarrollo o inversión que tengan un impacto profundo sobre un pueblo indígena. Las cortes nacionales, por su parte, han desarrollado jurisprudencias muy diversas, que van desde las más cercanas a la concepción procedimental débil de la consulta (como la de la Corte Constitucional de Ecuador⁴⁰) hasta las más cercanas a la posición de la Relatoría de la ONU y la Corte Interamericana (como en las decisiones más recientes de la Corte Constitucional colombiana⁴¹), pasando por posturas intermedias similares a las de la OIT (como la del Tribunal Constitucional de Perú) (Kozak 2010).

40 Corte Constitucional, Sentencia 001-10-SIN-CC, Ecuador, 18 de marzo de 2010, en la que declara la constitucionalidad del Código Nacional Minero y niega los argumentos legales sobre la violación de los estándares constitucionales de la CPLI propuestos por Conaie, la organización nacional indígena.

41 Corte Constitucional, Sentencia T-769/09, 2 de octubre de 2009, en la que se suspende la explotación de cobre en el occidente colombiano hasta la que CPLI sea realizada y se obtenga el consentimiento de las comunidades afectadas.

Aún más que en el texto y la interpretación del Convenio 169, la disputa por fijar los estándares de la CPLI ha sido patente en el proceso de adopción del más reciente instrumento jurídico internacional sobre el tema: la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas. Si se estudian los informes de más de una década de discusiones del grupo de trabajo que la Comisión de Derechos Humanos creó en 1995 para redactar la Declaración, se puede ver con claridad que la razón de la larga duración del proceso –y de su cercanía al fracaso en 2005, cuando fue salvado en un taller ad hoc en México– fue justamente el persistente desacuerdo entre las organizaciones indígenas y buena parte de los estados en relación con el estándar de participación que debía ser incorporado en la Declaración. Mientras que las primeras exigían el consentimiento, los segundos preferían una variedad de consulta similar a la del Convenio 169. La solución de conciliación de la Declaración final, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 2007, consistió en un híbrido que mantuvo el estándar general de la CPLI, pero avanzó más allá del Convenio 169 en la dirección de la propuesta indígena, al establecer que la consulta se debe hacer con el fin de “obtener el consentimiento” de los pueblos indígenas (Naciones Unidas 2007: arts. 19 y 32) y exigir directamente el consentimiento como requisito para medidas que impliquen el desalojo de un pueblo de su territorio (art. 10).

En suma, tras dos décadas de existencia, la CPLI se ha convertido en la institución central de la regulación transnacional de los derechos indígenas. En este sentido, constituye la modalidad dominante de la etnicidad.gov y del multiculturalismo de la era neoliberal.

La consulta está inserta, sin embargo, en un campo sociojurídico altamente dinámico y complejo, en el que coexiste, en tensiones e híbridos diversos, con otras aproximaciones jurídicas a la “cuestión indígena”, cuyos actores, principios y mecanismos son condensados en el cuadro 1. De un lado, coexiste con los vestigios del paradigma integracionista que, si bien ha sido desplazado de los instrumentos del derecho internacional, sigue siendo altamente influyente en regímenes jurídicos de todo el mundo, en los que los pueblos indígenas son objetos de las políticas de desarrollo, antes que sujetos de derecho.⁴² De otro lado, convive con una forma contrahegemónica de multiculturalismo defendida por el movimiento global por los derechos indígenas, inspirado en el principio de autodeterminación y plasmado en el estándar del consentimiento previo, libre e informado.⁴³ Un ejemplo emblemático de esta última variedad de multiculturalismo se encuentra en las consultas autónomas organizadas en Guatemala por las mismas comunidades indígenas. Estas consultas han desafiado el modus operandi de las organizadas por el Estado y las empresas y han dado lugar a votaciones decisivas contra los proyectos mineros en territorios indígenas.⁴⁴

42 Tomo la distinción entre enfoques de políticas y de derechos de los pueblos indígenas de Clavero (1994).

43 Esta caracterización de los indígenas y el multiculturalismo contrahegemónico grafica la teoría de Santos (2002) sobre multiculturalismo y los derechos humanos. Sobre el derecho y la globalización contrahegemónica, véase Santos y Rodríguez Garavito (2005).

44 Véase también: Fulmer; Snodgrass y Neff, 2008; Sieder, 2006.

Cuadro 1.
Enfoques jurídicos sobre los pueblos indígenas

	Integracionismo	Multiculturalismo neoliberal	Multiculturalismo contrahegemónico
Principio rector	Asimilación	Participación	Autodeterminación
Paradigma jurídico	Regulación	Gobernanza	Derechos colectivos
Modalidad de participación	Ninguna	Consulta	Consentimiento
Estatus jurídico de los pueblos indígenas	Objetos de políticas	Objetos de políticas/ sujetos de derechos	Sujetos de derechos
Fuentes legales	Convenio 107 OIT, constituciones nacionales.	Convenio 169 OIT (interpretación débil), constituciones multilaterales.	Convenio 169 de la OIT (interpretación fuerte), Declaración derechos indígenas ONU, jurisprudencia (CIDH, Colombia), constituciones pluriculturales (Bolivia, Ecuador), sistemas legales indígenas.
Actores centrales	Gobiernos	Gobiernos, cortes, OIT, ETN, bancos multilaterales.	Organizaciones indígenas y comunidades, ONG de derechos humanos, cortes, OIT, organismos ONU (Relatoría pueblos indígenas; Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas; Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas).

Como toda tipología, la del cuadro 1 estiliza y su-
braya, para efectos de claridad analítica, las distin-
ciones entre las categorías de interés, en este caso, las
tres aproximaciones a los derechos indígenas. En la
práctica, por supuesto, los instrumentos jurídicos in-
ternacionales, las decisiones judiciales nacionales, las
legislaciones y los demás artefactos jurídicos se ubican
frecuentemente a medio camino entre los tres tipos
ideales. De hecho, como lo he resaltado a lo largo de
este capítulo, las interpretaciones y aplicaciones del
Convenio 169 se ubican en un rango que va desde las
versiones claramente insertas en el multiculturalismo
neoliberal (p. ej., las de los códigos de conducta
empresariales y las políticas operativas de los bancos
multilaterales) hasta aquellas que, al establecer requi-
sitos procesales exigentes o combinar la consulta con
el consentimiento, toman elementos del multicultura-
lismo contrahegemónico (p. ej., la de la Declaración de
la ONU y la de la jurisprudencia y recomendaciones de
órganos como los del Sistema Interamericano de Dere-
chos HUMANOS y los organismos de derechos indíge-
nas de la ONU).

El carácter ambiguo del Convenio 169 ilustra un
punto más amplio. Como los de todas las normas jurí-
dicas, los efectos de los marcos regulatorios de la CPLI
resultan de dos factores distintos: de un lado, los lími-
tes y las oportunidades creadas por las normas y, del
otro, las interpretaciones y las estrategias de los actores
que utilizan el derecho.⁴⁵ En las entrevistas y el trabajo

45 Agradezco a Angelina Snodgrass-Godoy y a Rodri-
go Uprimny por comentarios que me ayudaron a escla-
recer este punto.

etnográfico hecho para este libro fue claro que las mis-
mas normas (p. ej., las del Convenio 169) son invocadas
frecuentemente tanto por los representantes de los pue-
blos indígenas como por los de las empresas que tienen
interés comercial en la explotación de los de aquellos.
Que dichas normas tengan efectos hegemónicos o con-
trahegemónicos depende, en parte, del éxito que ten-
gan las interpretaciones disímiles que compiten en una
disputa específica.

