



**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA**

*La Universidad Católica de Loja*

**ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA**

**TITULO DE ABOGADO**

Análisis de los Estándares Internacionales de Derechos Humanos sobre la  
Consulta Previa y su Aplicación en el Ecuador

**TRABAJO DE TITULACIÓN**

**AUTORA:** Saritama Fernández, Carmen Nathaly

**DIRECTOR:** Celi Toledo, Israel Patricio, Mgs.

**LOJA -ECUADOR**

**2016**



*Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>*

Septiembre, 2016

## **APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

Magister.

Israel Patricio Celi Toledo

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación: “Análisis de los Estándares Internacionales de Derechos Humanos sobre la Consulta Previa y su Aplicación en el Ecuador” realizado por: Saritama Fernández Carmen Nathaly, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, 1 de agosto de 2016

f) Mgs. Israel Patricio Celi Toledo

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Saritama Fernández, Carmen Nathaly, declaro ser autora del presente trabajo de titulación: "Análisis de los Estándares Internacionales de Derechos Humanos sobre la Consulta Previa y su Aplicación en el Ecuador", de la Titulación de Derecho, siendo Mgs. Israel Patricio Celi Toledo, director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: "Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad"

f).....

Autor: Saritama Fernández, Carmen Nathaly

Cédula: 1105108714

## **DEDICATORIA**

A mis padres Carmita y Oswaldo, pilares de mi vida quienes me enseñaron que a través de la perseverancia es posible triunfar.

A mi hermana Paulina, mi mejor amiga a quien agradezco día a día de tenerla a mi lado como fuente de apoyo incondicional.

A mi hermano Oswaldo Enrique, quien constantemente ha velado por mi bienestar y me ha demostrado que ninguna adversidad es imbatible.

A mi abuelita Rosita, quien me enseñó a buscar la felicidad y con sus sabios consejos siempre me supo confortar.

A todas las personas que buscan cambiar el mundo con sus propias manos y aún no pierden la esperanza en la humanidad.

## **AGRADECIMIENTO**

Quiero agradecer a todas las personas que me han apoyado a lo largo de mi Carrera, a mi familia, mis profesores y mis amigos, quienes permitieron desarrollar mi convicción en la defensa de los derechos inherentes a todos los seres humanos. Extiendo mi más sincero agradecimiento al Abg. Pablo Castillo quien a través de sus acertadas recomendaciones fue posible pulir esta investigación. Agradezco de forma especial a mi Director de Tesis, Mg. Israel Celi, quien depositó en mí la confianza para desarrollar el presente trabajo conforme a mi criterio.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN</b> .....	ii
<b>DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS</b> .....	iii
<b>DEDICATORIA</b> .....	iv
<b>AGRADECIMIENTO</b> .....	v
<b>ÍNDICE DE CONTENIDOS</b> .....	vi
<b>RESUMEN</b> .....	1
<b>ABSTRACT</b> .....	2
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	3
<b>CAPÍTULO I</b> .....	6
<b>EXPLICACIÓN CONCEPTUAL DE LA CONSULTA PREVIA DESDE UNA VISIÓN SOCIOLÓGICA Y POLÍTICA</b> .....	6
1.1. Hacia el reconocimiento de Derechos Colectivos: Problemas Sociales y pensamiento socio-político.....	7
1.2. Concepto del derecho a la consulta previa.....	11
1.3. ¿Quiénes son los pueblos indígenas?.....	12
1.3.1. Aproximación conceptual de los pueblos indígenas no contactados.....	16
1.4. Derechos de los pueblos indígenas.....	17
1.4.1. De los derechos individuales a los derechos colectivos.....	17
1.4.2. Conceptualización de Derechos colectivos.....	18
1.4.3. Derecho a la libre determinación .....	19
1.4.4. El derecho a la propiedad comunitaria de la tierra y de los territorios .....	20
1.5. La Consulta Previa.....	21
1.5.1. La consulta como un derecho de participación .....	21
1.5.2. Características de la Consulta Previa .....	22
1.5.2.1. Sujetos de la consulta.....	22
1.5.2.2. Objeto de la consulta. ....	23
1.5.2.3. Entidades a cargo de su realización. ....	23
1.5.3. Consulta en medidas legislativas y administrativas.....	24
1.6. Principios de la Consulta Previa .....	25
1.6.1. El principio de buena fe .....	25
1.6.3. Consulta culturalmente adecuada.....	26
1.6.4. El propósito de llegar a un acuerdo .....	26
1.6.5. Carácter previo de la consulta .....	27

CAPÍTULO II.....	28
2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE LA CONSULTA PREVIA.....	28
2.1. Sistema Universal de Protección de Derechos .....	29
2.2. Estándares de los Órganos del Sistema de las Naciones Unidas .....	30
2.2.1. Del Convenio 107 al 169 de la OIT .....	31
2.2.4. Observaciones generales de los Relatores Especiales de la ONU .....	34
2.2.4.1. Comunicaciones del Relator Especial sobre los derechos los pueblos indígena.....	36
2.2.5. Estándares de Organismos Financieros Multilaterales .....	38
2.3. Estándares del Sistema Regional de Derechos Humanos (SIDH) .....	38
2.3.1. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	38
2.3.2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ....	40
2.3.2.1. Pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la consulta previa.....	42
2.3.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	46
2.3.3.1. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.....	46
2.3.3.2. Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador .....	48
2.4. Análisis de los Estándares Internacionales de la Consulta Previa a Pueblos Indígenas no contactados .....	50
2.4.1. Comité Especializado de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, respecto de los pueblos indígenas no contactados. ....	51
2.4.2. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los Pueblos Indígenas no Contactados .....	53
2.5. Referencia Internacional de la Legislación de la República de Perú entorno a la Consulta Previa, Libre e informada a los pueblos indígenas .....	55
CAPÍTULO III.....	61
El Caso Ecuatoriano .....	61
3. Normativa interna relativa a la Consulta Previa.....	62
3.1. Constitución del Ecuador .....	62
3.2. Ley de Participación Ciudadana.....	67
3.3. Reglamento Para La Ejecución de la Consulta Previa, Libre e Informada en los Procesos de Licitación y Asignación de Áreas y Bloques Hidrocarburíferos .....	71
3.3.1. Mecanismos de Participación:.....	71

3.3.2. Beneficios sociales que podrán recibir las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultadas .....	73
3.4.Fallos Judiciales relativos al derecho a la Consulta Previa y derechos de los Pueblos Indígenas.....	75
3.4.1.Sentencia del Tribunal Constitucional Nro. 459-2003-RA.....	75
3.4.2.Sentencia de la Corte Constitucional No. 113-14-SEP-CC o caso “La Cocha”.....	77
3.4.3.Sentencia de la Corte Constitucional Nro. 001-10-SIN-CC .....	79
CAPÍTULO IV .....	82
4. METODOLOGÍA.....	82
4.1.1.Objetivos.....	83
4.1.2.Hipótesis/ Pregunta De Investigación.....	83
4.2. Método Comparativo.....	83
4.3. Método Cualitativo .....	84
CONCLUSIONES .....	86
RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	88
ANEXOS.....	95

## RESUMEN

A lo largo de la historia han existido infinidad de actos que han atentado el modo de vida tradicional de los pueblos indígenas, razón por la cual la lucha social ha sido un pilar para el reconocimiento de sus derechos. En la última década se ha evidenciado la preocupación de organismos internacionales por crear instituciones de derecho que protejan los derechos humanos de las personas que pertenecen a colectividades indígenas, siendo así a través de los instrumentos internacionales se creó el derecho a la consulta previa, un mecanismo innovador de participación eficaz de los pueblos y comunidades indígenas, el mismo que debe cumplir con estándares fijados por el derecho internacional de los Derechos Humanos. Esta investigación tiene como fin analizar dichos estándares a la luz de los principios jurídicos establecidos por Organismos Internacionales de Derechos Humanos y sus dependencias y su aplicación en el Ecuador, a través de estudios de normativa y jurisprudencia nacional que versan sobre el presente tema con el fin de analizar si su aplicación ha cumplido con los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

**PALABRAS CLAVES:** Consulta previa, Pueblos indígenas, Estándares Internacionales, Participación Indígena, derecho de participación, derechos colectivos, derechos humanos.

## ABSTRACT

Throughout history there have been countless acts that attack the traditional way of life of indigenous peoples, that's why social struggle has been a mainstay for the recognition of their rights. In the last decade, the concern of international organizations has increased for creating institutions of law to protect the human rights of the people belonging to indigenous communities, as well being through international instruments the right to prior consultation was created, an innovative mechanism promoting effective participation of indigenous peoples and communities, it must meet standards set by international human rights law. This research aims to analyze these standards in light of the legal principles established by international human rights and its dependencies and its application in Ecuador, through studies of law and jurisprudence that deal with this issue in order to analyze whether their application has complied with the principles of International law of Human Rights.

**KEYWORDS:** Prior consultation, Indigenous People, International Standards, Indigenous Participation, right to participate, collective rights, human rights.

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación nace con la imperiosa necesidad de generar insumos doctrinarios sobre un tema jurídico de actualidad “La consulta previa, libre e informada”.

La investigación se compone de tres capítulos, el primero que explica conceptualmente a la consulta previa desde una visión sociológica y política, el segundo que aborda el universo normativo de los estándares internacionales y el tercero que determina la implementación de los estándares en el Ecuador, así como las medidas legislativas y judiciales que el país ha adoptado.

Dentro del primer capítulo como lo había señalado abordo la explicación conceptual de la consulta previa, pero para ello he desarrollado aspectos históricos y evolutivos que me han permitido determinar problemas sociales y pensamientos socio-políticos a través de los cuales se logró consagrar en los cuerpos normativos internacionales a los derechos colectivos, por otro lado dentro del mismo capítulo desarrollo diferentes puntos de vista sobre conceptualizaciones como al derecho a la consulta previa, los pueblos indígenas, pueblos indígenas no contactados, derechos de los pueblos indígenas, derechos colectivos, entre otros. El primer capítulo sienta las bases para nuestro estudio, pues a la par que analiza conceptualizaciones relevantes ya pasajes de la historia trascendentes, nos permite entender aspectos doctrinarios de estudio necesario, como el paso de los derechos individuales a los derechos colectivos, el derecho a la libre determinación, la consulta como un derecho de participación, características de la consulta previa, sujetos de la consulta previa, situaciones en las que debe realizarse la consulta, entre otras. En el capítulo primero desarrollo también los tipos de consulta, así como los principios bajo los cuales se rigen, y la existencia o no de unificación de procedimientos.

En un segundo capítulo analizo los estándares internacionales de la consulta previa, donde realizo en proceso investigativo de los Órganos del Sistema Regional de Derechos Humanos, Sistema Universal de protección de Derechos y Órganos del Sistema de las Naciones Unidas, así también abordo instrumentos internacionales trascendentes que han permitido tutelar de mejor manera el proceso desarrollado en cada uno de los países miembros, como por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convenio 169 y 107 de la Organización Internacional del Trabajo, Declaración de las Naciones Unidas

sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Declaración de Río Sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas entre otros.

Un aporte al desarrollo de este segundo capítulo son los como los, informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatorías Especializadas y jurisprudencia de la Corte Interamericana a través de fallos como el del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador.

Dentro del desarrollo de las naciones ha existido un grupo minoritario que se ha visto relegado y olvidado, “los pueblos indígenas no contactados”, quienes han sido fruto de sesudos análisis y pronunciamientos plasmados en los estándares internacionales.

Los estudios de derecho comparado han permitido siempre a los Estados visualizar si las decisiones adoptadas han repercutido su espíritu tal y como se los estipuló, es por ello que realizo analizo la referencia de la legislación peruana, dentro de la cual se promulgó una Ley de consulta previa, y con ello poder definir en el siguiente capítulo si resultó conveniente o no para los derechos de los indígenas que el derecho a la consulta previa se haya desarrollado a la luz de un reglamento y no de una ley.

Una vez sentadas las bases doctrinarias, jurisprudenciales y de instrumentos internacionales sobre el derecho a la consulta previa, abordo el tercer y último capítulo, dentro del cual analizo la implementación de los estándares en el Ecuador.

Ecuador, al definirse así mismo como un Estado constitucional de derechos y justicia es necesario que se realice un análisis sesudo primeramente en el cango constitucional, razón por la cual identifico el articulado vinculante a nuestro estudio y lo interpreto haciendo uso de los recursos doctrinarios a mi disposición, en aras de entender su espíritu y concordancia con los estándares internacionales.

La Ley de Participación Ciudadana es el medio a través del cual se hace tangible la participación política y social de cada uno de los ciudadanos de la patria, ya sea en forma colectiva o en forma individual, por lo que su estudio resulta trascendente para entender si el proceso adoptado por el Estado ecuatoriano guarda o no relación con las obligaciones supra-nacionales que adquirió al ratificar instrumentos internacionales.

La adjetividad del proceso de consulta de desarrolla a través del “Reglamento Para La Ejecución de la Consulta Previa, Libre e Informada en los Procesos de Licitación y Asignación de Áreas y Bloques Hidrocarburíferos”, cuerpo legal que nos pone en el cuestionamiento de si ¿hubiera sido mejor o no haberlo desarrollado en una Ley?, inquietud que la contestamos en base a los insumos legales y doctrinarios adquiridos.

Parte esencial de la investigación sobre el derecho a la consulta previa, fue el estudio de casos dentro de la legislación interna del país, ello nos permitió palpar la aplicabilidad o inaplicabilidad de los estándares internacionales por parte de las Autoridades Competentes de Administración de Justicia al momento de resolver casos que contravengan estos derechos.

A la par, en los tres capítulos apporto y refuerzo el estudio a través de postulados doctrinarios de Juristas expertos que mediante sus puntos objetivos de vista permitieron alcanzar aproximaciones más apegadas a derecho y más cercanas a la justicia.

## **CAPÍTULO I**

### **EXPLICACIÓN CONCEPTUAL DE LA CONSULTA PREVIA DESDE UNA VISIÓN SOCIOLÓGICA Y POLÍTICA**

## **1.1. Hacia el reconocimiento de Derechos Colectivos: Problemas Sociales y pensamiento socio-político**

El objeto del presente acápite es resaltar los momentos históricos y medidas legislativas más relevantes que han adoptado los países latinoamericanos, a objeto de tutelar los derechos colectivos.

Los principales avances en el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas han promulgado a raíz de medidas constitucionales y disposiciones que propugnan la pluralidad y diversidad interna de los Estados. Los avances normativos modernos han superado el “*horizonte del constitucionalismo liberal monista del siglo XIX*” (Yrigoyen Fajardo, 2012, p. 172), que propugnaba la idea de que el país se componía por una sola cultura, unitaria e indivisible, con estructuras sociales iguales e identidad nacional heterogénea.

La libre determinación de los pueblos latinoamericanos se desarrolló a plenitud en épocas pre-coloniales, pues el curso de su actuar diario se desarrollaba a la luz de sus costumbres, identidad y decisión social, ya que no existía ningún tipo de agente externo que los obligue a tomar costumbres ajenas a sus raíces. A partir de los múltiples colonialismos y conquistas los pueblos originarios han sido relegados progresivamente a un segundo plano.

Los colonizadores que llegaron a sociedades originarias como las de Latinoamérica y el Caribe concluyeron que habían descubierto un nuevo continente, asumiendo que con su llegada empezó la historia de aquellos pueblos, dejando de lado la riqueza histórica de cada colectivo social.

Los años nos brindaron avances significativos en las ciencias y tecnologías, pero lo paradójico es que siglos más tarde aún arraigamos concepciones colonialistas que han dejado en un segundo plano la presencia de estos pueblos en el curso del Estado, con lo que nos lleva a desarrollar cuestionamientos como: ¿En qué momento nos hemos olvidado de nuestras raíces milenarias? ¿Cuándo el desarrollo económico el país resultó más importante que el derecho a la libre determinación del pueblo?, y es que históricamente es imposible ubicarlos en un espacio-tiempo exacto, pero si es posible determinar cómo ha evolucionado esa concepción Estatal sobre estas interrogantes, y qué medidas se han adoptado para tutelar los derechos de los pueblos indígenas, llamados también ancestrales u originarios.