La síntesis del cuadro permite apreciar la diversi-
dad y las tensiones internas de la *etnicidad.gov* en lo
relacionado con los derechos indígenas. Si pasamos del
análisis de la regulación de la consulta al estudio empí-
rico de su aplicación en la práctica, se tornan aún más
vivas las razones del protagonismo de esta institu-
ción, así como las disputas sobre sus procedimientos e
implicaciones y los híbridos que resultan de ellas. Este
es el paso analítico que doy en el siguiente capítulo.

Capítulo 4.

La etnicidad.gov en acción: los efectos de la consulta en la práctica

Existe un abismo entre los contextos de regulación de la CPLI y los contextos donde realmente ocurren las consultas, esto es, los campos sociales minados que son escenario de los conflictos por los territorios, los recursos y la cultura indígenas. En los campos minados brillan por su ausencia las condiciones mínimas de comunicación que las agencias reguladoras –la OIT, la ONU, los bancos multilaterales, las cortes– prevén para la consulta, a imagen y semejanza de sus propias deliberaciones. De ahí que, en lugares como la represa de Urrá en Colombia, o en los yacimientos mineros de la Amazonía peruana o brasilera, la consulta adquiera contornos inesperados y produzca efectos profundamente ambiguos, incluso contradictorios entre sí, surgidos de un coctel singular de formalidades jurídicas, sociabilidades volátiles y disputas que pueden ser, literalmente, de vida o muerte.

Dado mi interés en la CPLI como forma paradigmática de la etnicidad.gov, resalto aquí los efectos de la consulta que ilustran y cuestionan dos rasgos de la etnicidad.gov: el predominio de la racionalidad procesal y las relaciones de poder entre las partes (supuestamente) iguales que participan en la consulta. Argumento que, en el contexto de los campos minados, estos rasgos producen cuatro efectos que definen la práctica

de las consultas: el efecto de desplazamiento, el efecto de equivocación, el efecto de dominación y el efecto de emancipación. Veamos brevemente cada uno de ellos.

El efecto de desplazamiento

Lo primero que llama la atención de un observador externo de una diligencia de consulta es el contraste que fue patente aquella noche en la selva que rodea la represa de Urrá (Colombia), cuando las imágenes en Power Point giraban al calor de la única planta eléctrica disponible en el territorio del pueblo embera-katío. Como vimos, en medio de un campo literalmente minado, donde habita un pueblo contra el cual –en palabras del Relator de la ONU para pueblos indígenas (Stavenhagen 2003)– se está perpetrando un etnocidio, la conversación se centraba en detalles procesales: el trámite más reciente del caso de los emberas pendiente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la apelación que planeaba la empresa contra una decisión del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de no otorgar la licencia ambiental para una nueva fase de la represa, la utilidad de un nuevo precedente de la Corte Constitucional que exige el consentimiento para algunos proyectos económicos en territorios indígenas. Lo que sugiere este contraste es que, tanto en Urrá como en otros casos, los pasos procesales de la consulta desplazan, reemplazan o aplazan los conflictos sustantivos. A esto me refiero al hablar del efecto desplazador de la consulta.

¿Cómo se produce este contraste? En circunstancias en las que los disensos tienen que ver con las convicciones e intereses más vitales de las partes involucradas (la empresa, el Estado, la comunidad indígena), ¿cómo

es posible que la conversación termine siendo dominada por los formalismos de los plazos, los recursos jurídicos, las notificaciones, las certificaciones de representación legal?

Como ya lo sugerí, la difusión mundial de la consulta y su lugar protagónico en la *eticidad.gov* se debe precisamente a ese efecto de desplazamiento: a su poder de transformar sustancia en forma; a su capacidad de ofrecer un punto de contacto entre actores que defienden posiciones muy distintas, incluso antagónicas. Esa capacidad se hace más vívida –y el carácter transaccional de la consulta más útil– allí donde las diferencias entre las partes son más profundas y potencialmente explosivas, como sucede en los campos minados. Es allí donde opera con mayor claridad el papel del derecho como medio de conmensuración de las diferencias, al que han hecho alusión Comaroff y Comaroff:

En los casos de ruptura del relato nacional, situaciones en las que el mundo se construye a partir de diferencias aparentemente irreductibles, el lenguaje del derecho ofrece un punto medio, aparentemente neutral, para que personas que tienen muchas diferencias entre sí –diferentes mundos culturales, recursos sociales, circunstancias materiales, construcciones identitarias– puedan hacerse reclamos unas a las otras, entablar relaciones contractuales, hacer transacciones y lidiar con sus conflictos. Al lograr todo esto, el derecho crea la impresión de consonancia en medio del contraste, de la existencia de estándares universales que, como el dinero, facilitan la negociación de los inconmensurables y superan barreras que de otra forma serían infranqueables. (Comaroff y Comaroff 2009: 39)

La evidencia empírica sobre la CPLI permite hacer dos comentarios a esta lúcida observación que ayudan

a precisar el rol y el significado de la consulta. Primero, si bien es cierto que el derecho en general puede cumplir esa función de conmensuración, es el derecho *procesal* el que lo hace de forma paradigmática. En este, la apariencia de neutralidad jurídica es llevada al extremo porque sus reglas tienen que ver precisamente con los instrumentos de medición universal: el tiempo, el dinero, el espacio. Aparentemente desprovistas de cualquier vínculo con la sustancia de los conflictos, las normas procesales expresan esos instrumentos en forma jurídica pura. En el ámbito de la consulta, esas formas son los plazos, los cronogramas, los costos y las sedes de las reuniones de consulta. Son ellas las que permiten la comunicación entre inconmensurables.

Segundo, es posible llevar más allá la alusión al concepto del dinero de Simmel (1977) como instrumento de equiparación de lo diferente y su similitud funcional con el derecho. De hecho, la alusión confirma el paralelo entre la Etnicidad.Inc y la etnicidad.gov: mientras que en aquella el medio de intercambio fundamental es el dinero, en esta es el derecho (procesal). Es más: la afinidad entre los dos procesos es tal que hablar de paralelo entre ambos resulta equívoco, porque, en la práctica, se entrelazan constantemente. Así lo muestra el papel protagónico que tienen las indemnizaciones en las consultas entre Estado, empresa y pueblos indígenas. Buena parte de los procesos de consulta consisten en calcular el daño ambiental y cultural que puede causar un proyecto económico y acordar una forma de compensación para el pueblo que lo sufre. Lo mismo sucede con los muchos litigios originados en la omisión de la consulta o en las consultas hechas inadecuadamente. Dado que en estos litigios el daño ya está causado, la

labor de las cortes consiste en determinar la modalidad y el monto de la indemnización. Aunque en algunos casos el remedio adoptado no es monetario, en muchos otros la indemnización es pecuniaria. En estos últimos, dinero y derecho se funden en una sola entidad.