En el siglo XIX las políticas de los Estados tendían a estandarizar el curso social del país, con objeto de transformarlo a un colectivo unitario e indivisible, en donde todos se rijan bajo no solo de las mismas leyes, sino bajo el mismo pensamiento, religión y cosmovisión social, reduciendo la libre determinación del pueblo, a la forzosa imposición social de las altas esferas. Procesos que desarrollaron medidas como:

*“Asimilar o convertir a los indios en ciudadanos intitutados de derechos individuales mediante la disolución de los pueblos de indios, con tierras colectivas, autoridades propias y fuero indígena, para evitar levantamientos”* (Yrigoyen Fajardo, 2012, p. 173)

A través de este tipo de medidas se pretendió desconocer las raíces originarias de los pueblos indígenas, rezagándolos a una alienación forzosa de una identidad que no les pertenecía. El deber de los Estados fue el de adoptar medidas afirmativas que propugnen y fortalezcan la libertad de desarrollar una identidad cultural propia.

Por otro lado, el desconocimiento a los derechos colectivos buscó segregar el interés común de estos pueblos por mantener su identidad cultural auténtica, siendo así que los Estados estandarizaron el pensamiento tradicional indígena en un pensamiento cristiano, frenándose el vínculo de los pueblos indígenas con sus tierras a objeto de extender los territorios con dominio estatal para desarrollar progresivamente la economía del país en función de los intereses de las altas esferas, dejando de lado el deber no solo positivo, sino natural de respecto a la libre determinación de los pueblos.

Se utilizaron términos como “civilizar”, como si el curso histórico de aquellos pueblos naciera con la intromisión forzosa del Estado, idea errónea que desconocía sus costumbres, ideas, creencias, culturas y conocimientos ancestrales. Se adoptaron medidas legales que forzosamente trataron de anexar territorios ancestrales a la jurisdicción de países conocidos como “desarrollados” o de “primer mundo”, situación que desconoció el vínculo espiritual, material y ancestral de los pueblos originarios con su territorio.

La conquista y la colonización a los países de América por parte de países europeos “supuso la puesta en práctica de un experimento social consistente en la trasposición al nuevo continente de las estructuras sociales, políticas y jurídicas” (Santos, 2013, p. 343), pretensión que resultó incompatible, pues cada continente se había moldeado a su forma, lo que constituyó un duro golpe para los nativos el verse frente a un cambio forzoso de cosmovisión.

El experto mexicano en teología Alonso de Veracruz en su obra “De dominio indideliū et iusto bello” resalta que lo que legitimó la dominación del Rey de España sobre los territorios de América fue *“la aceptación y sumisión de los pueblos indios a los conquistadores, a consecuencia del miedo y la coacción”* (Santos, 2013, p. 344). Los pueblos americanos superaban en número a las tropas invasoras, pero había una diferencia entre ellos, y es que los europeos a través de tecnologías armamentistas más sofisticadas eran capaces de generar mucho más daño con menor esfuerzo. Además, el factor psicológico constituyó un elemento trascendental en la sumisión de los pueblos originarios frente a las incursiones colonialistas arbitrarias, pues el miedo de los pueblos sobre cuestiones ajenas a sus conocimientos significó un freno total a su resistencia a la alienación forzosa.

Múltiples luchas sociales y resistencias colectivas han permitido tutelar a pasos pequeños los derechos de los pueblos indígenas a pesar de que tras las colonizaciones la presencia política indígena se relegó a un segundo plano intrascendente, por lo que quedaron en la indefensión de lo que el Estado decida para llevar el rumbo de su vida en sociedad.

Los Estados nacientes plasmaron dentro de sus cuerpos legales disposiciones que atentaban contra los derechos colectivos, como las normas del Gobierno de la Nueva Granada, el cual al constituirse a través del “Acta de la Federación” el año 1811 proclamó respecto de las tierras ancestrales en su artículo 23 que:

“no por esto se despojará ni se hará la menos vejación o agravio a las tribus errantes o naciones de indios bárbaros que se hallen situadas o establecidas dentro de dichos territorios: antes bien se las respetará como legítimos y antiguos propietarios, proporcionándoles el beneficio de la civilización y religión por medio del comercio y por todas aquellas vías suaves que aconseja la razón” (Santos, 2013, p. 349).

Dentro de este artículo pareciera existir un leve respeto a la propiedad de los pueblos indígenas sobre su territorio, sin embargo, ello no resulta ser más que un abuso disfrazado de beneficio, pues se les concedió solamente el “valor histórico” de haber sido dueños de las tierras y por otro lado se creyó justo el pensar que una compensación razonable sería la de ofrecerles “civilización y religión”, creencias lejanas a su cosmovisión, ya que para las tribus originarias o pueblos indígenas siempre fue fuente de vida material y espiritual el vínculo de los territorios.

Las medidas arbitrarias y contrarias a la libre determinación de los pueblos a lo largo de la historia latinoamericana han sido lamentables, pues otro ejemplo latente es el del artículo 20 de la Constitución de Venezuela de 1811, el cual señalaba que:

“como la parte de la ciudadanía que hasta hoy se han denominado Indios, no han conseguido el fruto apreciable de algunas leyes que la Monarquía Española dictó a su favor, porque los encargados del gobierno es estos países tenían olvidada su ejecución, y como las bases del sistema de gobierno que en esta Constitución ha adoptado Venezuela, no son otras que la de la justicia y la igualdad, encarga muy particularmente a los Gobiernos provinciales, que así como han de aplicar sus fatigas y cuidados para conseguir la ilustración de todos los habitantes del Estado, proporcionarles escuelas, academias y colegios en donde aprendan todos los que quieran los principios de Religión, de la sana moral...” (Santos, 2013, p. 350).

Dentro de esta disposición claramente se define un solo estándar de educación que desconoció las raíces milenarias de aquellos pueblos relegados al olvido y obligados a reconocer una cultura que no es la suya. Ello no afectó solo al derecho de libre determinación, sino que constituyó una barrera al reconocimiento del país como un Estado pluri-étnico y pluri-cultural que alberga diversas formas de existencia cultural, social, económica, etc.

La tutela a los derechos en un carácter colectivo constituyó un avance significativo en el rumbo de los pueblos indígenas, ante ello históricamente se considera que ellos nacen en México en el desarrollo de un proceso de revolución de 1910 (Parceró, 2012, p. 148), sin embargo no fue hasta 1917 que se lograron positivizar sus derechos en la Constitución, la cual fue la pionera en hacer constar en su normativa los derechos colectivos (Parceró, 2012, p. 148). Su promulgación resultó para aquel entonces ser uno de los cuerpos normativos más vanguardistas, ya que contemplaba dentro de las esferas constitucionales los derechos de los pueblos indígenas, convirtiéndose en un avance importante y ejemplo para los demás países de la región.

Cuarenta años más tarde la Organización Internacional del Trabajo en el año 1957 con el afán de mejorar “*las condiciones en las que viven los integrantes de pueblos indígenas*” (Gaete, 2012, p. 80) se adoptó el Convenio Nro. 107, el cual nació “*de un estudio que la OIT realizó sobre la situación de trabajadores en precarias condiciones, especialmente sobre los trabajadores rurales*” (Gaete, 2012, p. 79), por lo que se logró desarrollar derechos, aproximaciones conceptuales y garantías a los pueblos indígenas.

En el año 1989 se adopta el Convenio 169, el cual es considerado como “*el instrumento internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales más completo, cuya influencia va más allá del número de países que actualmente lo han ratificado*” (Gaete, 2012, p. 82), y con ello se marca una nueva página en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, pues sirvió de pauta para que los Estados adopten medidas afirmativas sobre el correcto desarrollo legislativo de estos derechos.

## **1.2. Concepto del derecho a la consulta previa**

La consulta previa promueve la protección de los derechos de los pueblos indígenas frente a los constantes riesgos que nacen de las imposiciones que la sociedad numéricamente mayoritaria imponga. (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2011, p. 16). En la mayor parte de Estados los pueblos indígenas constituyen una minoría demográfica, consecuentemente sus derechos han sido vulnerados a través de diversas acciones que han atentado su integridad y estilo de vida ancestral; es así que nació la necesidad de crear el derecho a la consulta previa como un mecanismo de participación que permita un diálogo eficaz en aquellas cuestiones que puedan afectar a una comunidad indígena.

El derecho a la consulta previa permite que los pueblos indígenas formen parte de aquellos asuntos que les conciernen como comunidad (Anaya, 2009, p. 15) Este derecho se ha constituido en un principio fundamental para promover la participación de los indígenas en las actividades que puedan repercutir directa o indirectamente sus derechos individuales y colectivos.

La consulta previa otorga la facultad de decisión a los pueblos indígenas en las acciones o decisiones que puedan afectar su territorio, dicha facultad tiene el fin de proteger su cultura y desarrollo social y económico (Parra Dussan & Amparo Rodríguez, 2005, p. 114). A través de este derecho se buscan mecanismos para preservar el modo de vida ancestral que mantienen las colectividades indígenas. La consulta previa se ha convertido en una garantía que promueve la defensa de los derechos culturales, territoriales, de participación y de autonomía de los pueblos indígenas, constituyéndose en un mecanismo efectivo que permite mejorar el proceso de reconocimiento real de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas.

El derecho a la consulta previa se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la participación puesto a que la misma comunidad es quien decide sobre las medidas que puedan llegar a afectar su territorio, costumbres o supervivencia. Su capacidad de decisión se basa en la autonomía y el autogobierno que mantienen como colectividad; es decir, las comunidades indígenas poseen un sistema de administración independiente que les permite tener la facultad de tomar sus propias decisiones de forma independiente. A través de la participación efectiva de los pueblos indígenas se busca obtener el consentimiento de estos pueblos con anterioridad a la adopción de decisiones a fin de proteger su cultura. (Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2011, p. 18)

Este derecho tiene la finalidad de llegar a un acuerdo o a un consentimiento sobre las medidas que aplicará el Estado u otras instituciones en el territorio indígena. La consulta previa se caracteriza por sus parámetros de aplicación acordes a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

### **1.3. ¿Quiénes son los pueblos indígenas?**

No es posible dar una definición validada de forma unánime en el contexto del derecho y políticas internacionales (ONU, 2013, pág. 2). Según lo que manifiesta la página oficial de la Organización de las Naciones Unidas – ONU, actualmente:

*“Las poblaciones indígenas se llaman también «primeros pueblos», pueblos tribales, aborígenes y autóctonos. Hay por lo menos 5.000 grupos indígenas compuestos de unos 370 millones de personas que viven en más de 70 países de cinco continentes”* (ONU, 2016, p. 2).

Pese a ello, definir qué es pueblo o población indígena constituye un problema desde la perspectiva del derecho internacional, dado a que no es posible otorgar una definición que satisfaga a todos por igual (Papadópolo, 1995). Ha existido un constante intento de definir a la luz de los derechos humanos quienes pueden ser considerados como personas indígenas, pese a ello, se han desarrollado diversas pautas que sirven para determinar quién es una persona indígena.

Hernán Santa Cruz, en su calidad de Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías concluyó que hoy en día es muy complejo y difícil identificar a una persona o a un grupo como indígena, por cuanto con el paso del tiempo han disminuido las distinciones físicas y étnicas, produciendo en cierta forma un hibridismo

biológico y cultural; y, es esta mezcla social, racial y cultural la que dificulta precisar una definición de quienes pueden ser considerados hoy como los habitantes indígenas o aborígenes de un determinado país; además, los únicos grupos que pueden ser considerados como indígenas son aquellos que ocupan selvas, bosques espesos y montañas u otras zonas de difícil acceso, ya que son lugares en los cuales pudieron mantener su propia cultura y modo de vida, debido a que permanecieron en un aislamiento relativo hasta la presente fecha. (Papadópolo, 1995).

Además, *“definir el concepto de pueblos indígenas es una tarea inacabada, extensa, polémica y compleja”* (Martínez, 2013, p. 19), y no hay nada más cercano a la verdad, pues la dificultad para llegar a un acuerdo sobre su definición ha constituido una imposibilidad de alcanzar una unidad conceptual.

Es necesario conocer y analizar múltiples conceptualizaciones contemporáneas e históricas de “los pueblos indígenas”. En la octava Conferencia Internacional Americana dentro de la resolución onceava se definió a las poblaciones indígenas, como *“descendientes de los primeros habitantes de los territorios que forman América, y a fin de contrarrestar la deficiencia en su desarrollo físico e intelectual, tienen un derecho preferente a la protección de las autoridades públicas”* (Martínez, 2013, p. 22), definición que refleja rastros de inequidad y menosprecio, pues para la época aún no existía una concepción clara de la plurinacionalidad y pluriculturalidad de los Estados y la riqueza de los conocimientos que cada pueblo indígena poseía.

En el primer Congreso Indigenista Interamericano se definió al indio como *“un individuo económicamente débil”* (Martínez, 2013, p. 22), conceptualización predominantemente capitalista, pues se limitaron a definir a estos pueblos en términos netamente monetarios, sin tomar en cuenta que muchos de los pueblos no encontraban la riqueza precisamente en la acumulación de capital.

El segundo Congreso Indigenista Interamericano logra una aproximación conceptual más amplia, en donde se definió al indio como *“un descendiente de los pueblos y naciones precolombinas que tiene la misma conciencia social de su condición humana, así mismo considerada por propios y extraños en su sistema de trabajo, en su lengua y en su tradición, aunque hayan sufrido modificaciones por contactos extraños”* (Martínez, 2013, p. 12), es decir, se entendió que los pueblos indígenas eran conscientes de su condición de seres humanos, con características inherentes solamente a la persona, como la lengua, tradición, trabajo, etc.

La Organización Internacional del Trabajo en 1957 al expedir el Convenio 107 analizó las características definidas de los pueblos indígenas, entre las más importantes encontramos:

“Descender de poblaciones que habitaban el país en la época de la conquista o colonización (...) viven más acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las instituciones de la nación” (Convenio 107 de la OIT, p. 2)

Años más tarde, en 1986 el Relator Especial José Martínez Cobo definió de la siguiente manera a los pueblos indígenas: *“Son comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas las que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos”* (Martínez, 2013, p. 23), es decir, para el Relator Especial un pueblo indígena se caracteriza por la historia que lleva sobre sus hombros, a través de sus luchas, avances y trascendencia social que han tendido a lo largo de un Estado o región. A su vez conservan sus características propias a pesar de convivir con la sociedad globalizada contemporánea.

De conformidad a lo desarrollado por el derecho internacional, es necesario distinguir elementos objetivos y subjetivos para identificar a un pueblo indígena, estos elementos se desprenden del Convenio 169 de la OIT. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009). Los elementos objetivos se componen por hechos históricos y hechos actuales, es decir mantener una tradición histórica que perdure, mientras que el elemento subjetivo se refiere a la autoconciencia de su identidad. Ambos elementos se relacionan con la herencia cultural y ancestral que han mantenido durante la historia los pueblos, los cuales han habitado territorios ancestrales hasta la actualidad, y con ello mantenido arraigado a su ser sus costumbres y tradiciones.

El Convenio 169 de la OIT determina que la conciencia de identidad indígena es un criterio fundamental para establecer los grupos a los cuales se aplicará este instrumento internacional. (OIT, 1989). Y según lo desarrollado por la misma Organización de Trabajo, en la Guía de Aplicación del Convenio 169, establece que los elementos que definen a un pueblo indígena son los siguientes: i. Continuidad histórica; ii. Conexión territorial; iii. Instituciones culturales y sociales que las caracteriza de los demás. (OIT, 2009). Estos elementos subjetivos y objetivos se complementan con el fin de establecer las personas que son

protegidas por distintos instrumentos internacionales. Cabe puntualizar que a diferencia de los pueblos tribales, los pueblos indígenas se caracterizan porque su modo de vida ha sido tradicional y por sobre todo histórica, en comparación con otros grupos humanos de personas.

A pesar de la dificultad que existe en definir este aspecto, en nuestro país se ha buscado dar una definición general en la cual indica que los pueblos indígenas son: "colectividades originarias, conformadas por comunidades o centros con identidades culturales que les distinguen de otros sectores de la sociedad ecuatoriana, regidos por sistemas propios de organización social, económico, político y legal" (Tiban Guala, 2001). Así lo evidenciamos en el Ecuador, ya que en nuestro país, en lo que respecta al aspecto legal, la justicia ancestral que administran los pueblos indígenas es aceptada no solo por la sociedad, sino también por las leyes, en las cuales se les reconoce este derecho, con algunas salvedades.

Otra de las características que poseen los pueblos indígenas es que no constituyen un sector dominante de la sociedad, por lo tanto están determinados a conservar su identidad y tierras ancestrales a las generaciones futuras. (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2006). Ellos pertenecen a un determinado grupo cultural, distinto al de una sociedad general, y que tienen la capacidad de organizarse y regularse dentro de su grupo, y es por ello que los Estados o los miembros de los poderes del estado, pese a su afán en tratar en definirlos, no tienen la facultad de decidir quién es o quién deja de ser una comunidad indígena, esa determinación en definitiva la deciden los propios miembros de las comunidades (Ivanoff, 2015); ya que es un derecho que les pertenece solamente a ellos, determinar bajo qué circunstancias una persona puede ser considerada miembro de su colectividad, así como de establecer cuáles son sus derechos y obligaciones dentro de la misma.

Cabe destacar que podemos aproximar conceptualmente a los pueblos indígenas como poblaciones *que guardan un sentimiento histórico de pertenencia al grupo, de ahí la costumbre de identificarse como tal*" (Orellana, 2010, p. 2430) con características culturales y sociales innatas, que han preservado su esencia a lo largo de la historia a pesar de la globalización constante del Estado, quienes conservan un arraigado vínculo con sus tierras, como fuente de vida, los cuales son reconocidos como tales en base a su evolución histórica y vínculo con sus territorios e instituciones culturales propias, entendidos también en diversos cuerpos legales del sistema Interamericano como poblaciones existentes antes de la época de la conquista, lo cual los ha direccionado a mantener la cosmovisión arraigada de vivir acorde a sus instituciones sociales, económicas y culturales.

### 1.3.1. Aproximación conceptual de los pueblos indígenas no contactados.

Es necesario hacer un análisis sobre aquellas personas que han decidido aislarse del estilo de vida de la sociedad en general, ellos son los pueblos indígenas no contactado, al definirlos Vincent Brackelaire realiza una conceptualización basada en un concepto legal brasileño, señalando que los indígenas aislados son:

*“sociedades sobre las cuales se tiene poca o ninguna información y que evitan mantener contactos regulares y pacíficos con la sociedad nacional, internándose por esta razón a lugares de difícil acceso en los bosques tropicales. Su supervivencia depende exclusivamente de los recursos del bosque (...) las áreas de bosques donde viven son todavía intactas, tratando de defender sus territorios, estos pueblos aislados protegen la extrema riqueza de la biodiversidad que todavía se encuentra en estas regiones”* (Brackelaire V. , 2006, p. 10).

Dentro de esta definición existen varios puntos a tomar en cuenta, especialmente al indicar que en los pueblos indígenas no contactados existe la resistencia a la creación de vínculos con la sociedad globalizada, y filosóficamente hablando, ambas sociedades pertenecen a mundos totalmente diferentes, con características propias e inherentes a sus culturas, tradiciones y costumbres. Los pueblos indígenas no contactados constituyen colectivos arraigados a su tierra, a través de un vínculo material y espiritual, a través de la cual logran un desarrollo autónomo. Su modo de vida resulta diferente a la sociedad que hoy en día vivimos, razón por la cual estos grupos indígenas al mantenerse alejados de todo tipo de contacto, mantienen una estrecha relación con su territorio que es vital para su subsistencia.

A los pueblos no contactos también se los considera como *“aquellos que se encuentran aislados con relación a otros pueblos y la sociedad moderna, por razones propias, y que son llamados también pueblos no contactados porque no mantienen contactos conocidos por lo menos en sus últimas generaciones, y porque no se sabe nada de ellos, fuera de las huellas que dejan”* (Brackelaire V. , 2006, p. 10). Al no existir ningún tipo de contacto, estos pueblos encierran múltiples misterios, como su organización social, sistema económico, jerarquías, avances medicinales, rituales, etc.

## **1.4. Derechos de los pueblos indígenas**

Tras haber analizado los aspectos conceptuales referentes a los pueblos indígenas, es necesario considerar los derechos de estos pueblos, los mismos que se encuentran en constante evolución dado a que responden a sus necesidades y prioridades, como es el caso de sus tierras, recursos o la libre determinación (ONU, 2013, p. 4). Estos derechos, al igual que toda la gama de garantías existentes en el campo internacional, responden a la necesidad de proteger la cosmovisión que poseen los indígenas, la misma que se encuentran en un inminente peligro dado al constante avance de las prácticas globalizadoras. Consecuentemente, en el derecho internacional de los derechos humanos se han desarrollado instrumentos que buscan una participación activa de los pueblos indígenas y que los Estados posean la obligación de respetar su modo de vida ancestral.

### **1.4.1. De los derechos individuales a los derechos colectivos.**

Los derechos individuales son derechos que tienen una titularidad individual y son ejercidos por cada individuo (Ansuátegui Roig, 2001, p. 57). La doctrina clásica de los derechos humanos sostiene que todos los derechos son individuales, bajo la premisa de que las colectividades no pueden ser sujetos de derechos humanos, planteamiento que desconoce totalmente la existencia de seres humanos colectivos” (Arteaga Jara, 2007). Esta doctrina a pesar de ser lógica ha sido cuestionada porque existen derechos individuales que pueden ser ejercidos de forma colectiva (Stavenhagen, 1992). Los derechos individuales a pesar de encontrarse claramente enmarcados en infinidad de tratados internacionales, no han sido suficientes para proteger a las minorías que se encuentran en situación de desigualdad al momento de ejercer sus derechos. Frente a todo esto, la comunidad internacional ha realizado avances en el establecimiento de normas que reconozcan a las pueblos indígenas como sujetos de derecho, es decir, se ha desarrollado un arduo proceso cuyo enfoque ha iniciado en los derechos universales individuales para centrarse en la protección de los derechos humanos colectivos (Stavenhagen, 1989).

Rodolfo Stavenhagen (1992) indica que *“el pleno ejercicio de los derechos individuales pasa necesariamente por el reconocimiento de los derechos colectivos”*. Siendo así que los principales pactos internacionales de protección de los derechos de los indígenas desde sus primeros artículos hace referencia a los derechos de los pueblos, reconociéndolos como sujetos colectivos de derecho.

Por otro lado han existido pronunciamientos de la Corte IDH como la del Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador en donde “*por primera vez la Corte reconoció como titulares de derechos protegidos en la Convención no solo a los miembros de una comunidad indígena sino a ésta en sí misma*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016), lo que constituyó un precedente sumamente importante en el escenario interamericano de protección de derechos, pues se abolía la idea clásica de la existencia solo de derechos individuales por la del reconocimiento de los derechos colectivos, así mismo la Corte Interamericana ha definido a los derechos colectivos en la medida que estos se relacionan con las comunidades indígenas y pueblos tribales en razón de las “*características sociales, culturales y económicas distintivas*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016), es decir que constituyen un medio para tutelar su existencia armónica, tanto material como espiritual.

#### **1.4.2. Conceptualización de Derechos colectivos.**

Los derechos colectivos son derechos humanos específicos (Grijalva, 2009, p. xv), la titularidad de estos derechos recae en un grupo de individuos (Ansuátegui Roig, 2001, p. 57). A diferencia de los derechos individuales, los derechos colectivos son ejercidos por un grupo de individuos que poseen un interés común, de ahí que es necesario que exista la voluntad individual de cada sujeto para lograr una aplicación plena de los derechos que las personas tienen como colectividad.

Estos derechos nacieron como un mecanismo de protección de los derechos individuales, dado a que estos derechos no pueden ser realizados a plenitud sin que se reconozcan derechos colectivos de aquellas personas que viven en constante desigualdad social y divisiones étnicas. (Stavenhagen, 1992)

Según lo propuesto por Karel Vasak, (1977), los derechos humanos son clasificados según su generación, los derechos de los pueblos indígenas son de tercera generación. Al referirme a esta división hago referencia a que los Derechos Humanos tradicionalmente han sido clasificados según el desarrollo progresivo del reconocimiento de derechos, siendo así que han dividido en tres generaciones: la primera generación componen los derechos civiles y políticos, en la segunda generación se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales; y, los derechos de tercera generación los componen los derechos de pueblos o solidaridad, estos derechos para ser efectivos necesitan de la cooperación de los Estados (Aguilar Cuevas, 1998, p. 93).

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas son propios de las personas que integran dichas comunidades (Grijalva, 2009, p. xvii), es decir son inherentes a aquellos grupos sociales que arraigan las características enunciadas en los múltiples cuerpos normativos de reconocimiento de estos derechos, elementos como la historia, el vínculo con el territorio y la organización social, entre otros.

Para poder entender por qué estos derechos le pertenecen solo a los pueblos indígenas es necesario que abordemos los derechos más trascendentes, y que ello nos permita determinar la razón y necesidad de una tutela efectiva por parte de los Estados hacia los derechos colectivos de los indígenas.

#### **1.4.3. Derecho a la libre determinación.**

También conocido como derecho a la autodeterminación, es un derecho que se encuentra estipulado dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Económicos, en donde se promueve que las personas de establezcan libremente su condición política (ONU, 1966); de igual forma, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas limita este derecho en el sentido de que la libre determinación implica el derecho de estos pueblos de tener la facultad de obedecer sobre su propio futuro (ONU, 2007). Esto obedece a la potestad que tienen los pueblos indígenas a elegir sobre sus acciones a realizar en el futuro, esto implica que tienen el derecho a decidir sobre su forma de gobierno. Mientras el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos refiere este derecho como la capacidad de un grupo de personas o un pueblo para crear un nuevo Estado, la Declaración de los Derechos de los Indígenas, limita este derecho a la capacidad para elegir su modo de vida y de gobierno. Este derecho constituye el eje central para el reconocimiento de derechos de estos pueblos en el marco del derecho internacional, puesto que a través de la autodeterminación es posible integrar el ejercicio de diversas garantías establecidas en los diversos tratados internacionales.

Según lo establecido por el Mecanismo de Expertos de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2012), la libre determinación es un derecho fundamental, el mismo que se ejerce en relación con los territorios de los pueblos indígenas. Este derecho ha servido como instrumento para la protección de los bienes materiales e inmateriales de los pueblos indígenas a través del ejercicio del derecho a la autodeterminación es posible que los Estados promuevan un modo de vida adecuado. Gracias al ejercicio del derecho a la autodeterminación, los derechos individuales y colectivos que poseen los indígenas permiten

que se mantengan y se manifiestan su identidad, valores y costumbres. (Comisión de Derechos Humanos, 2002).

#### **1.4.4. El derecho a la propiedad comunitaria de la tierra y de los territorios.**

Aunque a simple vista tierras y territorios de los pueblos indígenas parezcan sinónimos, es importante aclarar el sentido y alcance de cada uno, por las implicaciones que tienen las diferencias entre los conceptos y la percepción que tienen los pronunciamientos de derecho internacional sobre los mismos y sobre los derechos y deberes que de allí se desprenden. En general, el concepto de “tierras” tradicionalmente ha sido delimitado física y jurídicamente en razón de una persona natural o jurídica, mientras el de “territorio” abarca un área difusa, definida en virtud de usos y ocupaciones realizadas por todo un pueblo.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2006, p. 14) describió al territorio como un espacio geográfico en donde existe una dinámica de las sociedades indígenas, la misma que se encuentra vinculada la cultura, la historia y la identidad de un grupo determinado, por lo que constituye un derecho colectivo, ya que es indispensable para la sobrevivencia, identidad y reproducción como pueblos diferenciados. La adopción del término “territorio” en el derecho internacional atribuido a los grupos indígenas implica que para estos grupos existe un vínculo especial y colectivo con las tierras, del cual depende su supervivencia física y cultural.

El Convenio 169 de la OIT expresa claramente el vínculo que tienen los pueblos indígenas con sus territorios, por lo tanto los Estados se encuentran en la obligación de respetar este vínculo y crear mecanismos que protejan este derecho. De la misma forma el derecho colectivo que tienen los pueblos indígenas con sus territorios ha sido reconocido por la mayoría de pronunciamientos de derecho internacional y es fundamental para comprender los impactos de los proyectos y medidas sujetos a consulta previa sobre los pueblos y comunidades indígenas, así como los efectos de la consulta previa misma.

En varias oportunidades, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la relación entre comunidad y territorio es en sí mismo objeto de protección, afirmando que *“la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”*. (Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 2005). Este pronunciamiento expresa claramente que el territorio constituye un reconocimiento de que los

pueblos indígenas tienen una forma de vida que está íntimamente vinculada con sus territorios ancestrales, incluyendo los recursos que se pueden encontrar dentro de ellos.

De igual manera, la Corte IDH ha reiterado sobre la conexión intrínseca que existe entre los pueblos indígenas con su territorio, razón por la cual el artículo 21 que hace referencia al derecho a la propiedad privada debe ampliar su protección a la propiedad comunitaria. (Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, 2007). Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras (Rodríguez, Morris, Orduz , & Buriticá, 2010). El territorio constituye un elemento vital para preservar la cosmovisión y el modo de vida ancestral que poseen los miembros de los pueblos indígenas, sin su derecho a su territorio no puede ser posible su preservación a través del tiempo.

## **1.5. La Consulta Previa**

Hoy en día la consulta previa se ha constituido como un instrumento de defensa de los derechos de los indígenas, permitiendo un reconocimiento real de los derechos humanos de estos pueblos junto con la preservación de su integridad cultural, promoviendo su participación y autonomía. (Rodríguez G. A., 2011). A través de la consulta previa se reconocen los derechos colectivos de los pueblos indígenas y permiten que sean parte activa de todas las decisiones que puedan llegar a afectarles como comunidad.

### **1.5.1. La consulta como un derecho de participación.**

Dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos se establece el derechos de los individuos a participar en las decisiones del Estado, a través de representantes elegidos libremente (ONU, 1948). A la luz de este instrumento, este derecho se refiere a la capacidad que tienen las personas de participar a través de elecciones; sin embargo en lo referente a los pueblos indígenas el derecho de participación se amplía en la adopción de decisiones en aquellas cuestiones que afecten sus derechos (ONU, 2007). La consulta y la participación son la piedra angular del Convenio 169 de la OIT (Oficina Internacional del Trabajo, 2013) siendo así que este instrumento señala la obligación de los Estados de crear mecanismos y procedimientos apropiados para que los pueblos indígenas puedan participar libremente en los programas y políticas que les conciernan. Estos instrumentos internacionales demuestran la preocupación de que los pueblos indígenas sean parte de los procesos ya sean

administrativos, políticos o de otra índole que puedan llegar a afectar en su modo de vida, por consiguiente los Estados tienen la obligación de respetar estos postulados y practicarlos a favor de los pueblos indígenas.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo 19 establece que una forma de participación es la consulta, la misma que deberá ser efectuada por los Estados de buena fe y previo a la aplicación de medidas que puedan afectar a los indígenas con fin de llegar a un acuerdo o consentimiento previo, libre e informado. Siendo así que la consulta previa es un mecanismo de participación activa en donde intervienen las comunidades que podrían verse afectadas por decisiones estatales, cuyo fin es perpetuar su modo de vida tradicional.