Así sucedió en el caso emblemático de Urrá. Cuando la Corte Constitucional colombiana falló la demanda por violación del derecho a la consulta, la represa ya era una realidad irreversible. Hacia cinco años había sido construida, el río Sinú había sido desviado y parte del territorio embera-katío había sido inundado.⁴⁶ Ante este escenario, la decisión de la Corte fue “ordenar a la Empresa Multipropósito Urrá S.A. que indemnice al pueblo embera-katío del Alto Sinú al menos en la cuantía que garantice su supervivencia física, mientras elabora los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no puede escapar, y por los que los dueños del proyecto y el Estado, en abierta violación de la Constitución y la ley vigentes, le negaron la oportunidad de optar”. Y determinó que la indemnización consistiera en dinero, esto es, en el pago de una suma “que corresponda a un subsidio alimentario y de transporte, que pagará la firma propietaria del proyecto a cada uno de los miembros del pueblo indígena durante los próximos veinte (20) años, a fin de garantizar la supervivencia física de ese pueblo [...] y mientras pueden educar a la siguiente generación para asegurar que no desaparecerá esta cultura en el mediano plazo”.⁴⁷ El monto de la

46 Corte Constitucional, Sentencia T-652/98, 10 de noviembre de 1998.

47 Ibid. Para la decisión específica del periodo de 20 años, véase Corte Constitucional, Auto Aclaratorio a la

indemnización fue establecido por un tribunal inferior, que lo tasó en una cantidad que hoy, con los ajustes por inflación, equivale a cerca de 80 dólares mensuales por persona.⁴⁸

La decisión de la Corte de ordenar la indemnización en dinero ha tenido consecuencias profundas y probablemente irreversibles, algunas trágicas, desde que la empresa Urrá comenzó a pagarla periódicamente, tras constituir un fideicomiso para el efecto en 1999. Para los propósitos que interesan aquí, la indemnización ilustra, de forma tan vívida como dolorosa, el efecto de desplazamiento generado por la consulta y su imbricación con la mercantilización de la cultura. Como lo expresó uno de los líderes emberas en nuestra entrevista, muchas de las comunidades del pueblo, autosuficientes cuando el río sostenía una cultura y una economía fluviales propias, dependen hoy enteramente de la indemnización para sobrevivir.⁴⁹ En otras palabras, su identidad colectiva ha sido transformada en el lapso de una década y hoy está definida por el rol de los emberas como consumidores individuales en la economía de mercado, en virtud de los fondos precarios pero esenciales de la indemnización. Este proceso de mercantilización, individualización y pauperización de la identidad ha sido acompañado del efecto de desplazamiento jurídico señalado. De hecho, la dependencia y la preocupación en relación con la indemnización es tal,

Sentencia T-652/98, 1 de diciembre de 2008.

48 Tribunal Superior de Montería, Sentencia de Liquidación de Indemnización, 12 de noviembre de 2005.

49 Entrevista con el asesor jurídico del pueblo embera-katío, Tierralta, Colombia, 14 de noviembre de 2009.

que la dirigencia política embera estima que la principal amenaza para la supervivencia cultural del pueblo frente a los planes de la empresa de expandir la represa es que muchas comunidades acepten la inundación definitiva de sus territorios a cambio de la prórroga del período de pago de la indemnización, una vez se agote el establecido por la Corte Constitucional.⁵⁰

En síntesis, la razón procedimental de la CPLI permite la comunicación entre posiciones sustantivas incommensurables, gracias al desplazamiento de estas por aquella. Como ya lo sugiere la evidencia del caso Urrá, este poder comunicador de la consulta tiene costos. Y, cuando opera bajo las circunstancias volátiles de los campos minados, es altamente imperfecto, como lo veremos enseguida.

El efecto de equivocación

Quien asista a las negociaciones y discusiones de un proceso de consulta se dará cuenta de que sucede algo extraño. Cuando se tiene la impresión de que se ha agotado un punto de la agenda o logrado un acuerdo –por ejemplo, cuando se ha difundido la información sobre el proyecto que se piensa realizar en territorio indígena, o se ha llegado a un consenso sobre el calendario de reuniones–, es común que la conversación vuelva sobre ellos o, incluso, que su discusión comience de ceros en una reunión posterior. Por ello, salvo cuando son diligencias de fachada o impuestas bajo engaño o coerción (lo cual no es infrecuente), las consultas tienden a se-

50 Entrevista con líder del pueblo embera, Zambudó, reserva del pueblo embera-katío, Colombia, 13 de junio de 2010.

guir un recorrido no lineal, en el que las dilaciones, las reiteraciones y los malentendidos son endémicos.

El caso de la represa de Urrá resulta indicativo de esta tendencia. Uno de los principales puntos de desacuerdo entre las partes del caso es si alguna vez hubo un acuerdo entre ellas. En otras palabras, el Estado, la empresa y el pueblo embera-katío no se han puesto de acuerdo sobre la existencia de un acuerdo. Mientras que los primeros sostienen que lograron un consenso con los emberas en 1999 para proceder al llenado de la represa después de la sentencia de la Corte, estos alegan que el acuerdo nunca existió. Para complicar aún más el malentendido, el proceso de consulta, como sucede muy a menudo, generó una división intestina en el pueblo embera, que implica que hoy en día una parte de la comunidad afirma que sí hubo acuerdo, mientras que la otra sostiene lo contrario.⁵¹ El resultado es una incertidumbre radical, que aguja la desconfianza entre las partes y aumenta, en lugar de paliar, la volatilidad de la situación en el terreno.

¿Cómo se producen semejantes malentendidos? ¿A qué se deben estos equívocos tan recurrentes que tienden a generar constante incomunicación entre las partes y largos períodos de estancamiento de los procesos de consulta? Una primera razón es que las consultas encarnan un verdadero cortocircuito discursivo en el que se cruzan conocimientos y reclamos con raíces epistemológicas radicalmente distintas. Inmersas en un patente cortocircuito histórico, las consultas com-

51 Grupo Focal con líderes del pueblo embera, Zambudó, reserva del pueblo embera-katío, Colombia, 14 de noviembre de 2009.

binan reclamos indígenas “premodernos”, economías extractivas típicas del capitalismo “moderno” y formas de gobernanza global “posmoderna”, todos ellos fundidos en el crisol de las formas jurídicas modernas por excelencia: el debido proceso y la libertad contractual.

Los malentendidos que pueden surgir de esta torre de babel epistémica han sido patentes en varios procesos de consulta que he seguido. Un caso particularmente diciente e internacionalmente conocido es el de la consulta al pueblo u’wa, que surgió con ocasión de los planes de la Occidental Petroleum de explorar petróleo en su territorio, en el oriente colombiano.⁵² El proceso de consulta con los u’was ha durado más de 20 años y continúa en un empate entre las partes, debido en parte al poder de contrapeso ejercido por una coalición de ONG indígenas y ambientales de todo el mundo que se han solidarizado con los u’was. Más allá de los detalles del caso, lo que interesa resaltar aquí es la consecuencia del abismo entre la visión extractivista del Estado y las compañías petroleras y la concepción de los u’was sobre el territorio y el petróleo –ambos sagrados e intocables, hasta el punto de que los u’was han anunciado un suicidio colectivo en caso de exploración petrolera en su territorio–.⁵³ El efecto es una incomunicación radical, que no es solucionada por el mecanismo procesal de la consulta, como lo muestran episodios paradójicos del caso. Por ejemplo, cuando, en 1997, la Corte Constitucional colombiana le dio razón a una demanda de

52 Para un análisis detallado, véase Rodríguez Garavito y Arenas (2005).

53 *Carta de los U’wa al Hombre Blanco*. Comunicado de los U’was, 5 de septiembre de 2008.

los u'was y ordenó al Estado hacer la consulta previa antes de autorizar la exploración sísmica en el territorio indígena,⁵⁴ los u'was sorprendieron a sus aliados que celebraban esta "victoria jurídica", al expedir un comunicado en el que rechazaban la sentencia y reiteraban que su propósito no era que el proyecto petrolero fuera consultado o negociado, sino simplemente que fuera cancelado por atentar contra sus convicciones culturales más profundas. Como lo decía el comunicado que difundieron tras el fallo, "no entendemos por qué nos llaman a participar en una audiencia si saben lo que vamos a decir, que es lo mismo que hemos estado diciendo desde el comienzo".⁵⁵

Una segunda razón de los constantes equívocos es el mismo efecto de desplazamiento postulado anteriormente. El desplazamiento de la sustancia por la forma es parcial y temporal. Los desacuerdos de fondo resurgen en cada paso de la consulta, y el lenguaje procesal resulta insuficiente para expresarlos. De ahí que, en muchas ocasiones, las alusiones al proceso (a los plazos, el cronograma, los acuerdos de las reuniones, etc.) sean solo formas indirectas de hablar de lo que realmente está en juego. Como lo dijo una líder del pueblo kankuamo, abogada de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), "el tema real de la consulta es la vida".⁵⁶ la vida del pueblo involucrado, la super-

54 Corte Constitucional, Sentencia SU-039/97, 3 de febrero de 1997.

55 *Comunicado a la opinión pública*. Comunicado U'wa, 10 de febrero de 1997.