### **1.5.2. Características de la Consulta Previa.**

El proceso de consulta debe contener información plena, asegurando que la participación permanente de los indígenas, la consulta será válida al realizarle a través de organizaciones representativas y que los pueblos consideren apropiados (Aroca Medina, 2004)

#### **1.5.2.1. Sujetos de la consulta.**

Inminentemente para desarrollar la Consulta previa, libre e informada es necesario identificar sobre quien recae la responsabilidad de realizarla, y a su vez determinar quiénes serán objeto de dicha consulta.

Para alcanzar una respuesta objetiva es necesario ahondar en la normativa supra-nacional, en este caso dirigiré la atención al “Convenio 169 de la OIT”. Dentro de él se señala en el artículo uno que el ámbito de aplicación serán los pueblos tribales en países independientes, cuya condición social, cultural y económica les distinga de otros sectores; y, los pueblos indígenas, descendientes de poblaciones que habitaban el país o una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización.

Por ende, entendemos en base a este artículo que los sujetos a quienes se realizará la consulta serán los pueblos indígenas y tribales. Por otro lado en el artículo 15 se determina que el Estado deberá establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, es decir sobre él recae la responsabilidad de consulta.

A respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Saramaka vs Surinam señaló que *“el Estado tiene la obligación de consultar con el pueblo Saramaka para efectos de cumplir con varios de los puntos ordenados en la sentencia, y que los Saramaka deben determinar de conformidad con sus costumbres y tradiciones, cuáles miembros de la tribu estarán involucradas en dicha consulta, es el pueblo Saramaka y no el Estado quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el tribunal”* (Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, interpretación de la sentencia, 2008, p. 5), lo que significa que en la consulta que debe realizar el Estado se involucrarán los líderes legítimos de la comunidad, ya sean ancestrales o comunitarios, por lo que toda adopción de medidas arbitrarias o incongruentes con la voluntad del pueblo respecto al sus representantes carecerá de legalidad y legitimidad.

#### **1.5.2.2. Objeto de la consulta.**

El Comité de Derechos Humanos a finales del año 2006 sostuvo que los Estados deben *“consultar con la comunidad indígena antes de conceder licencias para la explotación económica de las tierras objeto de controversia y garantizar que en ningún caso la explotación de que se trate atente contra los derechos reconocidos en el pacto”* (Garavito, 2010, p. 76), es decir, para Rodríguez Garavito el objeto resulta ser la protección de los derechos de los individuos que forman los colectivos indígenas, por otro lado también la consulta resulta ser un espacio de diálogo, en donde se busca dar a conocer el proyecto a través de un lenguaje coloquial y sencillo para alcanzar acuerdos.

El artículo 6 del convenio 169 señala que el fin de la consulta será *“llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”*, es decir alcanzar la armonía del pueblo con el Estado, a través de un diálogo respetuoso, donde los sujetos de la consulta expongan sus puntos de vista y se pueda adoptar soluciones viables para el desarrollo del pueblo y del Estado en todo su conjunto.

#### **1.5.2.3. Entidades a cargo de su realización.**

Como he señalado anteriormente, el sujeto sobre quien recae la responsabilidad de realizar la consulta es el Estado.

El Estado resulta ser un conjunto de organismos, entidades y dependencias creadas por la Constitución o la ley, sobre las cuales recae la obligación de cumplir funciones, atribuciones

o deberes que beneficien al pueblo. Al respecto, el Convenio 169 de la OIT o los pronunciamientos del de los Organismos del Sistema Interamericano no ponen un camisa de fuerza a los países sobre qué entidad deba realizar la consulta, sin embargo el Foro Permanente señaló que se debe brindar *“asesorías preliminares donde se establezcan los posibles impactos”* (Permanente, 2005), por lo que la entidad deberá guardar armonía con los procesos materia de este estudio.

#### **1.4. Situaciones en las que debe realizarse la consulta.**

La consulta constituye un eje de participación democrática entre el Estado y los pueblos indígenas y tribales, a través del cual se busca socializar proyectos sobre incursiones en su territorio, sin embargo este tipo de consulta no constituye la única forma de ejercerla, pues el Convenio 169 señala en qué casos se realizará la consulta, al respecto los artículos pertinentes determinan lo siguiente:

El artículo 6 y 7 señala que se consultarán las medidas administrativas y legislativas que afecten a los pueblos indígenas y tribales. Por otro lado el artículo 15 señala que se consultarán los proyectos de prospección y explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras. El artículo 16.2 determina que en circunstancias excepcionales, cuando sea necesario el traslado y reubicación de pueblos indígenas será necesario el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de la causa.

##### **1.5.3. Consulta en medidas legislativas y administrativas.**

Como lo he señalado previamente la Consulta sobre proyectos de prospección y explotación de los recursos naturales en territorios de pueblos indígenas y tribales no constituye la única forma de consultar, pues los Estados tienen el deber de consultar sobre medidas legislativas y administrativas que llegaren a afectar a los pueblos indígenas o tribales.

Al respecto la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones del OIT (2005) ha señalado que *“el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio 169”* (p. 734), es decir el núcleo de la promoción de este convenio es alcanzar una consulta objetiva y efectiva, en todas sus formas. La misma Comisión a lo largo tiempo ha observado el cumplimiento de los Estados sobre un desarrollo efectivo de la consulta legislativa y administrativa, por lo que en algunas ocasiones ha debido llamarles la atención.

Corresponde a los Estados tutelar el derecho de los pueblos indígenas y tribales de participar en cambios legislativos que los afecten, pues su cosmovisión, cultura y tradiciones deben ser armónicas con la positivización de las leyes de los Estados.

## **1.6. Principios de la Consulta Previa**

Los Estados al momento de aplicar la consulta, debe cumplir con diversos requisitos indispensables para permitir la participación activa de una comunidad indígena, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han desarrollado los siguientes principios:

### **1.6.1. El principio de buena fe.**

Para entender de mejor manera a este principio debemos trasladarnos nuevamente al Convenio 169, el cual en su artículo 6 señala *“Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”* (OIT, 1989), es decir se señala la obligación objetiva del Estado de realizar la consulta en el marco de lo correcto, pero ¿qué se puede entender por buena fe?, al respecto la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones señaló que la consulta: *“Comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, es caracterizado por la comunicación y el entendimiento, existe respeto mutuo y existe el deseo sincero de llegar a un acuerdo común”* (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2005, p. 2). Ello resulta un aporte significativo como guía para los Estados en entender qué parámetros guían una consulta de buena fe.

En el año 2006 el Comité Tripartito de la Organización Internacional del Trabajo realizó un análisis del cumplimiento de Guatemala respecto al Convenio 169, entre otras cosas se permitió señalar que resulta necesario la *“la creación de un clima de confianza con los pueblos indígenas para poder llevar a cabo un diálogo productivo de buena fe”* (Comité de Derechos Humanos, 2005), es decir adoptar los caminos óptimos por parte de los Estados hacia el pueblo, a través de recursos metodológicos adecuados que permitan lograr un entendimiento entre el Estado y los sujetos de la Consulta.

### **1.6.2. La consulta debe ser informada.**

La información proporcionada a la Comunidad no puede ser limitada o de protocolo, pues resulta necesario que los pueblos objeto de la consulta deban conocer los por menores de la

intervención en su área de influencia, los pros y los contra. Es trascendental que los Estados actúen con la mayor ética al momento de proporcionar la información, donde la objetividad salga a relucir, pues los pueblos tienen el derecho a conocer cómo se verán beneficiados y afectados a través la intromisión en su territorio.

### **1.6.3. Consulta culturalmente adecuada.**

Posteriormente veremos que no es posible contemplar un procedimiento común a todas las intervenciones en territorios de comunidades indígenas, y es que precisamente en razón el derecho de libre determinación de los pueblos es que cada uno de ellos guarda características y naturaleza propia, es por ello que debe adoptarse procedimientos adecuados y acordes a la cultura de cada pueblo.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la consulta debe ser "*culturalmente apropiada y según las costumbres y tradicionales de las comunidades consultadas*" (Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, 2007), ello significa de ser el caso lograr una comunicación en el lenguaje nativo, así como utilizar terminología coloquial y entendible.

La Comisión de Expertos señaló por otro lado, que para que la consulta llegue a ser íntegramente participativa debe tomar en cuenta: "*Los valores, concepciones, tiempos y sistemas de referencia e incluso formas de concebir la consulta de los pueblos indígenas*" (CEACR, Observación Individual sobre el Convenio 169, 2005), es decir que la entidad consultada se adapte a la comunidad, no la comunidad a los consultantes, pues el Estado debe tomar en cuenta todas las características de la comunidad para con ello implementar los mecanismos más óptimos que permitan transmitir un mensaje acorde a la cosmovisión, cultura y tradiciones del pueblo.

### **1.6.4. El propósito de llegar a un acuerdo.**

Anteriormente había señalado que uno de los objetivos de la Consulta es llegar a un acuerdo, y es que resulta ser la solución más viable y utópica de los Estados, pues se busca a través de los diálogos, espacios, información y asambleas llegar a acuerdos comunes, en donde pueda escucharse de forma armónica el Estado con el pueblo.

### **1.6.5. Carácter previo de la consulta.**

Esta característica otorga a los Estados la obligación objetiva de realizar el proceso de consulta antes de la intromisión del Estado o concesionario, en los territorios de los pueblos concentrados en el área de influencia. Al respecto en el año 2003 la Comisión de Expertos señaló que los Estados deben *“realizar procedimientos adecuados de consulta que deben llevarse a cabo antes de iniciar cualquier actividad de prospección y de explotación de los recursos naturales, tal como lo dispone el convenio”* (CEARC, 2003). Que los Estados actúen con antelación a la intromisión en los territorios resulta ser una garantía a los pueblos, para que su soberanía interna no se vea trasgredida, pues el vínculo que mantienen con su territorio sobrepasa lo material y llega a las esferas de la espiritualidad.

### **1.6. Procedimiento**

El escenario internacional respecto a los pasos para desarrollar una consulta previa, libre e informada no se encuentra aún dilucidado, sin embargo los escasos pronunciamientos han referido que los pasos que opten los estados deben ir acorde a los principios de buena fe y necesidad, sin embargo ello resulta aún distante de alcanzar un procedimiento común, lo que en realidad resulta beneficioso, pues no se puede pretender creer que en todas las comunidades se actúe de la misma manera, pues cada país guarda una forma propia forma de actuar y de legislar, acorde a las costumbre y los escenarios de su territorio.

Por otro lado al no imponerse un procedimiento único para realizar la consulta previa, libre e informada se está actuando con respeto a la soberanía de los Estados. El mismo convenio 169 en su artículo 34 señala que *“la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”*<sup>1</sup>, lo que efectivamente guarda estricta armonía con el respeto a la legislación interna de los Estados, pero estos procedimientos llegarán a tener valides solo cuando en ellos se revista el principio de buena fe y de necesidad.

---

<sup>1</sup> Convenio 169, artículo 34

## **CAPÍTULO II**

### **2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE LA CONSULTA PREVIA**

## **2. Estándares internacionales de la consulta previa**

La consulta previa ha contado con el apoyo de organismos internacionales como el Sistema de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos (Ameller Terrazas & Chávez Rodríguez, 2012). Con el desarrollo de los derechos humanos, y por la creciente preocupación de proteger a los pueblos indígenas, se han creado diversos instrumentos legales, jurisprudencias y otros documentos de carácter vinculante hacia los Estados. En el campo latinoamericano, los estándares internacionales de protección a los derechos de estas colectividades han ido asimilados paulatinamente en la normativa interna de los países e incluso han existido fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos instando a los Estados de crear mecanismos de participación y reconocimiento de derechos hacia los pueblos indígenas. A continuación se dará una breve reseña sobre los instrumentos internacionales que han servido de base para la protección de los derechos de estos pueblos y que han promovido la aplicación de la consulta previa, libre e informada.

Un cúmulo de factores hace de la consulta previa un elemento trascendental en la toma de decisiones por parte de los Estados, en situaciones que afecten la vida de los pueblos indígenas y tribales. Dichos factores se encuentran limitados y direccionados por los estándares internacionales, los cuales nacen a través de múltiples organismos, que detallaré a continuación.

### **2.1. Sistema Universal de Protección de Derechos.**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es la piedra angular del sistema de protección de derechos pero no es el instrumento más relevante en cuanto a la protección de los derechos de los pueblos indígenas (Stavenhagen, 2004, p. 16). La Declaración ha servido de plataforma para la aplicación de los demás pactos y declaraciones internacionales. A medida que las reclamaciones por la protección aumentaron, la comunidad internacional ha demostrado su preocupación por la creación de nuevos instrumentos que cubran ciertos vacíos en la protección de derechos, siendo el caso que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales constituyen instrumentos que han velado por los derechos de los pueblos indígenas.

## 2.2. Estándares de los Órganos del Sistema de las Naciones Unidas

Dentro de lo ellos encontramos parámetros como por ejemplo la diferencia entre derecho a la libre determinación y los derechos de las minorías, entendiéndose la primera como un derecho que pertenece a los pueblos y el segundo como un derecho individual de las personas pertenecientes las minorías cuyo disfrute no debe menoscabar *“la soberanía y la integridad territorial de un Estado parte”* (Unidas N. , 1994), es decir que no trasgreda los límites de igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Dentro del Sistema de Naciones Unidas encontramos convenios como el 169 de la OIT, el cual busca entre otros asuntos mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar temas relacionados con el trabajo.

A través las Observaciones individuales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha sido posible también llevar a cabo un control de aplicación de los estándares a los Estados y a su vez generar insumos a los países para que apliquen de manera adecuada los estándares dentro de su territorio.

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en el año 2007 la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, con 143 países a favor y 11 abstenciones. La declaración es considerada parte del derecho suave, pues no es vinculante, sin embargo, promueve el compromiso de los Estados con la aplicación de la Consulta previa.

Los estándares también se generan por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el cual es un órgano de monitores del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Protocolo Facultativo, que actúa a través de observaciones generales, recomendaciones y sentencias sobre casos individuales de violaciones de los derechos contenidos en el Pacto. El pacto a su vez también plantea restricciones a la violación de derechos humanos, por lo que constituyen también estándares a tomar en cuenta por parte de los Estados.

Por otro lado, tenemos los Informes del Foro Permanente de las Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas, los cuales han señalado reiteradamente entre otras que es necesaria una *“participación más amplia de las comunidades indígenas en las medidas que lo afecten de forma directa o indirecta”* (Unidas F. P., 2007).

En el año 2005 se llevó a cabo el Taller del Foro Permanente sobre Metodología de Consentimiento Libre, Previo e Informado y Pueblos Indígenas, a través del cual se “identificaron varias áreas en las cuales es relevante lograr el consentimiento libre, especialmente en lo relacionado con: *a) Tierras y territorios, b) lugares sagrados, c) acuerdos y arreglos entre Estados y los Pueblos Indígenas, d) La explotación o explotación de recursos o territorios indígenas, e) Acceso a recursos naturales o conocimiento indígena, g) Los proyectos de desarrollo que puedan afectar a los pueblos, h) Estudios realizados sobre posibles impactos en los pueblos, políticas y legislación relacionada*” (Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, 2005)

### **2.2.1. Del Convenio 107 al 169 de la OIT.**

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es un organismo especializado de las Naciones Unidas, gracias a la OIT se creó el primer tratado legal enfocado a la protección de los derechos de los indígenas, este es el Convenio 107, el mismo que fue ratificado por 27 países y actualmente está vigente en 17 Estados, hoy en día este convenio se encuentra cerrado para nuevas ratificaciones. Sobre el nacimiento de este instrumento, la Oficina Internacional del Trabajo (2013), dice que “El Convenio 107 se fundamenta en la suposición subyacente de que el único futuro posible para los pueblos indígenas era su integración en el resto de la sociedad, y que otros habían de tomar decisiones sobre su desarrollo” (p.4). Claramente, esta visión se encuentra caduca, dado a que su enfoque se guiaba a la idea de que los pueblos indígenas tendrían que asimilarse a la sociedad en general sin tomar en cuenta su modo de vida tradicional y ancestral. Frente a esto, la OIT revisó este Convenio, tomando la decisión de reemplazarlo por el Convenio 169, el mismo que constituye uno de los principales instrumentos que se preocupa por el respeto del modo de vida ancestral de los pueblos indígenas y sus territorios.