56 Entrevista con Ana Manuela Ochoa, Bogotá (Colombia), 18 de noviembre de 2009.

vivencia física de sus miembros, la supervivencia de las empresas extractivas en el mercado, la biodiversidad en juego, los planes de vida y muerte de los grupos armados ilegales que pululan en los campos minados.

Por eso, las reuniones de consulta mezclan temas muy disímiles y su agenda está en constante discusión. Mientras que los funcionarios estatales y los representantes de las empresas buscan limitarse al tema procedimental inmediato (la protocolización de los acuerdos, la certificación de la lista de asistentes, los detalles de las indemnizaciones), las intervenciones de los representantes indígenas, como lo ilustra el caso u'wa, vuelven constantemente a los temas de la sacralidad de la tierra y los recursos, la historia colectiva y la denuncia de la violencia que los rodea. No sorprende, entonces, que las dilaciones sean recurrentes y los malentendidos, endémicos.

Pero no todos los equívocos son involuntarios. Empresas, agencias estatales y pueblos indígenas hacen uso estratégico de las leyes, las sentencias y los recursos jurídicos a su disposición, y utilizan las reglas procesales para defender sus intereses sustanciales. Las primeras se valen para ello de un ejército de asesores (abogados, antropólogos, ingenieros, trabajadores sociales, etc.). Pero los pueblos indígenas y sus aliados también han explotado las oportunidades ofrecidas por interpretaciones exigentes de los requisitos de la consulta en las cortes nacionales, y movilizan el apoyo de organismos internacionales como la OIT y la Relatoría de la ONU sobre derechos indígenas. En el caso de Urrá, por ejemplo, si bien durante la primera fase del proyecto de construcción de la represa los emberas quedaron a merced del Estado y la empresa, que simplemente omi-

tieron la consulta, a partir de la sentencia de la Corte Constitucional de 1998 han incorporado a su lucha política y sus alianzas organizativas estrategias jurídicas que explotan las reglas procesales del derecho colombiano e internacional sobre la consulta, para revivir sus reivindicaciones sustantivas. Es la invocación de esas reglas, por ejemplo, la que les ha permitido mantener a raya los planes de expansión de la represa, que han estado estancados en este escollo jurídico en la última década. En este caso como en otros, la lucha por la aplicación y la interpretación de las normas procesales se convierte en una extensión de la lucha política –la lucha por el territorio, la autodeterminación y los recursos.

El efecto de dominación

En contravía del postulado de la igualdad entre las partes, dicha lucha jurídica es altamente asimétrica. De hecho, la experiencia de las consultas ilustra las limitaciones señaladas del paradigma de la gobernanza, que son ampliadas en los contextos de los campos minados, donde conviven actores dotados de poderes abismalmente distintos. En lugar de las condiciones ideales de comunicación postuladas por los teóricos de la gobernanza, la realidad de la consulta suele parecerse más a un acto privado de negociación que a uno público de deliberación. Y, como todo acto contractual, reproduce y legitima las diferencias estructurales de poder entre las partes. En este sentido, la consulta refuerza las relaciones de dominación entre empresas, Estado y pueblos indígenas.

El efecto de dominación toma múltiples formas. Para comenzar, los procesos de consulta tienden a ser operaciones privatizadas. *De facto* cuando *no de jure*, las

consultas son administradas, financiadas y controladas por la empresa interesada en operar en territorio indígena. En más de una ocasión he viajado a los lugares de las consultas en vehículos fletados por la empresa, en compañía no solo de los representantes de esta sino también de los funcionarios públicos que deben asistir y que no tienen ni presupuesto ni otro medio de transporte para llegar a lugares alejados, que por lo demás no conocen. En los enclaves de economías extractivas donde ocurren muchas consultas, la compañía, para todos los efectos prácticos, es el Estado: de ella depende el acceso al lugar, con ella están articuladas las autoridades locales y a ella está subordinada buena parte de la población mediante relaciones laborales o de dependencia económica indirecta.

El efecto de dominación toma un cariz violento en los contextos de conflicto armado, donde las operaciones de la empresa dependen de alguna forma de protección por parte de los grupos armados legales o ilegales. En Urrá, por ejemplo, la empresa contó con el apoyo entusiasta de los grupos paramilitares, que consideraban la represa esencial para los intereses de los terratenientes que representaban. Así quedó consignado en una crónica de Bernard Henri-Levy, quien viajó a la zona en 2001 y entrevistó a Carlos Castaño, comandante de las Autodefensas Unidas de Colombia, quien fue posteriormente asesinado por sus subalternos. Cuando el filósofo francés le recordó los asesinatos indiscriminados cometidos por sus escuadrones de la muerte, Castaño respondió:

—¿Atentados ciegos? ¿Nosotros? ¡Jamás! Siempre hay una razón. Los sindicalistas, por ejemplo. ¡Le impiden trabajar a la gente! Por eso los matamos.

—Bueno, y el jefe de los indígenas del Alto Sinú, para el caso; ¿a quién le impedía trabajar él, ese pequeño jefe indio que bajó a Tierralta?

—¡La represa! ¡Impedía el funcionamiento de la represa! (Levy 2001)

La violencia y la intimidación contra los líderes son comunes a muchos otros casos de consulta que he observado. Una práctica común en Colombia consiste en que los grupos armados ilegales interesados en la entrada de la empresa intimidan y violentan a los representantes de la comunidad que va a ser consultada para provocar su desplazamiento forzado. Cuando la consulta tiene lugar, se hace con los miembros de la comunidad que han quedado atrás, en condiciones de coerción extremas que no se acercan siquiera a las de una negociación privada. Como lo dijo una abogada de la ONIC en nuestra entrevista al referirse a esta práctica, “no hay negociación cuando uno tiene un revólver en la cabeza”.⁵⁷

Pero incluso cuando no implican coerción física, las relaciones de dominación entre las partes operan por las desigualdades económicas abismales, que la consulta deja intactas. En Urrá como en otros lugares, las condiciones extremas de pobreza y desintegración social del pueblo indígena —que, como vimos, rayan en el etnocidio— impiden una participación libre e informada en la consulta, para no hablar de un consentimiento genuino. Si bien estas asimetrías de poder son paliadas cuando intervienen coaliciones activistas nacionales e internacionales en apoyo a los indígenas, son endémi-

⁵⁷ Entrevista con líder de la ONIC, Valledupar (Colombia), 15 de junio de 2010.

cas incluso en los casos que, como el de Urrá, las causas se han hecho visibles nacional e internacionalmente.

La asimetría de poder entre empresa y comunidad es acentuada por el hecho de que el Estado tiende a tener un rol de testigo oficial de la consulta, antes que de regulador y garante de la misma. Así lo muestran las legislaciones y las prácticas de los países latinoamericanos estudiados. En ese sentido, la dominación de la empresa sobre la comunidad es raramente atenuada, o siquiera mediada, por el aparato estatal. Como lo dijo una exfuncionaria del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de Colombia que participó en consultas durante varios años, “el acompañamiento del Estado es mínimo, es protocolizador. Muchas veces se basa en información de segunda mano, que suministra la empresa [...]. [Por ejemplo], los estudios de impacto ambiental son hechos por antropólogos pagados por las empresas”.⁵⁸ O como lo reconoce con candidez la funcionaria que dirige la unidad gubernamental encargada de las consultas a nivel nacional, “nosotros hacemos la coordinación, citamos a las partes, hacemos la mediación, dirigimos la reunión, pero quien consulta [la empresa] debe llevar todo el apoyo logístico para poder citar a la comunidad, nosotros no hacemos esa parte, la hace quien consulta”.⁵⁹ Quien consulta es la empresa. El consultado es la comunidad indígena. Y el Estado estampa el sello oficial sobre lo que se acuerde.

⁵⁸ Entrevista con exfuncionaria del Ministerio de Ambiente de Colombia, Bogotá (Colombia), 17 de octubre de 2009.

⁵⁹ Entrevista con Claudia Cáceres, directora de la Unidad de Consulta Previa, Colombia, Ministerio del Interior, Bogotá (Colombia), 16 de noviembre de 2009.

Más allá de la coerción física o económica, el efecto de dominación opera por canales más sutiles, indirectos. La sola participación en las consultas, o en un litigio relacionado con ellas, inserta las reivindicaciones indígenas en una lógica procesal que tiene costos, en la medida en que limita lo que se puede decir, exigir y lograr. Si bien las reivindicaciones sustantivas reaparecen en el curso de las negociaciones y los procesos judiciales, para ser eficaces tienen que hacerlo dentro de los límites del lenguaje y las reglas procesales del derecho internacional y nacional de la CPLI. El resultado es una disolución, al menos parcial, de la política en el derecho: la conversión de los reclamos políticos fuertes (relativos a la autodeterminación, el consentimiento, etc.) en reclamos más débiles (relativos a la participación, los requisitos de la consulta, etc.). En el camino, la subjetividad política indígena es transformada. En lugar del sujeto contestatario de los movimientos indígenas, la consulta exige un sujeto dócil, dialogante.

Esta domesticación de las demandas indígenas puede operar incluso en casos exitosos de defensa del derecho a la consulta ante los gobiernos, las cortes o los organismos internacionales de derechos humanos, como concluye Hale (2005) al analizar las consecuencias de la victoria jurídica del pueblo indígena mayagna en el caso fundacional de *Awatitpan vs. Nicaragua* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). Para los mayagnas, el costo de los varios años de trámites y negociaciones con el Estado, el Banco Mundial y otros actores que participaron en la demarcación del territorio indígena ordenada por la Corte, fue “una imbricación más profunda en [...] la ‘cuadrícula de inteligibilidad’ del neoliberalismo” (Hale 2005: 15), esto es, “un involu-

cramiento sin precedentes del Estado y de las instituciones desarrollistas neoliberales en los asuntos internos de la comunidad: en la regulación de los detalles del reclamo, en la configuración de las subjetividades políticas, en la reconfiguración de las relaciones internas” (Hale 2005: 16). Es el mismo costo que deben asumir los pueblos involucrados en los procesos de consulta, como lo ilustra el caso de Urrá. Tras la exitosa acción judicial ante la Corte Constitucional, la vida colectiva e individual de los emberas ha quedado atrapada y, de hecho, definida en buena parte por la “cuadrícula de inteligibilidad del neoliberalismo”: en la indemnización mensual pagada por la empresa, de la que hoy dependen; en la división política entre comunidades que formaron bandos contrarios en el proceso de consulta; en la espiral de nuevas demandas ante las cortes nacionales y el sistema interamericano para lidiar con los problemas persistentes de seguridad, alimentación y otras necesidades básicas agravadas por la construcción de la represa.

La alusión a la herencia del caso de Urrá nos lleva a una última encarnación del efecto de dominación, que opera no entre las empresas y las comunidades indígenas, sino entre estas y sus aliados en las consultas. Como sucede en general con el uso del derecho por parte de movimientos sociales (McCann 1994), el riesgo del desplazamiento hacia el terreno jurídico es la transferencia de poder de los sujetos de las luchas (en este caso, los pueblos indígenas involucrados en las consultas) a sus asesores jurídicos (las ONG, los organismos internacionales de derechos indígenas, etc.). Como veremos enseguida, este desplazamiento tiene también un efecto emancipador, en la medida en que permite mitigar las diferencias de poder entre empresas y comunidades.

Pero su existencia es innegable, como lo vimos cuando el citado líder embera concluyó una hora de detallados argumentos jurídicos vertidos en elaboradas imágenes en Power Point. “En últimas –nos dijo mientras tomaba asiento–, ustedes dirán qué hacer, porque yo soy solo un indio y no sé de estas cosas”.

El efecto de emancipación

El revés del efecto de dominación son las posibilidades emancipatorias abiertas por los procesos de consulta. En la práctica, la consulta es, al mismo tiempo, un medio para perpetuar y para desafiar las desigualdades profundas entre los actores de los campos minados. A la vez que diluyen los reclamos políticos indígenas, las reglas procesales crean espacios y herramientas preciosos –en ocasiones, los únicos disponibles– para detener, o al menos aplazar, daños culturales y ambientales irreversibles, y para fundar o refundar procesos de movilización colectiva.

La evidencia etnográfica muestra que el efecto emancipatorio de la consulta puede ser directo o indirecto. Es directo cuando los actores subalternos –las comunidades indígenas y sus aliados– exigen el cumplimiento de las reglas procesales y proponen interpretaciones de estas que mitigan la asimetría de poder frente a los actores dominantes de la consulta. El procedimiento mismo tiene un potencial emancipatorio, en la medida en que establezca requisitos exigentes que disminuyan la brecha entre las condiciones reales de las consultas, de un lado, y las condiciones requeridas para una deliberación genuina, del otro.

Como se vio, las regulaciones procesales no son irrelevantes. Una vez puestas en escena, marcan una dife-

rencia que puede ser, literalmente, de vida o muerte. La supervivencia de un pueblo puede depender, por ejemplo, de la posibilidad de que en la consulta tengan voz no solo sus miembros sino también las organizaciones indígenas nacionales que, por tener experiencia en otras consultas y conocimiento jurídico, pueden servir de poder de contrapeso. O, como lo ha reconocido la Relatoría de la ONU y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el hecho de que se aplique el estándar de la consulta o el estándar del consentimiento puede definir la suerte de un pueblo afectado por un proyecto económico de gran escala. Los emberas del norte de Colombia conocen la diferencia en carne propia.

De ahí que buena parte de las diligencias de consulta consistan en debates sobre si se están cumpliendo los requisitos de la ley nacional, el Convenio 169 y otros instrumentos jurídicos. ¿Se informó oportunamente y de buena fe a las comunidades afectadas? ¿Tienen los asistentes la representación legal del pueblo indígena? ¿Quién debe cubrir los costos del intérprete que haga la traducción del español a la lengua indígena y viceversa? ¿Debe prolongarse el cronograma de reuniones para permitir una mayor asistencia? ¿Quién tiene la obligación de financiar el transporte de los miembros de las comunidades más alejadas? Cada una de estas preguntas abre una controversia judicializable que puede desacelerar el ritmo frenético de los proyectos económicos en territorios indígenas, y que puede ser, en la práctica, la única talanquera para la inundación de un resguardo como el de los emberas de Urrá, o para la entrada de ingenieros, colonos y grupos armados a territorios petroleros como el de los u’was.