En el Convenio 169 a más de cubrir cuestiones como el empleo, salud, educación de los pueblos indígenas, establece la obligación de realizar la consulta previa hacia los pueblos indígenas, detallando la forma en cómo debe realizarse, en qué situaciones y el fin de la consulta. Se incluye como requisito esencial de los Estados realizar consultas previas, libres e informadas en aquellas medidas legislativas o administrativas que pueden afectarles directamente, incluso la Guía de Aplicación del Convenio 169 (2009) manifiesta que: “El establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen es la piedra angular del Convenio num. 169.” (p.59), por lo tanto, la consulta previa es un elemento vital para el respeto

de los derechos de los pueblos indígenas, este derecho deberá ser aplicado a través de las directrices del Convenio.

En este instrumento se establece a la consulta como un mecanismo vital de participación de los pueblos indígenas en la adopción de decisiones que conciernen su modo de vida. Sobre este aspecto el Convenio 169 (1989) dice lo siguiente:

*“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”.* (Art. 7.1)

El Convenio 169 de la OIT protege la preservación de los pueblos indígenas, reconociendo el derecho de decidir sobre los procesos que puedan afectarles. A través de la consulta previa se establecen mecanismos de diálogo directo entre el Estado y las personas indígenas, informándoles claramente de acuerdo a sus tradiciones sobre las consecuencias que un determinado proyecto pueda tener sobre su territorio o aquellas medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles.

Este instrumento se ha constituido en una de las principales normas internacionales que ampara el derecho a la consulta previa, dado a que estipula la obligación de los Estados a consultar a los pueblos indígenas mediante sus instituciones representativas, respetando sus tradiciones y costumbres, y además indican que las consultas efectuadas tienen el objetivo de llegar a un consentimiento entre gobiernos y pueblos indígenas. (Ameller, y otros, 2012, p. 15). Este convenio se ha constituido como una de las principales normas internacionales en materia de consulta previa puesto a que ha servido como una herramienta fundamental para el análisis jurisprudencial y reclamación en asuntos concernientes a los pueblos indígenas, tal es el caso que este derecho ha sido tutelado a través de otros derechos como en el caso de la CIDH y Corte IDH que han utilizado de fundamento el Convenio 169 para analizar el derecho a la propiedad, el mismo que será resguardado a través de una consulta previa en las comunidades que puedan ser afectadas por decisiones de terceros.

### **2.2.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**

Constituye una de las normas más recientes y de mayor importancia en lo referente al derecho de consulta previa (Rodríguez, Morris, Orduz , & Buriticá, 2010, p. 22). Este cuerpo legal es predecesora de los Convenios 107 y 169 de la OIT y fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2007 y se enfoca principalmente al derecho de los pueblos indígenas a proteger sus tierras, territorios. A pesar de que no es un instrumento vinculante, comprometen a los Estados parte para cumplir con sus preceptos legales buscado la preservación de los bienes materiales e inmateriales de los grupos indígenas. Sobre la importancia de la Declaración, Rodolfo Stavenhagen y Claire Chaires (2010) dicen que este instrumento: *“es el más completo y avanzado sobre los derechos de los pueblos indígenas”*

La característica principal relacionada con el derecho de la consulta previa es que esta Declaración en el art. 32.2 obliga a los Estados a celebrar consultas antes de la aprobación de proyectos que puedan afectar su territorio, esta consulta se realizará a través de las instituciones representativas a fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado (ONU, 2007)

### **2.2.3. Declaración de Río Sobre el Medio Ambiente y Desarrollo**

Tras una reunión en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, las Naciones Unidas dieron a luz a la presente Declaración., la cual germinó reconociendo la naturaleza integral e interdependiente de la tierra. Nació con el objeto de proteger la integridad del sistema ambiental y de desarrollo mundial. Dentro de ella se proclamaron 27 principios para alcanzar un medio ambiente saludable y un desarrollo progresivo de los pueblos.

En cuanto a las poblaciones indígenas el principio 22 hace un señalamiento puntual, manifestando que:

*“Principio 22.- Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradiciones. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultural e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible”* (Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992)

Para un mayor entendimiento y facilidad en el análisis realizaré una subdivisión del principio en dos partes. En la primera es importante como se hace un señalamiento a las poblaciones indígenas y sus comunidades como objetos de derechos y su papel protagónico en la conservación y protección del medio ambiente dentro de los Estados, pues sobre ellos prima el interés espiritual con su territorio antes que el material.

Resulta loable que se tome en cuenta los conocimientos y prácticas tradicionales de las poblaciones indígenas, pues de ello ha dependido la conservación milenaria de fuentes de vida para el mundo. En una segunda parte, este principio rescata la protección que han realizado los pueblos respecto a las extensiones territoriales que han constituido pulmones del mundo.

Los conocimientos ancestrales deberían constituir fuente de consulta sine qua nom de los Estados frente a posibles intromisiones en territorios ancestrales, para con ello causar el menor impacto posible en las fuentes de vida.

#### **2.2.4. Observaciones generales de los Relatores Especiales de la ONU.**

Las Naciones Unidas en su afán de generar insumos profesionales y ampliar la jurisprudencia de los Organismos Competentes en materia de Derechos Humanos ha promovido la creación de relatorías especiales, compuestas por expertos, especializados en ciertas ramas o directrices del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Naturalmente los derechos de los pueblos indígenas constituyen una preocupación latente y constante para las Naciones Unidas, por lo que “El Mecanismo de Expertos de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas llevó a cabo un estudio pormenorizado de los pueblos indígenas y su derecho a participar en la adopción de decisiones, de 2009 a 2011, y el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas preparó informes sobre cuestiones temáticas y países concretos centrados en los derechos de participación de estos pueblos. La labor del Mecanismo de Expertos y del Relator Especial amplía la jurisprudencia sobre el tema que van generando, puesto a que sirven de base para decisiones tomadas por el Comité de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En el marco de este entendimiento progresivo de los derechos de los pueblos indígenas surge sistemáticamente el tema de la necesidad de recabar su consentimiento para realizar actividades que tengan efectos apreciables en ellos y en sus tierras, territorios y recursos” (Naciones Unidas Derechos

Humanos, 2013, pág. 6), consecuentemente se observa que causa intranquilidad a las Naciones Unidas no solo el hecho de positivizar los Derechos de los pueblos indígenas, sino la imperiosa necesidad de realizar sondeos, seguimiento y estudios especializados sobre la aplicación directa de los Derechos en mención, en aras de determinar si los estados aplican en principio de convencionalidad, y de hacerlo también establecer que tan efectivas son las vías trazadas.

A su vez los informes finales si bien es cierto no tienen carácter de vinculante directo, se vinculan indirectamente, y son sin duda alguna insumos de ampliación de la jurisprudencia de los Organismos competentes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Oficialmente la Relatoría Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas nace con la Carta de las Naciones Unidas, como parte del Consejo de Derechos Humanos y la Asamblea General (ONU, 1945).

El Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas dentro de sus informes: “examina medios de superar los obstáculos existentes para la plena y efectiva protección de los derechos de los pueblos indígenas, de conformidad con su mandato, y determina, intercambia y promueve las mejores prácticas” (Naciones Unidas Derechos Humanos, 2013, pág. 18); lo que significa que a través de los informes de las relatorías se busca trazar el camino más efectivo para proteger los derechos de los pueblos indígenas y con ello dar un soporte técnico y especializado a los Estados para que puedan cumplir con efectividad el principio de convencionalidad no solo en norma, sino en acciones.

Otra de los aspectos que deben tener las relatorías es que: “Reúne, solicita, recibe e intercambia información y comunicaciones de todas las fuentes que corresponda, incluidos los gobiernos, los pueblos indígenas y sus comunidades y organizaciones, sobre las denuncias de violaciones de los derechos de los pueblos indígenas” (Naciones Unidas Derechos Humanos, 2013, pág. 18); lo que resulta trascendente debido a la red de información que debe crear para receptar diversos criterios y unificar conceptos, así como conocer las diversas denuncias receptadas por los Estados y accionadas por los pueblos indígenas, para determinar qué tan eficaces son las vías de administración de justicia y tutela efectiva de los derechos de los pueblos indígenas de los Estados miembros.

Además *“formula recomendaciones y propuestas sobre medidas y actividades adecuadas para evitar y reparar las violaciones de los derechos de los indígenas”* (Naciones Unidas Derechos Humanos, 2013, pág. 18). Una vez que examina los medios para superar los

obstáculos para la aplicación de derechos y recepta y condensa la información de las denuncias, debe generar caminos viables, con mecanismos efectivos, que permitan tutelar de forma efectiva los derechos en mención y eviten a posteriori nuevas violaciones de derechos, así como reparar las ya existentes. Esta obligación de la Relatoría Especial constituye la piedra angular de su creación, pues para defender Derechos no basta una mera positivización, sino también determinar de qué formas se puede evitar violaciones directas o indirectas de Derechos de los pueblos indígenas ( Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2007, pág. 27).

#### **2.2.4.1. Comunicaciones del Relator Especial sobre los derechos los pueblos indígenas.**

El Relator Especial es un individuo experto y profesional en cierta rama de los Derechos Humanos, quien recibe comunicados sobre aquellas dudas relativas a los DDHH. El Relator Especial tiene la obligación objetiva de trabajar en cooperación y coordinación con las herramientas humanas y materiales que brinda el Sistema de Derechos Humanos, pues generar directrices para la aplicación de derechos no constituye un camino fácil, al contrario, determinar cuál debería ser el accionar de los Estados es una responsabilidad especializada y técnica, y aunque no es vinculante de forma directa, lo es indirectamente a través del derecho suave o soft law (Cárdenas, 2013, pág. 358).

El Relator Especial puede responder con rapidez si la situación justifica la respuesta y si tiene capacidad al respecto, y no es necesario que el demandante agote antes las vías nacionales de reparación. Las comunicaciones enviadas por el Relator Especial son, por lo general, de dos tipos: llamamientos urgentes, en caso de peligro de violación inminente, y cartas de denuncia, en caso de que la violación ya haya tenido lugar o de que la urgencia de la situación sea menor. La respuesta más habitual del Relator Especial es entablar un diálogo sobre la cuestión con el Gobierno en cuestión” (Naciones Unidas Derechos Humanos, 2013, pág. 29).

La comunicación consecuentemente puede ser accionada siempre, pero será evacuada conforme la urgencia de la inquietud, ante ello no se prevé requisitos ni instancias que lo cataloguen como residual. Resulta altamente beneficioso que el Relator Especial brinde su pronunciamiento especializado o técnico en materia de derechos de los pueblos indígenas, sin ningún tipo de dilación o tramitología engorrosa, pues con ello se pudiera aplicar de forma más óptima la plenitud del derecho (Terán, 2012, pág. 17).

#### **2.2.4.2. Observaciones y recomendaciones generales**

En el año 1997, en el 51° periodo de sesiones la Asamblea General a través de su Relatoría especializada exhortó a los Estados partes a un sin número de recomendaciones que efectivicen en la práctica la seguridad jurídica (Terán, 2012), sobre participación de los pueblos indígenas se mencionó que:

*“se reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos” (p.1)*

La observación en mención es trascendente, por lo que es necesario analizarla sigilosamente, en primer lugar señala que “se reconoce y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales”, lo que significa que los beneficiarios primarios de los recursos materiales o inmateriales de los territorios les corresponde precisamente a los pueblos indígenas, ya que ellos han ocupado de forma ancestral las extensiones territoriales. La privatización resulta por ende un recurso excepcional y de última ratio para los Estados miembros, ya que el Relator Especial está consciente del inminente daño directo o indirecto, material o inmaterial que se generará en los colectivos indígenas. (Vargas Machuca, 2005, p. 276).

La segunda parte de la observación señala que “en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos”, lo que significa que el Estado debe aplicar la tutela efectiva de derechos y así proteger y garantizar el desarrollo progresivo del derecho de los pueblos indígenas a gozar y poseer su territorio, así mismo cuando lleguen a darse trasgresiones a los derechos de propiedad sobre los territorios el Estado debe de oficio o a petición de parte accionar su aparataje con el objeto de evitar un daño mayor a los bienes jurídicos de los colectivos indígenas y resarcir el daño ocasionado.

Sobre el “consentimiento libre e informado” se señala que su omisión constituye vicio de fondo, por lo que carece de legalidad la tradición que se podría haber llevado a efecto, y exhorta al Estado a aplicar los mecanismos idóneos para resarcir la propiedad a los pueblos indígenas.

### **2.2.5. Estándares de Organismos Financieros Multilaterales.**

El Banco Mundial ha señalado que invertirá solo en proyectos donde se *“obtenga un amplio apoyo de las comunidades afectadas a través de un proceso de consulta previa, libre y documentada a las comunidades afectadas”* (Mundial, 2004), lo que resulta al final una motivación para que los países pasen de un protocolo de consulta a un verdadero e integral desarrollo de información e intercambio de ideas entre el pueblo indígena y tribal con el Estado.

### **2.3. Estándares del Sistema Regional de Derechos Humanos (SIDH)**

Dentro del Sistema Regional han existido importantes avances relativos a la consulta previa, en las cuales destacan los siguientes estándares:

#### **2.3.1. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.**

El 16 de junio del 2016 en la tercera sesión plenaria se promulgó la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual reconoce la importancia de la participación de los pueblos indígenas de los Estados de las Américas por la humanidad. A través de esta declaración los Estados partes recalcan la trascendencia histórica de los derechos de los pueblos para el presente y el futuro, así como la gran contribución que han hecho al desarrollo, pluralidad y diversidad cultural de nuestras sociedades, reiterando un compromiso con el bienestar económico y social para con ellos. Esta declaración se aplica a los pueblos indígenas de las Américas.

A través de este instrumento internacional se reconoce derechos a los pueblos indígenas de carácter colectivo, los cuales deben ser propugnados, respetados y protegidos por los Estados.

Al respecto el artículo 6 señala que dichos reconocimientos y respetos propugnarán derechos como *“a su actuar colectivo, a sus sistemas o instituciones jurídicas, sociales, políticos y económicos, a sus propias culturas, profesar y practicar sus creencias espirituales, a usar sus propias lenguas e idiomas y a sus tierras, territorios y recursos”* (Americanos, 2016), a su vez se reconocen derechos como a la igualdad de género, pertenecer a pueblos indígenas, personalidad jurídica, rechazo a la asimilación, protección contra el genocidio, identidad cultural, libertad de espiritualidad indígena, familia indígena, salud, derechos organizativos y políticos, derechos sociales, económicos y de propiedad, derechos laborales, reconocimiento

y respeto al patrimonio cultural y de la propiedad intelectual, derecho al desarrollo, derecho a la paz, seguridad y protección, entre otros. Sin embargo la materia de análisis de la presente declaración es la consulta previa, por lo que me remitiré a los artículos pertinentes que nos permitan dilucidar de mejor manera los cambios que prevé este cuerpo normativo en el reconocimiento pleno de los Estados a adoptar procesos de buena fe sobre la consulta previa.

Dentro del artículo 15 encontramos el derecho a la salud, el cual en su numeral cuarto señala “Los Estados en consulta y coordinación con los pueblos indígenas promoverán sistemas o prácticas interculturales en los servicios médicos y sanitarios que se provean en las comunidades indígenas, incluyendo la formación de técnicos y profesionales indígenas de salud” (Americanos, 2016), es decir, los Estados no podrán imponer el sistema de salud adoptado por todos los ciudadanos en general de un país, pues con ello se desconocería los conocimientos ancestrales de los indígenas sobre la creación, uso y manejo de medicinas naturales. La inclusión de la medicina ancestral dentro del sistema de salud de los Estados busca promover el uso de medicinas ancestrales por parte de los indígenas y con ello fomentar la identidad cultural y tradicional de ellos con su pueblo, por otro lado señalar que deberán ser consultados constituye un mecanismo adecuado para entrelazar el vínculo de los indígenas con el ordenamiento institucional del Estado.