El efecto emancipador opera también por múltiples vías indirectas, lejos de las reuniones formales de la consulta. En sociedades como las latinoamericanas, donde el constitucionalismo multicultural de los noventa arribó cuando los pueblos indígenas estaban en una situación ambigua de revitalización organizativa y riesgo de exterminio colectivo, las reglas del Convenio 169 y demás instrumentos legales abrieron oportunidades adicionales de resistencia y movilización política. En esas circunstancias, la consulta ha sido acogida como un instrumento para ralentizar la avalancha de proyectos mineros y extractivistas que se ciernen sobre las comunidades indígenas, ubicadas en medio de economías volcadas hacia la explotación de recursos naturales. Ello explica que, como lo he documentado en países como Colombia y Perú, los casos y las discusiones jurídicas técnicas sobre la CPLI tengan un lugar privilegiado en las agendas de las organizaciones indígenas nacionales.⁶⁰ En el plano nacional, por tanto, la CPLI se ha convertido en una carta eficaz que el movimiento indígena puede blandir en negociaciones y litigios frente al Estado y las empresas. La eficacia de esta carta está demostrada por las varias leyes colombianas que regulaban asuntos vitales para las empresas y los pueblos indígenas (como el uso de los bosques o la explotación de hidrocarburos)⁶¹ y que han sido declara-

60 Entrevista con Andrade (2009) y La Rosa (2010).

61 Véase, por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-030/2008, 23 de enero de 2008, que declara la inconstitucionalidad de la Ley Forestal por la omisión de la realización de la consulta previa con las comunidades indígenas y afrocolombianas; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-175/2009, 18

das inconstitucionales por cortes nacionales por violar el Convenio 169.

En la escala transnacional, la CPLI también ha abierto espacios para el uso contrahegemónico del derecho. En el plano interamericano, ha permitido a las organizaciones indígenas y a las ONG de derechos humanos expandir la interpretación del derecho internacional para crear versiones híbridas que combinen los estándares de la consulta y el consentimiento. Y en la escala global, ha ofrecido un singular espacio de colaboración entre el movimiento sindical y el movimiento indígena, a propósito de los múltiples episodios en los que aquel ha avalado ante la OIT las quejas indígenas por violación del Convenio 169, como sucedió en los casos de la represa de Urrá o los planes de explotación petrolera en territorio u'wa.

En este sentido, en el terreno, las reglas procedimentales de la consulta crean espacios para el avance de versiones exigentes de la participación,⁶² que toman elementos del multiculturalismo contrahegemónico y, en algunos casos como el de los u'was, pueden revitalizar el proceso de reinención de la identidad colectiva y de fortalecimiento de la organización política, con ocasión de las negociaciones con las empresas y el Estado.⁶³

de marzo de 2009, que declara la inconstitucionalidad del Estatuto de Desarrollo Rural por la misma razón.

62 Para una discusión sobre un modelo exigente de participación con poder de decisión y su contraste con formas menos garantistas, véase Fung y Wright (2003).

63 Véase también Rodríguez Garavito y Arenas (2005).

Conclusiones

En retrospectiva, la omnipresencia del derecho y las alusiones constantes a “la consulta previa” en la reunión en Urrá con la que comenzamos este libro parecen menos sorprendentes de lo que lo fueron aquella reunión en el resguardo embera. Episodios similares, en los que se mezclan la violencia extrema y el formalismo jurídico más fino, proliferan en los campos minados donde se decide la suerte de los pueblos indígenas en Latinoamérica y otras partes del mundo.

En las páginas anteriores he intentado explicar las razones detrás de esta tendencia. He sostenido que el ascenso y la difusión global de la CPLI hacen parte de un proceso de juridización global de la diferencia que he denominado *etnicidad.gov* y que refleja el tipo de multiculturalismo y gobernanza dominantes en tiempos de globalización neoliberal. Centrada en la racionalidad procesal, la *etnicidad.gov* permite la comunicación entre posiciones sustantivas radicalmente distintas, que son defendidas por los diferentes bandos de los conflictos culturales y distributivos que hoy proliferan tanto en el Sur como en el Norte globales.

En el ámbito específico de los derechos indígenas, tras 20 años de existencia, la CPLI ha pasado a ser el mecanismo central mediante el cual los regímenes jurídicos de todo tipo –instrumentos de derechos humanos

de la OIT y la ONU, códigos de conducta de bancos multilaterales y ETN, constituciones nacionales, etc.—han buscado manejar las disputas por el territorio, los recursos naturales, la identidad y la autodeterminación indígenas. Recogiendo los postulados del paradigma de la gobernanza, la CPLI ha reemplazado al integracionismo como enfoque regulatorio dominante sobre los pueblos indígenas.

He intentado mostrar también que la etnicidad.gov en general, y la CPLI en particular, son campos jurídicos controvertidos, en los que, junto con el multiculturalismo y la gobernanza neoliberales, conviven concepciones contrahegemónicas del multiculturalismo y los derechos indígenas que disputan el dominio de aquellos. Basadas en el principio de autodeterminación y en la figura del consentimiento previo, libre e informado, estas concepciones han sido promovidas por el movimiento indígena transnacional y sus aliados.

He rastreado el origen, la evolución y los efectos de esta controvertida figura en dos niveles. En primer lugar, me ocupé de la regulación de la CPLI, tal como ha resultado del Convenio 169 de la OIT, las constituciones nacionales que tomaron el “giro multicultural” en los noventa, las normas de “derecho blando” transnacional, las decisiones de organismos y cortes de derechos humanos y, más recientemente, la Declaración de derechos de los pueblos indígenas de la ONU. Con base en ese análisis, mostré la existencia de múltiples fórmulas híbridas que encarnan formas muy distintas de participación indígena, desde la participación de fachada en consultas sin requisitos procesales ni monitoreo eficaces, hasta la participación con poder de

decisión de las regulaciones que han adoptado alguna versión del requisito del consentimiento.

En segundo lugar, indagué el funcionamiento y los efectos de las consultas en la práctica. Puestas a prueba en contextos radicalmente distintos al de las negociaciones imaginadas por los teóricos de la gobernanza y los reguladores internacionales, las reglas procesales de la consulta tienen efectos inesperados y ambiguos. De un lado, diluyen las reivindicaciones políticas indígenas en discusiones procesales dominadas por las empresas, con escasa intermediación del Estado. Sin embargo, el desplazamiento de las disputas sustanciales por las procesales es incompleto e imperfecto, de modo que las diferencias de fondo reaparecen constantemente y generan una confusión de fondo y forma que se traduce en constantes equívocos en las negociaciones—algunos casuales, otros producidos deliberadamente por las empresas, las comunidades indígenas o las autoridades estatales que explotan estratégicamente dicha confusión.

En vista de las abismales desigualdades de poder y recursos entre los actores involucrados, no sorprende que las reglas procesales de la consulta frecuentemente refuercen y legitimen las relaciones de dominación entre ellos. Pero las consultas también han sido espacios para resistirse a esas relaciones. Los detalles de las reglas procesales—quién participa, cuánto dura la consulta, qué tipo de indemnización se pacta— pueden abrir oportunidades para la movilización política indígena. Y pueden servir como un último recurso para quienes tienen todo en contra, como lo es hoy para los emberas en su lucha contra la aniquilación colectiva.

Referencias bibliográficas

Álvarez, Sonia, Dagnino, Evelina y Escobar, Arturo (eds.) 2001. *Política cultural y cultura política: una nueva mirada sobre los movimientos sociales latinoamericanos*. Bogotá: Taurus, Icanh.

Anaya, James y Robert Williams, Jr. 2001. "The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System". *Harvard Human Rights Journal* 14.

Anaya, James. 2004. *Indigenous Peoples in International Law*. Nueva York: Oxford University Press.

Anaya, James. 2005. "Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources". *Arizona Journal of International & Comparative Law* 22(1): 7-17.

Anaya, James. 2009a. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. N. U. A/64/338, 4 de septiembre de 2009.

Anaya, James. 2009b. *Observaciones sobre la situación de los pueblos indígenas de la Amazonía y los sucesos del 5 de junio y días posteriores en las provincias de Bagua y Utcubamba, Perú*. N. U. A/HRC/12/34/Add.8, 18 de agosto de 2009.

Anaya, James. 2010. *Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades*

fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la "Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo" aprobada por el Congreso de la República del Perú. Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 7 de julio de 2010.

Aponte, Lilian. 2007. "The Hybrid State-Corporate Enterprise and Violations of Indigenous Land Rights: Theorizing Corporate Responsibility and Accountability under International Law". *Lewis & Clark Law Review* 11(1).

Ayres, Ian y John Braithwaite. 1992. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Nueva York: Oxford University Press.

Banco Interamericano de Desarrollo. 2006. *Política operativa sobre pueblos indígenas*. BID, Departamento de Desarrollo Sostenible.

Barsh, Russel. 1987. "Revision of ILO Convention 107". *The American Journal of International Law* 81.

Bourdieu, Pierre. 1977. *Outline of a Theory of Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.

Brysk, Alison. 2000. *From Tribal Village to Global Village: Indian Rights and International Relations in Latin America*. Palo Alto: Stanford University Press.

Caicedo Fraide, Eder Maylor. 2009. "El plan Córdoba". *Verdadabierta.com*. Recuperado de <http://www.verdadabierta.com/parapolitica/cordoba/851-el-plan-cordoba>.

Carta de los U'wa al Hombre Blanco. Maippa, 5 de septiembre de 2008. Recuperado de <http://www.maippa.org/Campa%C3%B1a-U-Wa-Colombia/carta-de-los-uwa-al-hombre-blanco.html>.

Clavero, Bartolomé. 1994. *Derecho indígena y cultura constitucional en América Latina*. Madrid: Siglo XXI Editores.

Clavero, Bartolomé. 2008. *Geografía jurídica de América Latina: pueblos indígenas entre constituciones mestizas*. Madrid: Siglo XXI Editores.

Comaroff, Jean y John L. Comaroff. 2001. "Millennial Capitalism: First Thoughts on a Second Coming". En Jean Comaroff y John Comaroff (eds.). *Millennial Capitalism and the Culture of Neoliberalism*. Durham: Duke University Press.

Comaroff, John y Jean Comaroff 2006. "Law and Disorder in the Postcolony: An Introduction". En John Comaroff y Jean Comaroff (eds.). *Law and Disorder in the Postcolony*. Chicago: Chicago University Press.

Comaroff, John y Jean Comaroff. 2009a. "Reflections on the Anthropology of Law, Governance and Sovereignty". En Franz von Benda-Beckmann et al. (eds.). *Rules of Law and Laus of Ruling*. Farnham: Ashgate Publishing Limited.

Comaroff, John y Jean Comaroff. 2009b. *Ethnicity.Inc*. Chicago: The University of Chicago Press.

Comisión Colombiana de Juristas. 2008. *Urrá II, una amenaza mortal para el pueblo indígena Embera Katío del alto Sinú 2*. Boletín No. 22: Serie sobre los derechos de las víctimas y la aplicación de la ley 975. Bogotá, 8 de enero de 2008.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2010. *Medidas cautelares otorgadas por la Comisión en 2010*. Recuperado de <http://www.cidh.org/medidas/2010.eng.htm>.

Comunicado U'wa. 1997. *Comunicado a la opinión pública*, 10 de febrero de 1997.

Consejo Económico y Social, Naciones Unidas. 1971. *El problema de los pueblos indígenas*. Res. 1589 (L) párra. 7, N.U. Doc. E/5044, 21 de mayo de 1971.

Contesse, Jorge, ed. 2012. *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno*. Santiago: Universidad Diego Portales

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-039/97, 3 de febrero de 1997.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-652/98, 10 de noviembre de 1998.

Corte Constitucional de Colombia. Auto Aclaratorio a la Sentencia T-652/98, 1 de diciembre de 1998.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-769/09, 2 de octubre de 2009.

Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 001-10-SIN-CC, 18 de marzo de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006. *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Méritos, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2007. *Pueblo de Saramaka vs. Surinam. Objeciones Preliminares, Méritos, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 133-37.

Courtis, Christian. 2009. "Notes on the Implementation by Latin American Courts of the ILO Convention 169 on Indigenous Peoples". *Sur International Journal on Human Rights* 6(10): 53-78.

Davis, Shelton. 2002. "Indigenous Peoples, Poverty and Participatory Development: The Experience of the World Bank in Latin America". En Rachel Sieder (ed.). *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity, and Democracy*. Nueva York: MacMillan.

La Rosa Calle, Javier. 2010. "El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú: dificultades para su implementación". *Aportes DPFL* 3(14): 14-16.

Defensoría del Pueblo de Colombia. 2001. *Resolución Defensorial No. 013. Sobre la violación de los derechos humanos de la comunidad indígena emberá-katio del Alto Sinú*. Bogotá, D.C.: Defensoría del Pueblo.

Deruyttere, Anne. 2004. "Perceived Challenges to Recognition on Prior and Informed Consent of Indigenous Peoples and other Local Communities: The Experiences of the Inter-American Development Bank". *Sustainable Development Law & Policy* 4: 39-42.

Dorf, Michael y Charles Sabel. 1998. "A Constitution of Democratic Experimentalism". *Columbia Law Review* 98: 267-473.

Freeman, Jody. 1997. "Collaborative Governance in the Administrative State". *UCLA Law Review* 45.

Fulmer, Amanda, Angelina Snodgrass y Philip Neff. 2008. "Indigenous Rights, Resistance and the Law: Lessons from a Guatemalan Mine". *Latin America Politics and Society* 4: 91-121.

Fung, Archon, Dara O'Rourke y Charles Sabel. 2001. *Can we put an end to sweatshops?* Boston: Beacon Press.

Fung, Archon y Erik Wright. 2003. "Countervailing Power in Empowered Participatory Governance". En Archon Fung y Erik Wright (eds.). *Deepening Democracy: Institutional Innovations in Empowered Participatory Governance*. Nueva York: Verso.

Grupo Banco Mundial. 2003. "Striking a Better Balance. Stakeholder Inputs: Converging Issues and Diverging Views on the World Bank Group's Involvement in Extractive Industries". *Extractive Industries Review*.

Hale, Charles. 2005. *Neoliberal Multiculturalism: The Remaking of Cultural Rights and Racial Dominance in Central America*. *Polar* 28: 10-28.

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

Hirschl, Ran. 2004. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Boston: Harvard University Press.

Informe del Comité encargado de examinar la reclamación que alega el incumplimiento por parte

de Colombia del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales. 1989 (núm. 169), en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT realizado por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (Asmedas). Doc. de la OIT. GB.282/14/4, noviembre de 2001.

International Council on Mining & Metals (ICMM). *Members*. Recuperado de <http://www.icmm.com/>.

International Council on Mining & Metals (ICMM). *About Us*. Recuperado de <http://www.icmm.com/about-us>.

International Council on Mining & Metals. *Members (ICMM). Sustainable Development Framework*. Recuperado de <http://www.icmm.com/our-work/sustainable-development-framework>.

International Financial Corp. 2010. *Policy on Social and Environmental Sustainability*. Recuperado de [http://www.fias.net/ifcext/policyreview.nsf/AttachmentsByTitle/Phase2_SustPolicy_English_clean/\\$FILE/CODE_Progress+Report_AnnexB_SustainabilityPolicy_Clean.pdf](http://www.fias.net/ifcext/policyreview.nsf/AttachmentsByTitle/Phase2_SustPolicy_English_clean/$FILE/CODE_Progress+Report_AnnexB_SustainabilityPolicy_Clean.pdf).

Jessop, Bob. 1998. "The Rise of Governance and the Risks of Failure: The Case of Economic Development". *International Social Science Journal* 155: 142-172.