El artículo 20 por otro lado señala el derecho que tienen los pueblos indígenas de asociarse y reunirse libremente, así como el derecho a la libertad de expresión y pensamiento, ante lo cual el numeral cuarto señala que los Estados adoptará “en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, medidas efectivas para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de estos derechos” (Americanos, 2016), es decir el papel de los pueblos indígenas da un giro y con ello se le otorga protagonismo en la toma de decisiones que los afectare directamente.

El artículo 23 del mismo cuerpo legal determina el derecho de participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas, el cual en su numeral segundo determina que: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado” (Americanos, 2016), es decir, los pueblos indígenas pasar de ser espectadores a ser actores protagónicos de las decisiones que llegaren a afectarlos. Algo muy importante que señala este artículo es que el fin de realizar la consulta es alcanzar el consentimiento libre, previo e informado, es decir, que la consulta no resulta

ser un mero proceso formal, pues a través de él se busca llegar a consensos, acuerdos y diálogos.

Mismo tratamiento se otorga sobre el derecho a la protección del patrimonio cultural y de la propiedad Intelectual, en cuanto a la adopción de “medidas necesarias para que los acuerdos y regímenes nacionales o internacionales provean el reconocimiento y la protección adecuada del patrimonio cultural y la propiedad intelectual asociada a dicho patrimonio de los pueblos indígenas” (Americanos, 2016), en donde la consulta jugará un papel trascendental para alcanzar una adopción objetiva de mecanismos apropiados.

Respecto al derecho al desarrollo, el artículo 29. 4 determina que “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo” (Americanos, 2016). Dicha obligación de consultar recae sobre el Estado, y debe ser adoptada acorde a los principios desarrollados a lo largo de la presente investigación, pues el vínculo entre los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales es material y espiritual, por lo que deben ser ellos precisamente los agentes protagónicos de diálogo con el Estado.

### **2.3.2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, genera estándares a través de informes temáticos y de países, soluciones amistosas y medidas cautelares, mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha creado principios para el respeto de los derechos a través de las causas que llegan a su competencia a través de sentencias y toma de medidas cautelares.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos o en siglas la CIDH es “*un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos encargado de la promoción y protección de derechos humanos en el continente americano*” (Organización de los Estados Americanos, 2016). Es el órgano capacitado y facultado para recibir peticiones de individuos que viven en un Estado que ha ratificado la Convención Americana de Derechos

Humanos, a su vez analiza las pruebas proporcionadas por los denunciantes y el Estado a objeto de pronunciarse adecuadamente con elementos de convicción ante la CortelDH.

La CIDH nace dentro del Sistema Interamericano con el deber de tutelar la *“promoción de la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órganos consultivo de la O.E.A. en dicha materia”* (Organización de los Estados Americanos, 2016). Sus pronunciamientos entonces no resultar de carácter obligatorio para los Estados, sin embargo, en ellos recae la responsabilidad de atender las peticiones individuales, monitorear la situación de los derechos humanos en los Estados miembros, atención a poblaciones, comunidades y grupos históricamente discriminados (Organización de los Estados Americanos, 2016).

La Comisión cuenta con su propia normativa reguladora, la cual fue positivizada en la Paz-Bolivia en el mes de octubre de 1979, bajo el nombre de “Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. Dicho estatuto regula, su naturaleza, propósitos, composición, estructura, sede, reuniones, funciones y atribuciones.

Según el artículo 18 del estatuto, las funciones que le competen a la Comisión son:

- a) Promover el respeto a los derechos humanos en América, tanto a los gobiernos como a las personas naturales o jurídicas no estatales.
- b) Manifestar recomendaciones a los Estados miembros para que adopten medidas positivar a favor de los derechos humanos tutelados en la Convención.
- c) Desarrollar estudios o informes de asuntos inherentes a sus competencias.
- d) Dilucidar las consultas accionadas por los Estados miembros sobre términos relacionados con los Derechos Humanos, y de ser el caso, la Comisión pueda brindar un asesoramiento
- e) Practicar visitas in loco, las cuales permiten *“a la C.I.D.H. corroborar en el terreno mismo, las denuncias recibidas a través de testimonios de las víctimas o sus familiares”* (Santoscoy, pág. 617). Esto para poder evidenciar personalmente el motivo de la denuncia y poder formar un criterio más objetivo en cuanto a la existencia o no de una violación a los derechos consagrados en la Convención.

### **2.3.2.1. Pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la consulta previa.**

El Sistema Interamericano en su afán de tutelar la convencionalidad de los Derechos reconocidos y ratificados por los Estados miembros ha desarrollado la creación de Organismos Competentes especializados.

Uno de esos Organismos Competentes es la Comisión de Derechos Humanos, el cual es “*el foro más importante del mundo en materia de derechos humanos*” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2006), y a su vez constituye el “principal órgano normativo intergubernamental en esa esfera. Fue establecida por el Consejo Económico y Social mediante resolución del 21 de mayo de 1946 y fue integrada originalmente por 18 Estados miembros, aumentando paulatinamente hasta llegar a la actualidad a 53 miembros” (Centro de Información de las Naciones Unidas, 2007).

La Comisión “*ha sido fundamental para la protección y el restablecimiento de los derechos fundamentales de miles de habitantes de América*” (Díaz, 2014, p. 610), pues su alcance supranacional ha permitido ejercer un control imparcial sobre los Estados, en aras de proteger los derechos y libertades ratificadas por los Estados miembros. Por otro lado “*la Comisión sigue fijando las normas por las que se rige la conducta de los Estados, pero también actúa como foro en el que los países grandes o pequeños, grupos no gubernamentales y los defensores de los derechos humanos de todo el mundo pueden expresar sus inquietudes*” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2006), lo que significa que se democratiza el acceso a los diálogos, donde la voz de los diferentes actores tiene el mismo volumen y alcance.

El papel que ha jugado la Comisión ha resultado trascendente, dando diversos aportes jurídicos a la aplicación y alcance de los Derechos consagrados en el Sistema Interamericano, sin embargo, cuando abordamos en concreto cuestiones relativas a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas entramos a varios asuntos analizados por la Comisión.

La CIDH se ha pronunciado a la consulta previa como un mecanismo de participación efectiva y de acceso a la información, en donde señala que “constituye una institución que permite el ejercicio de su singularidad como grupo étnico y la garantía de sus derechos, indispensable en Estados multiculturales, pluralistas y democráticos” (CIDH, 2015, p. 79), lo que demuestra un total respeto hacia las diversas formas de organización étnica, y pregona la democracia

participativa en base a sus costumbres, por otro lado la Comisión señala que “uno de los elementos centrales para la protección de los derechos de propiedad de los indígenas es precisamente que los Estados establezcan consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales” (CIDH, 2015, p. 59), lo que significa que la consulta no constituye un mero trámite o procedimiento protocolar, sino que en él se engloba la protección de varios derechos, en donde el medular resulta ser el de la propiedad.

El derecho a la propiedad positivamente hablando se encuentra estipulado en la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 21, la cual señala en su parte pertinente que “toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes” (OEA, 1969), lo que significa que el aparato estatal debe precautelar la salvaguardia del bien jurídico de la propiedad, sin embargo cuando nos adentramos en el derecho positivo sabemos de ante mano que existe la excepción a la regla, la cual está determinada en el mismo artículo, de la siguiente manera:

*“La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley” (OEA, 1969).*

La excepción del articulado debe ser entendida en su conjunto, la subordinación del uso por el interés social no significa que los derechos de un grupo minoritario se vean transgredidos, pues la Comisión ha señalado que “los Estados miembros tienen la obligación de garantizar que toda determinación se base en un proceso de consulta previamente informado de parte del pueblo indígena en su conjunto” (CIDH, 2015, p. 59) , lo que ya traza un procedimiento obligatorio al que deben adaptarse los Estados miembros en virtud de la ratificación de los convenios y tratados internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas.

El derecho a la consulta tiene íntima relación a su vez con el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual reconoce que “todos los ciudadanos tienen el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos” (OEA, 1969), a lo que la Comisión ha pronunciado que “en el contexto de los pueblos indígenas, el derecho a la participación política incluye el derecho a participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden en sus derechos desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 109), lo

que implica que la Consulta resulta ser un eje de articulación armónica de derechos fundamentales. La participación constituye un mecanismo democrático garantizado a los seres humanos, no obstante, abordando en concreto a los pueblos indígenas observamos que se debe prestar especial atención a su modus de vida, ya que el aspecto subjetivo y espiritual juega un factor preponderante, a través del vínculo que se genera con la madre tierra.

La Comisión ha señalado que el derecho a la consulta tiene relación entrañada a su vez con el derecho de identidad cultural, pues “la obligación estatal de desarrollar procesos de consulta respecto de decisiones que afecten al territorio se vincula directamente a la obligación estatal de adoptar medidas especiales para proteger el derecho a la identidad cultural, basada en una forma de vida intrínsecamente ligada al territorio (CIDH, 2015, pp. 86 y 87). Dicha relación se da debido a la fuerte unión espiritual que se suele dar entre los pueblos indígenas con su territorio, pues en él encuentran armonía, paz y vida.

Para ello es necesario contar con directrices básicas de aplicación del procedimiento, a lo que la Comisión se ha pronunciado así: “La información suministrada por el Estado en el proceso de una consulta previa debe ser clara o accesible” (CIDH, 2015, p. 59), por lo que se deben desarrollar los medios óptimos y precisos que permitan que la consulta llegue a todos los pobladores o comuneros, a objeto de que cada uno de ellos tenga el derecho a conocer plenamente cuál es la pretensión con sus tierras y saber su posición frente a ello.

Además de ser clara y accesible la Comisión ha señalado que “la información entregada sea realmente comprensible, lo cual incluye, entre otros, que su divulgación se realice en lenguaje claro y que, en aquellos casos fuere necesario, se difunda con ayuda de traductor o en un idioma o dialecto que permita a los miembros de las comunidades indígenas involucradas entenderla de manera plena. La información debe ser suficiente” (CIDH, 2015, p. 60). La posición de la Comisión resulta trascendente por cuanto se reconoce la importancia no solo de transmitir el mensaje a los pueblos indígenas, sino que ese mensaje puede ser entendido en la lengua o idioma materno, y por otro lado al señalar que es suficiente nos referimos a que la información deberá cubrir todos los aspectos importantes y medulares a los que directa o indirectamente se verán inmiscuidos.

Otro aspecto importante que ha tomado en cuenta la Comisión en sus pronunciamientos es la oportunidad, pues ello “implica que la información debe ser presentada con suficiente antelación a cualquier autorización o inicio de los procesos de negociación, tomando en cuenta el proceso de consulta y los plazos requeridos para la adopción de decisiones de la

respectiva comunidad indígena” (CIDH, 2015, p. 60), lo que prevé que el aparato Estatal debe direccionar su acción de forma adecuada y planificada, buscando lograr transmitir la información necesaria a los pueblos indígenas, respecto a las actividades extractivas que se podrían llevar a cabo dentro de su territorio. El tiempo a su vez debe ser prudente, para que la comunidad pueda discernir de forma objetiva la información y puede llegar a diálogos internos a objeto de generar respuestas acordes a su realidad y perspectiva de los acontecimientos.

Sin embargo la realidad latinoamericana no ha sido en extremo alentadora, pues los Estados no han hecho efectivo en ciertos casos el derecho a la consulta previa, libre e informada, transgrediendo su participación efectiva, lo que en término de la Comisión *“ha causado profundos impactos que ponen en peligro su supervivencia física y cultural, sus formas de vida particulares y en última instancia, su existencia como pueblos”* (CIDH, 2015, p. 88), esto como una prueba más de que no estamos frente a un mero proceso de rigor, sino a una inminente necesidad de garantizar a los pueblos indígenas un acceso justo a una participación efectiva, que guarde armonía con sus costumbre y modus de vida, ya que cualquier intromisión de un agente externo a su territorio generará una inminente zozobra, afectación psicológica y cambios sociales.

Ahora bien, la Comisión ha sido clara en señalar que *“la consulta puede carecer de legalidad cuando no cumple con las garantías procesales y de fondo, lo que implica la incompatibilidad con los estándares interamericanos en la materia”* (CIDH, 2015, p. 94), lo que ratifica que los pronunciamientos de los Organismos competentes constituyen la brújula de los Estados miembros para generar los mecanismos idóneos de aplicación en materia de derechos humanos, sin que ello signifique que se afecte la soberanía del Estado, al contrario, se manifiesta el compromiso asumido por los Estados al haber reconocido y ratificado los tratados y convenios internacionales, y de esta manera apliquen una convencionalidad objetiva, que no se limite a una mera aplicación de procedimientos protocolarios, sino que en cada actuación se evidencie las garantías y protecciones del Estado hacia los pueblos indígenas.

Por otro lado, al no poderse dar la restitución entramos al campo de la indemnización, la cual debe darse según el criterio de equidad, el cual permite a la Corte cuantificar los daños inmateriales y materiales, sin embargo no significa que la Corte pueda actuar de forma discrecional al fijar los montos indemnizatorios, pues corresponde a las partes precisar con objetividad y claridad la prueba del daño sufrido, así como la relación específica de la

pretensión pecuniaria con los hechos del caso y las violaciones que se aleguen (Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 2012, p. 94).

Sobre el daño inmaterial la Corte en su jurisprudencia ha pronunciado que *“puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causadas a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”* (Tiu Tojín vs. Guatemala, 2008, p. 77), lo que significa que se le da valor a los factores espirituales que conservan los pueblos indígenas con su territorio y se está consciente del daño inminente que se genera por la separación de los colectivos y el territorio en un ámbito subjetivo.

Asimismo, la Corte ha determinado que el daño material supone *“la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso”* (Tiu Tojín vs. Guatemala, 2008, p. 76). En términos de derecho civil hablaríamos de daño emergente y lucro cesante, donde el primero constituye un detrimento o destrucción de los bienes y el segundo la pérdida de ganancias legítimas esperadas (Ovalle, 2010, pp. 136, 154), sin embargo en materia de Derechos Humanos la Corte en su jurisprudencia ha desarrollado un concepto muy semejante y del mismo alcance, pero con el plus de que estamos frente a Derechos de los pueblos indígenas, los cuales están reconocidos mediante legislación supranacional y vemos así mismo la participación activa del Estado, a diferencia del derecho privado.

### **2.3.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

La Corte IDH es un organismo autónomo que se ocupa de interpretar y aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos, conoce aquellos casos en donde existan posibles vulneraciones a los Derechos Humanos, la Corte IDH ha desarrollado vasta jurisprudencia en relación a los derechos de los pueblos indígenas, y ha creado precedentes relativos a la consulta previa, entre la jurisprudencia más destacada encontramos los siguientes casos:

#### **2.3.3.1. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.**

El presente caso gira en torno a los derechos de una tribu afro-descendiente que se radicó en el país centroamericano de Surinam durante la época de la colonización. Este Estado, otorgó concesiones madereras dentro del territorio donde habita el pueblo Saramaka sin su

consentimiento y además estas empresas provocaron inimaginables daños ambientales en dichas tierras. Este pueblo al carecer de estatuto jurídico no pudo acceder a la facultad de que se les otorgue un reconocimiento de sus territorios por parte del Estado.

El 23 de junio de 2006, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, remitió el caso a la Corte IDH bajo la consideración de la violación de los derechos de propiedad y protección judicial establecidos en los artículos 21 y 25 de la Convención Americana.