Karkkainen, Bradley C. 2002. "Environmental Lawyering in the Age of Collaboration". *Wisconsin Law Review* 555.

Kozak, Robert y Don Jones Newswires. 2010. *DJ Court Orders Peru to Consult Indiginous [sic] Peoples on Mining, Oil Projects*. TradingMarkets.com. Recuperado de http://www.tradingmarkets.com/news/stock-alert/mioie_dj-court-orders-peru-to-consult-indiginous-peoples-on-mining-oil-projects-1145502.html.

Lemaitre, Julieta. 2009. *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá:

Derecho y Sociedad, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.

Levy, Bernard-Henri. 2001 "Guerra contra los inocentes". *Semana.com*, 9 de julio de 2001. Recuperado de <http://www.semana.com/noticias-opinion/guerra-contra-inocentes/17869.aspx>.

MacKay, Fergus. 2005. "The Draft World Bank Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples: Progress or More of the Same?". *Arizona Journal of International & Comparative Law* 22: 65-98.

Martínez Cobo, José. 1981. *Estudio sobre el problema de discriminación en contra de los pueblos indígenas*. N.U. Doc. E/CN. 4/Sub.2/476. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías.

McCann, Michael. 1994. *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago: University of Chicago Press.

McGee, Brant. 2009. "The Community Referendum: Participatory Democracy and the Right to Free, Prior and Informed Consent to Development". *Berkeley Journal of International Law* 27(2): 570-635.

McMichael, Philip. 2008. *Development and Social Change: A Global Perspective*. Thousand Oaks: Sage Publications.

Murray Li, Tania. 2009. "The Law of the Project: Government and Good Governance at the World Bank in Indonesia". En Franz von Benda-Beckmann (ed.). *Rules of Law and Laws of Ruling*. Farnham: Ashgate Publishing Limited.

Naciones Unidas. 2007. *Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas*. G.A. Res. 61/295, N.U. Doc. A/RES/61/295, arts. 19, 32.

Naciones Unidas. *Global Compact*. 2000. Recuperado de <http://www.unglobalcompact.org/>.

Niezen, Ronald. 2003. *The Origins of Indigenism: Human Rights and Politics of Identity*. Berkeley: University of California Press.

Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (s.f.). *Diagnóstico Departamental de Córdoba 4*.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). 1957. *Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales*. Adoptado el 26 de junio de 1957, 328 U.N.T.S. 247.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). 1985. *Programa y Presupuesto del Bienio 1986/1987: 60º Periodo de Financiación*.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). 2009. *Derechos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*. Ginebra: OIT Press.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). 2011. *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169)*. Ginebra: OIT.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). s.f. *Diálogo social*. Recuperado de <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/themes/sd.htm>.

Oxfam. 2010. *Guía para la consulta previa, libre e informada*. Lima: Oxfam.

Pasqualucci, Jo M. 2009. "International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples". *Wisconsin International Law Journal* 27: 51-98.

Rodríguez Garavito, César. 2005. "Global Governance and Labor Rights: Codes of Conduct and Anti-Sweatshop Struggles in Global Apparel Factories in Mexico and Guatemala". *Politics & Society* 33(2): 203-233.

Rodríguez Garavito, César y Luis Carlos Arenas. 2005. "Indigenous Rights, Transnational Activism, and Legal Mobilization: The Struggle of the U'wa People in Colombia". En Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez Garavito (eds.). *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*. Cambridge: Cambridge University Press.

Rodríguez Garavito César, Meghan Morris, Natalia Orduz y Paula Buriticá. 2010. *La consulta previa: los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

Rodríguez Garavito, César y Natalia Orduz Salinas. 2012. *El movimiento del agua: la represa de Urrá, la consulta previa y los pueblos indígenas*. Bogotá: DeJusticia.

Rodríguez-Piñero, Luis. 2005. *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime*. Nueva York: Oxford University Press.

Sabel, Charles. 1995. "Bootstrapping Reform: Rebuilding Firms, the Welfare State, and Unions". *Politics & Society* 23(1): 5.

Santos, Boaventura de Sousa. 2002. "Toward a Multicultural Conception of Human Rights". En Berta Hernández Truyol (ed.). *Moral Imperialism: A Critical Anthology*. Nueva York: NYU Press.

Santos, Boaventura de Sousa. 2005. "Beyond Neoliberal Governance: The World Social Forum as Subaltern Cosmopolitan Politics and Legality". En Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez Garavito (eds.). *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*. Cambridge: Cambridge University Press.

Santos, Boaventura de Sousa. 2010. *La refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformación Global.

- Santos, Boaventura de Sousa y Rodríguez Garavito, César. 2005. "Law, Politics, and the Subaltern in Counter-Hegemonic Globalization". En Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez Garavito (eds.). *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sassen, Saskia. 2006. *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*. Princeton: Princeton University Press.
- Shamir, Ronen. 2005. "Corporate Social Responsibility: A Case of Hegemony and Counter-Hegemony". En Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez Garavito (eds.). *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sieder, Rachel (ed.). 2002. *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*. Nueva York: MacMillan.
- Sieder, Rachel. 2006. "El derecho indígena y la globalización legal en la posguerra guatemalteca". *Alteridades* 16(31): 23-37.
- Simpson, Tony. 1987. *ILO 107: A License to Rights*, Aboriginal Law Bulletin 7. Recuperado de <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AboriginalLawB/1987/7.html#fn1>.
- Snyder, Francis. 1994. "Soft Law and Institutional Practice in the European Community". En Stephen Martin (ed.). *The Construction of Europe: Essays in honour of Emile Noël*. Boston: Kluwer Academic Publishers.
- Stavenhagen, Rodolfo. 2003. *Reporte del Relator Especial en la Situación de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas*. N.U. Doc. E/CN.A/2003/09, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social.

Svampa, Maristella. 2009. *Cambio de época: movimientos sociales y poder político*. Buenos Aires: Clacso.

Teubner, Gunther. 1986. "After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law". En Gunther Teubner. *Dilemmas of Law in the Welfare State*. San Domenico di Fiesole: European University Institute.

Tribunal Superior de Montería. 1012. Sentencia de Liquidación de Indemnización, 12 de noviembre de 2005.

Van Cott, Donna Lee. 2000. *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

Verdadabierta.com. 2010. *Kimy Pernía, líder indígena emberá asesinado*. Recuperado de <http://www.verdadabierta.com/nunca-mas/asesinatos/periodistas/1898-kimy-pernia-lider-indigena-embera-asesinado>.

Zeitlin, Jonathan y David Trubek (eds.). 2003. *Governing Work and Welfare in a New Economy: European and American Experiments*. Nueva York: Oxford University Press.

Etnicidad

.gov Los recursos naturales,
los pueblos indígenas y
el **derecho a la consulta
previa** en los campos
sociales minados

Los conflictos socioambientales se han multiplicado en América Latina al ritmo de la expansión de las industrias extractivas y los proyectos de desarrollo económico en zonas esenciales para el equilibrio ambiental y las comunidades que las habitan. Entre estos conflictos destacan los que involucran a los pueblos indígenas, que han hecho valer su derecho a ser consultados cuando se trata de proyectos económicos que afectan su territorio, su cultura o su supervivencia.

Este libro analiza el origen, la práctica y los efectos de la consulta previa. Tras rastrear el surgimiento de esta figura en el derecho internacional y su incorporación en el “constitucionalismo multicultural” latinoamericano, se detiene en el estudio de su funcionamiento en la práctica. Basado en trabajo de campo en Colombia, Perú, Brasil y Chile, muestra los efectos ambiguos de la consulta previa en disputas atravesadas por la violencia y las diferencias de poder entre el Estado, las empresas y los pueblos indígenas involucrados.

ISBN: 978-958-57338-2-4