En este caso existe una particularidad, la tribu Saramaka no es indígena en relación al territorio al que habitan, pero la Corte IDH tomó en consideración el vínculo espiritual que mantiene este pueblo con su territorio. Consecuentemente, la Corte ampara a este pueblo bajo los estándares del derecho a la propiedad establecidos a favor de los pueblos indígenas. Sobre el derecho a la propiedad, la Corte hace énfasis en que la relación ancestral y cultural de los pueblos debe ser protegido por el artículo 21 de la Convención; sobre esta protección la Corte IDH (2007) dice lo siguiente:

*“Los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica.”* (párr. 91)

La protección del territorio de los pueblos, comunidades, tribus indígenas constituye un pilar fundamental para preservar su modo de vida ancestral que constantemente se ve vulnerada por la constante globalización de la sociedad, por lo tanto, el derecho internacional recalca el deber de los Estados de garantizar el respeto al territorio que tradicionalmente les ha pertenecido a estas personas.

En la presente sentencia, la Corte IDH recalca que la subsistencia de los pueblos indígenas depende del uso y acceso que tengan sus integrantes a los recursos naturales que se encuentren dentro de su territorio, consecuentemente los Estados deben respetar esta garantía mediante la adopción de medidas especiales para proteger el territorio de las comunidades indígenas a fin de prevenir su extinción.

En lo relativo a la consulta previa, la Corte IDH estableció que debe existir una comunicación constante entre el Estado y los miembros de una comunidad indígena cuando se vaya a realizar planes de desarrollo o inversión en sus territorios, por lo tanto el Estado tiene la obligación de consultar de buena fe, de acuerdo las costumbres y tradiciones de la comunidad sobre las medidas a aplicarse, haciendo conocer las ventajas y los riesgos de la posible

aplicación de estas medidas dentro de su territorio; esto con el fin de obtener el consentimiento previo, libre y voluntario.

Esta sentencia desarrollada por la Corte Interamericana dio los primeros avances en el campo regional sobre la aplicación y reconocimiento del derecho a la consulta previa, dado a que lo relaciona con el derecho de participación y el derecho a la propiedad que tienen los pueblos indígenas, de conformidad a lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos.

### **2.3.3.2. Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador.**

Constituye el fallo jurisprudencial más relevante sobre el derecho a la consulta previa, este caso hace referencia a la responsabilidad del Estado ecuatoriano en la violación del derecho a la consulta, propiedad comunal e identidad indígena en perjuicio del pueblo amazónico de Sarayaku. Los hechos del caso se centran en la perturbación de la subsistencia tradicional que mantenía esta comunidad frente a las actividades extractivas de empresas petroleras dentro su territorio, pese a la negativa de este pueblo ante el Estado, se continuaron realizando estas actividades que provocaron daños ambientales como la destrucción de sitios de valor cultural y de subsistencia de la comunidad Sarayaku.

La Comisión Interamericana remitió el caso hacia la Corte el 26 de abril de 2010, dentro del proceso Ecuador realizó un reconocimiento de la responsabilidad internacional por la violación de los derechos antes referidos.

En el análisis de fondo del caso, la Corte IDH considera el amparo que otorga el artículo 21 de la Convención Americana, esto es el derecho a la propiedad, y tal como se analizó en el caso de Saramaka, se enfatiza sobre la protección de este derecho en base al íntimo vínculo de los pueblos indígenas con su territorio. Incluso indica que la pertenencia de los pueblos indígenas a sus territorios no se centra en el individuo, sino en su grupo y su comunidad; es decir, se reconoce la única conexión que tienen los indígenas con sus tierras y los recursos que ellas se encuentran, al proteger este vínculo se preserva la cultura y cosmovisión de los pueblos indígenas.

En esta sentencia la Corte IDH establece los elementos necesarios para determinar la relación de los pueblos indígenas con sus territorios: a) esta relación de distintos modos; y, b) la relación con las tierras debe ser posible (presencia de formas tradicionales de vida). En el

caso de Sarayaku, se comprobó esta intrínseca relación de sus tierras con su modo de vida tradicional.

En los casos de extracción de recursos naturales en territorios indígenas, la Corte IDH dispone que se realizaran estas actividades siempre y cuando no perjudiquen la subsistencia tradicional de los pueblos indígenas; además los Estados deben cumplir con los siguientes parámetros:

*“i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (...).”* (Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 2012, p.157)

Dentro de estos parámetros, claramente se evidencia el establecimiento del derecho a la consulta como un mecanismo de participación de los indígenas en aquellas decisiones que los llegue a afectar, a través de procedimientos que sean acordes a las costumbres de los indígenas; además la realización del estudio de impacto ambiental debe ser conforme a los estándares internacionales a fin de analizar las consecuencias del proyecto a implementarse.

La Corte indica que las consultas deben ser realizadas de buena fe, con la finalidad de alcanzar a un acuerdo sobre las medidas que se les propone a la comunidad. Mediante el reconocimiento al derecho a la consulta, a más de garantizar la participación eficaz de los indígenas, asegura su derecho a la propiedad comunal y la identidad cultural. Este último derecho se vincula con la consulta por cuanto las medidas a aplicarse en un territorio indígena pueden afectar la cosmovisión de los integrantes de una comunidad.

En esta sentencia, el derecho a la consulta previa, libre e informada se convierte en una obligación a cumplirse por los Estados y no puede ser delegado a terceros. La Corte catapultó a este derecho como un principio general del Derecho Internacional con el fin de promover un diálogo constante en todas las fases de un proyecto, especialmente en la etapa de planificación. Se determina que a fin de que exista un pleno respeto de este derecho, los Estados deben fiscalizar y controlar su aplicación a través de los órganos judiciales, en caso de incumplimiento de esta obligación provocará la responsabilidad internacional del Estado.

Al finalizar el análisis del derecho a la consulta, la Corte IDH concluye lo siguiente:

*“El Estado, al no consultar al Pueblo Sarayaku sobre la ejecución del proyecto (...), incumplió sus obligaciones, conforme a los principios del derecho internacional y su propio derecho interno, de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que Sarayaku participara a través de sus propias instituciones y mecanismos y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que incidían o podían incidir en su territorio, vida e identidad cultural y social, afectando sus derechos a la propiedad comunal e identidad.”*

En esta conclusión se relaciona al derecho a la consulta previa como un elemento primordial que promueve la identidad cultural de los indígenas, puesto que permite su participación efectiva en el marco del respeto a sus costumbres y sus instituciones tradicionales. Los procesos de consulta deben ejecutarse de conformidad a los estándares internacionales.

Dentro de las reparaciones que la Corte ordena, destaca la adopción de medidas de carácter administrativo o legislativo que hagan efectivo en el derecho a la consulta en favor de los pueblos indígenas.

#### **2.4. Análisis de los Estándares Internacionales de la Consulta Previa a Pueblos Indígenas no contactados**

Como se lo ha mencionado en líneas anteriores, la Declaración Americana de Derechos Humanos protege el derecho humano a la propiedad privada, y la *“comisión y la Corte ID.H. han interpretado este artículo de manera que protege el derecho de propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras, territorios y recursos naturales”* (Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierra ancestrales y recursos naturales, 2009), protección que es vinculante plenamente a los pueblos indígenas no contactados, los cuales tienen un legítimo derecho de propiedad sobre las extensiones territoriales que ocupan ancestralmente.

La Convención Americana de Derechos Humanos prevé en su artículo 21 el derecho a la propiedad, artículo que ha sido entendido por la Comisión y Corte I.D.H. como aquel que *“protege el derecho de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras, territorios y recursos naturales”* (Humanos C. I., 2013, p.15), es decir, reconoce el vínculo jurídico y espiritual que

tienen los pueblos indígenas con su territorio y con ello también la garantía se genera a los pueblos no contactados.

Hasta la actualidad la Corte IDH *“no se ha pronunciado sobre el derecho a la consulta y consentimiento en el contexto de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial”* (Humanos C. I., 2013, p.16), y es que resulta complejo delimitar estándares de un proceso adecuado de consulta a los pueblos no contactados, pues al no conocer su dialecto, forma de organización, ni existir ningún tipo de contacto la relación se genera una brecha difícil de cruzar. Sin embargo la Comisión ha pronunciado que se deben tomar en cuenta los principios de *pro personae* y no contacto, márgenes que ayudarán a los Estados a evitar tomar decisiones que causen repercusiones negativas en estos grupo, y consecuencias legales a los Estados.

#### **2.4.1. Comité Especializado de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, respecto de los pueblos indígenas no contactados.**

A lo largo de los temas desglosados se ha dado a notar que en los pueblos indígenas no contactados existe la férrea voluntad de mantenerse en aislamiento, situación que debe ser tomada en cuenta por parte de los Estados al momento de tomar decisiones que afecten a estos colectivos, pues la globalización del hombre puede generar que esa barrera no se respete, al respecto el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas ya señalado que *“se debe respetar el principio de no contacto, lo que implica una política pública que proteja sus espacios vitales y les preserve de presiones por parte de empresas extractivas, la tala ilegal de madera, y el asentamiento no autorizado en el área”* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2016, p.10). El Relator Especial va más allá de las opiniones de la Comisión pues ya sugiere la obligación objetiva de los Estados de precautelar la estabilidad, seguridad y desarrollo de los pueblos indígenas no contactados, observación que era necesaria, pues la protección de estos pueblos le corresponde al Estado, a través de sus entidades competentes y organización interna.

Sin embargo, la decisión final sobre la exploración y explotación de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas les corresponde a los Estados, es por ello que se debe delimitar claramente cómo precautelar los derechos de los pueblos indígenas no contactados, a lo que el Relator Especial ha reconocido *“la dificultad de realizar una consulta directa con*

*los pueblos en aislamiento en tanto podría forzar un contacto contra su voluntad'* (Anaya, 2010), pues no resulta nada sencillo definir un proceso de vínculo amistoso entre el Estado y el pueblo cuando este último históricamente se ha desarrollado a plenitud sin necesidad de la intromisión de agentes estatales.

El Relator Especial a finales del año 2009 realizó una visita al Estado ecuatoriano para analizar los avances de la nueva Constitución del año 2008. Tras varios análisis llegó a dos conclusiones puntuales:

*“se debe evitar situaciones de contacto forzado con dichos pueblos, incluyendo a través de actividades petroleras y la deforestación, ya sea por parte de agentes estatales, agentes de empresas extractivas y otros terceros, en la medida necesaria para garantizar los derechos de los pueblos aislados, y prevenir situaciones de conflicto que resultan peligrosas tanto para los miembros de los pueblos aislados como a los demás ciudadanos del país”* (Anaya, 2010, p.21).

Esta recomendación es necesaria e importante, pues para el Relator, que el Estado señale que existe un yacimiento en el territorio de los pueblos indígenas no contactados no constituye razón suficiente como para que se realice un acercamiento forzoso, ello quiere decir que no se puede vulnerar su derecho a la libre determinación. Realizar un acercamiento improvisado, innecesario e improcedente podría terminar siendo una decisión que altere la vida misma dentro del territorio y su vez el inicio de un conflicto de supervivencia en donde se vean trasgredidos desde derechos a la propiedad y posesión hasta derechos a la libertad de asociación y a la vida.

La segunda recomendación señalada por el Relator es que *“el Estado debe proteger los territorios de los pueblos indígenas aislados, aun cuando estos territorios no coincidan con la zona intangible demarcada por el Estado”* (Anaya, 2010, p.21), es decir Estado debe ir más allá de la obligación contraída normativamente, pues la tutela efectiva de derechos exige a los países acoplar sus decisiones a lo que mejor convenga a los ciudadanos, independientemente de la etnia, cultura o sociedad que vengan, pues la ciudadanía es el vínculo de toda persona con su Estado.

#### **2.4.2. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los Pueblos Indígenas no Contactados.**

La Comisión define a los pueblos indígenas no contactados como aquellos que *“no mantienen contactos sostenidos con la población mayoritaria no indígena, y que suelen rehuir todo tipo de contacto con personas ajenas a su pueblos”* (Humanos C. I., 2013, p.4), es decir su estructura social se limita al número de miembros que conforman los grupos, ya que se resisten a mantener un contacto con individuos o colectivos ajenos a sus territorios, pues pueden ser entendidos para ellos como amenaza.

La Comisión prefiere llamar a esos colectivos como “pueblos indígenas en aislamiento voluntario”, voluntad que es asociada con *“la importancia del derecho a la autodeterminación, ya que aún si la decisión de permanecer en aislamiento es una estrategia de supervivencia resultado en parte de presiones externas, ésta es una expresión de autonomía de estos pueblos en tanto sujetos de derechos, y como tal debe ser respetada”* (Humanos C. I., 2013, p. 4). La voluntad resulta ser entonces una característica fundamental de la libre determinación, pues a través de ella los pueblos deciden el curso de su existencia, y con ello su estructura social, económica, alimenticia, etc.

Si bien es cierto la voluntad de dichos pueblos es de mantenerse alejados, la globalización del hombre puede generar que esa barrera no se respete, al respecto la comisión señala que

*“es fundamental que todo esfuerzo por afianzar este respeto se rija fundamental por el principio de no contacto [el cual] es la manifestación del derecho de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario a la libre determinación. Una de las razones para proteger los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario es la diversidad cultural, y que la pérdida de su cultura es una pérdida para toda la humanidad”* (Humanos C. I., 2013, p.10).

En este pronunciamiento se reitera el compromiso que deben asumir los Estados de respeto a la libre determinación de aquellos pueblos de mantener su existencia acorde a su cosmovisión. Este principio ha sido acogido por expertos brasileños, quienes critican cualquier tipo de contacto controlado, quienes aseguran que cualquier tipo de vínculo forzoso genera amenazas como *“la violencia ejercida por los foráneos que les arrebatan sus tierras y recursos, y las enfermedades como la gripe y el sarampión frente a las que no tienen*

*inmunidad*” (Corry, 2016), daños que a posteriori resultan irreparables, pues la naturaleza de aquellos grupos es única e irrepetible.

Respecto a la consulta previa a grupos indígenas no contactados o en aislamiento voluntario la Comisión ha señalado categóricamente que *“no es posible realizar una consulta previa, libre e informada de acuerdo a los estándares establecidos por la Comisión y la Corte I.D.H. en relación con proyectos de desarrollo e inversión y de concesiones extractivas de los recursos naturales que afecten los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario”* (Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador, 2012), es decir, no se puede aplicar los mismos procedimientos y requisitos internacionales respecto a los pueblos indígenas no contactados, lo cual tiene su razón de ser, pues resultaría un acercamiento forzoso que alteraría la estructura social de aquellos pueblos que voluntariamente desean vivir en aislamiento.

La Comisión considera lo siguiente:

*“en atención al principio pro personae y asumiendo el principio de no contacto como una condición fundamental, los factores principales a considerar cuando se analiza si los pueblos en aislamiento voluntario dan su consentimiento o no a la presencia de personas ajenas a su pueblo en sus territorios ancestrales, son el rechazo manifiesto a la presencia de personas ajenas a su pueblo en sus territorios, y su decisión de mantenerse en aislamiento respecto de otros pueblos y personas”* (Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs Paraguay, 2005),

Por consiguiente, a través de los principios es posible el respeto de las comunidades en aislamiento voluntario, a través del principio pro personae, se debe tomar la decisión que beneficie de mejor manera al ser humano (en este caso el pueblo en aislamiento voluntario) y el principio de no contacto, evita que se realicen acercamientos forzosos con la comunidad, que generen más daño que beneficio.

La Comisión señala claramente que no es posible seguir los estándares internacionales de una consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas no contactados, por lo que se debe saber interpretar las señales proporcionadas por aquellos pueblos, las cuales se asocian principalmente al rechazo a la intromisión de agentes extraños a sus tierras ancestrales.

## **2.5. Referencia Internacional de la Legislación de la República de Perú entorno a la Consulta Previa, Libre e informada a los pueblos indígenas**

Como una referencia latinoamericana nos trasladamos a la legislación del Estado peruano, a objeto de tomar en cuenta los avances que ha logrado este país en el reconocimiento y tutela del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre acciones u omisiones que los afectaren directa o indirectamente. Constitucionalmente la consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas no versa dentro de los derechos fundamentales, por lo que si desarrollo se ha generado en otros cuerpos normativos.

Abordando la historia normativa en cuanto a este derecho en el Perú debemos empezar con la Resolución Ministerial N°335-96-EM/SG, con fecha de 25 de julio de 1996, dentro de la cual se dio por aprobado el Reglamento de participación ciudadana, el cual previó un procedimiento de socialización de estudios de impacto ambiental cuya intervención fue escasa por parte de los pueblos indígenas (Arévalo, 2010, p.2610). Este tipo de procedimiento no resultó beneficioso para los intereses económicos del Estado y de las empresas, pues al no existir una contraposición a sus propuestas y haber un supuesto “procedimiento legítimo de participación” se daba paso a todo proyecto extractivo que afectare indirecta o directamente a los pueblos indígenas, por lo que posteriormente esta normativa fue derogada.

El Estado peruano a través de la Directora de la Dirección General de Asuntos Ambientales informó a la Comisión Interamericana que *“desde el 2004 hasta noviembre de 2004 se realizaron 2009 se realizaron 1,026 talleres y 241 audiencias públicas solo en relación al tema de hidrocarburos, con la finalidad de propiciar el diálogo tripartito entre el Estado, comunidades y las empresas”* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009). Aparentemente los mecanismos de diálogo adoptados por el Estado peruano fueron adecuados y permanentes, sin embargo a pesar de todos los procesos adoptados *“ninguno de los representantes del gobierno peruano logró explicar por qué, pese a estos mecanismos de consulta y participación vigentes e implementados, aún no se han logrado mitigar las numerosas tensiones y conflictos sociales, especialmente socio-ambientales”* (Arévalo, 2010, p.2611). Y es que la explicación es que no existía un adecuado proceso normativo que garantice una tutela efectiva de una consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas del país, en donde se efectivicen principios como la oportunidad, interculturalidad, buena fe, flexibilidad, plazo razonable e información oportuna.

Es por todo ello que el Estado no tuvo otra salida que reconocer que no existía en la normativa interna un ordenamiento jurídico que plasme un adecuado proceso de consulta previa, libre e informada, pues los antecedentes normativos parecían tender más a una participación ambigua y de poca efectividad.

Con estos antecedentes nace la “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”. Ese cuerpo legal se encuentra compuesto por cuatro títulos, el primero que regula aspectos generales, el segundo sobre los pueblos indígenas u originarios a ser consultados, el tercero las etapas del proceso de consulta y el cuarto las obligaciones de las entidades estatales respecto al proceso de consulta. Para un mejor entendimiento metodológico analizaré los aspectos más relevantes de cada título, a objeto de entrelazar las disposiciones por su concordancia y definir conclusiones.

El título primero delimita aspectos generales, desde el objeto, estableciéndose que:

*“la presente Ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Se interpretará de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169”* (Congreso de la República de Perú, 2011, p.1),

Consecuentemente se entiende que el ámbito de aplicación de la presente Ley es la consulta previa, libre e informada sobre proyectos pre-legislativos que inminentemente los afectaren, o la consulta sobre incursiones extractivas en sus territorios, pues ello se encuentra regulado en el Convenio 169, y el presente reglamento se somete a dichas disposiciones.

Para fortalecer lo dicho se observa en el artículo dos que el derecho de consulta se dará por *“medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos [y a su vez] respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos”* (Congreso de la República de Perú, 2011, p.1), pues en ambos casos está en juego la tutela efectiva de los derechos de los pueblos indígenas, por lo que su pronunciamiento a través de la consulta previa resulta requisito *sine qua non* para viabilizar los procesos extractivos o legislativos.

El fin de la Consulta se señala que es *“alcanzar un acuerdo o consentimiento”* (Congreso de la República de Perú, 2011, p.1), y es que claro, la historia peruana data procesos de participación que parecían ser más de socialización que de convergencia de ideas, por lo que

un espacio de diálogo resultaba inminentemente necesario, pues con ello ya se legitima en parte el proceso, sin embargo para que la consulta sea correctamente desarrollada se deberá someter a los principios como el de oportunidad, interculturalidad, buena fe, plazo razonable, etc. Según la legislación peruana la consulta no debe ser entendida como un mero proceso administrativo, ya que la legitimidad que se le dé será proporcional a la forma en cómo se aplicaron los principios.

El segundo título regula a los “*pueblos indígenas u originarios a ser consultados*”, en donde se señala que quienes gozan del derecho de consulta son los “pueblos indígenas u originarios” (Congreso de la República de Perú, 2011, p.3), cuya participación se dará a través de “*sus instituciones y organizaciones representativas*” (Congreso de la República de Perú, 2011, p. 3), es decir, no constituye consulta previa aquella que se realice con grupos aislados o minoritarios que no represente la voz del pueblo indígena u originario en general, por lo que el Estado deberá contratarse con los representantes ancestrales o comunitarios de la localidad, ya que la consulta será “*implementada de forma obligatoria solo por el Estado*” (Congreso de la República de Perú, 2011, p.1).

La presente Ley consagra elementos subjetivos y objetivos para determinar si un colectivo es o no un pueblo indígena u originario, abordando cuestiones como la descendencia, el modo de vida, las instituciones propias de la comunidad indígena, su cultura y el sentido de pertenencia del colectivo (Congreso de la República de Perú, 2011, p.3)

Y es que, cada uno de estos factores es tomado en cuenta para definir si un colectivo puede ser objeto o no de consulta, sin embargo considero que ello restringe la posibilidad de participación a aquellos colectivos que no pueden poseer alguno de estos criterios de valoración acorde a lo históricamente establecido.

Dentro del tercer título encontramos a las “Etapas del Proceso de Consulta”, siendo las siguientes:

**Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta:**

El artículo nueve sobre las entidades estatales recae el deber de “*identificar bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios*”, ya que no toda intromisión llegará a afectar directamente los derechos colectivos, por lo que se el Estado debe establecer plenamente cómo se afectará, los pros y contras, los beneficios para

el pueblo y el país, las desventajas inminentes y los procesos, claro, todo ello con un lenguaje coloquial que permita transmitir la información de una forma adecuada.

**Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados:** Le corresponde al Estado, a través de las entidades competentes identificar a los pueblos indígenas que se encuentren directa o indirectamente afectados por las medidas, a través de los criterios de valoración señalados anteriormente y por el grado de afección.

**Publicidad de la medida legislativa o administrativa:** No basta con que la publicación llegue a conocimiento de la gente del país, pues quienes deben conocer primeramente las medidas son los pueblos a quienes directamente les afectará, para ello se deben tomar en cuenta “*métodos y procedimientos culturalmente adecuados*” (Congreso de la República de Perú, 2011, p.5).

Por otro lado, no basta con que la información se promulgue por los medios, pues debe ser entregada directamente a los representantes de los pueblos afectados, a objeto de que conozcan con la debida anticipación a la consulta los “*motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida*” (Congreso de la República de Perú, 2011, p.5), pues debe hacerse conocer el por qué se ha adoptado tal o cual medida, señalando en qué nivel se verán afectados, qué consecuencias acarrearán para el desarrollo del pueblo, etc.

**Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente:** Esta etapa constituye un momento procesal *sine qua non*, pues los representantes de los pueblos que reciban la información deben contar con un plazo razonable para socializar la situación con la comunidad, pues se les debe otorgar un tiempo prudente para que analicen en lo interno su posición frente a las medidas que los afectaren, para con dichos insumos poder entablar un proceso de diálogo con la entidad pública correspondiente.

**Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios:** Una vez que los pueblos hayan tenido el tiempo prudente para analizar la información puesta a su consideración es momento de entablar ya un proceso de diálogo entre la comunidad con los representantes Estatales, pues el fin de la consulta como señalé anteriormente es llegar a acuerdos, por lo que dependerá mucho de los recursos metodológicos que prevea el Estado para lograr transmitir el mensaje de la forma más apegada a la cultura y cosmovisión del pueblo consultado.

**Decisión:** Normativamente hablando no existe una disposición legal que obligue a los Estados a aceptar la posición de los pueblos indígenas frente a las medidas adoptadas, pues la decisión final recae sobre el Estado. El artículo 15 señala dos escenarios finales, el primero en el que *“el acuerdo... como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes”* (Congreso de la República de Perú, 2011, p.9), es decir donde tras una convergencia de ideas se logró alcanzar un pacto con el que se sienten a gusto ambas partes, y un segundo escenario en donde no existió un acuerdo, por lo que le corresponde a las entidades estatales *“adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos”* (Congreso de la República de Perú, 2011, p.9), pues que no exista un acuerdo no significa que el Estado no deba velar por los derechos colectivos e implantar una decisión arbitraria contraria a sus derechos, ya que es deber del Estado garantizar todos los derechos contemplados en el Convenio 169, así como los de su normativa interna.

En un último título observamos que se delimitan las “obligaciones de las entidades estatales. Se determina que sobre quienes recae el deber de consultar es a las entidades del Estado que *“van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionada de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios”* (Congreso de la República de Perú, 2011, p.7), por lo que podría tratarse de un ministerio o el congreso.

Las entidades estatales a su vez deben *“garantizar los recursos que demande el proceso de consulta”* (Congreso de la República de Perú, 2011, p.7), pues el dinero necesario para la ejecución de la consulta deberá ser proporcionado por el Estado.

Para tutelar el proceso de consulta se designará un órgano *“técnico especializado en materia indígena del Poder ejecutivo”* (Congreso de la República de Perú, 2011, p.7), quien velará por el correcto proceso de la consulta. El artículo 20 prevé que se creará *“la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios, la que estará a cargo del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo”* (Congreso de la República de Perú, 2011, p.8), con ello se busca delimitar objetivamente a los pueblos indígenas u originarios que viven en territorio peruano.

Con todos estos insumos es claro determinar que a pesar de no contemplar el derecho a la consulta previa, libre e informada en la Constitución, el Estado peruano ha desarrollado normativamente a este derecho a la luz de la Ley analizada, con lo que busca tutelar los derechos colectivos, claro está, cada caso será diferente y deberá existir cierta flexibilidad en el proceso para que se adapte el planteamiento al lugar y momento en donde se encuentre el

pueblo indígena u originario, por lo que establecer plazos puede resultar un arma de doble filo, sin embargo debería señalarse también las responsabilidades ulteriores a las que se someten las entidades competentes que no realicen un proceso adecuado de consulta.

A pesar de la falta de consagración del derecho a la consulta previa, libre e informada en la Constitución, el desarrollo normativo del Estado peruano resulta un referente para los países de la región, pues, es necesario sentar las bases sobre las cuales se regirá el correcto proceso de consulta a los pueblos indígenas u originarios.

## **CAPÍTULO III**

### **El Caso Ecuatoriano**

### 3. Normativa interna relativa a la Consulta Previa

Dentro de nuestro país se han desarrollado diversas normas que tratan derechos conexos a la consulta previa, a continuación se analizarán las mismas a fin de determinar su cumplimiento a los estándares internacionales de derechos humanos:

#### 3.1. Constitución del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador es considerada una carta suprema de última data, pues contiene en su catálogo de derechos múltiples preceptos innovadores y vanguardistas, como el reconocimiento de derechos a la naturaleza, la adopción del derecho a la resistencia o el derecho a la objeción de conciencia, sin embargo la materia de estudio del presente acápite se concentra en el derecho a la “consulta previa, libre e informada”, a través de los artículos que lo consagran y defienden.

Efectivamente la Constitución en el campo normativo ecuatoriano constituye la ley suprema, así se lo establece en el artículo 424, el cual textualmente señala *“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico”* (Asamblea Constituyente, 2008), por ende todo precepto que se encuentre dentro del marco normativo de la Constitución se reviste de supremacía ante las normas jerárquicamente inferiores, por lo que ellas se deberán adaptarse al contenido y espíritu de la Constitución, en atención al principio de Constitucionalidad.

Nuestra Constitución si bien es cierto reconoce un abanico incalculable de derechos individuales, también dedica una especial atención a los derechos colectivos, es decir lo que se ejercen por un grupo de personas que comparten una misma comunidad, pueblo, etnia, cultura, tradiciones ancestrales, etc.

El capítulo cuarto de la Constitución se enmarca en los “Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”, dentro de él se encuentra el artículo 56, el cual nos señala a quienes se les reconoce estos derechos, a los que abordaré uno a uno.

**Comunidades indígenas:** Para el tratadista César Ramírez las comunidades indígenas pueden ser consideradas como *“Aquellas que conservan la herencia y el origen de un país, y que a la vez son objeto de discriminación, desprecio social, marginación y olvido”* (Velázquez, 2007, p.211); es decir, las comunidades indígenas guardan en su colectivo la esencia misma

de la sociedad, ya que han resistido la alienación de culturas ajenas a nuestras raíces y permitido palpar nuestras culturas ancestrales. Sin embargo los cambios culturales y sociales de la sociedad han hecho que las comunidades indígenas sean objeto de múltiples violaciones a sus derechos humanos, a su libre determinación, es decir al respecto a su cosmovisión del mundo y forma de vida, es por ello que la Constitución de la República del Ecuador de manera acertada consagró a las Comunidades Indígenas como sujetos de derechos colectivos.

**Pueblos:** Guillermo Cabanellas en su diccionario jurídico elemental señala que un pueblo es una *“población con pocos habitantes de un territorio”* (Cabanellas, 1993), es decir, un pueblo ocupa un espacio determinado de territorio, con fines comunes y bajo la misma cultura o costumbres.

En el campo normativo ecuatoriano el “Pueblo” puede ser entendido como la sociedad en general, sin distinción de raza, etnia, sexo o edad, en la cual radica la soberanía del Estado y con ello el curso de las políticas estatales o de gobierno, al respecto el artículo uno de la carta suprema es clara en señalar que *“la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad”* (Asamblea Constituyente, 2008), por otro lado el mismo artículo señala que *“ se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación”* (Asamblea Constituyente, 2008), como lo es la consulta previa.

**Nacionalidades Indígenas:** Cuando abordamos a las “nacionalidades indígenas” como sujetos de derechos colectivos entramos a un terreno denso y controversial por una razón simple, ¿Puede existir más de una nacionalidad en un mismo Estado?, al respecto existen opiniones divididas, por ejemplo Santa María Paredes dice que *“la nacionalidad expresa, en general, la cualidad de pertenecer a una nación y la ciudadanía la de ser miembro activo del Estado para el efecto de tomar parte en sus funciones”* (Parga, p.450), es decir, la nacionalidad podría ser entendida como el vínculo político y social por el cual se une una persona con una nación y no necesariamente con el Estado.

El artículo 6 de la Constitución es claro en mencionar la concepción de “nacionalidad”, concebida como *“el vínculo jurídico político de las personas con el Estado”* (Asamblea Constituyente, 2008), sin embargo también señala *“sin perjuicio de su pertenencia a alguna nacionalidad indígena”* (Asamblea Constituyente, 2008). Es decir, nuestro Estado es intercultural y plurinacional, por lo que dentro de él engloba múltiples tipos de colectivos, pudieron llegar a concebirse algunos de ellos como “nacionalidades” de tipo indígena, por el vínculo que existe entre la micro-sociedad con su territorio y cultura ancestral particular.

Una vez aclarado quienes son los sujetos que ampara “los derechos colectivos” es necesario determinar si la consulta previa está reconocida en los mismos o resulta un derecho de carácter individual, y lo cierto es que la Constitución determina a la consulta previa, como un derecho colectivo bajo dos modalidades, la primera para programas de prospección, explotación y comercialización, y la segunda en el campo legislativo.

La primera se encuentra consagrada en el artículo 57.7 bajo la modalidad de “Consulta previa, libre e informada”, en donde textualmente se señala:

*“La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley”* (Asamblea Constituyente, 2008).

Este tipo de consulta tiene características particulares y trascendentes, que pueden ser entendidas bajo tres premisas, “Consulta previa”, “Consulta libre”, y “Consulta informada”, entendidas como:

**Consulta Previa:** Cuando el Estado prevea que una empresa de derecho público, privado o mixto vaya a hacer planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables, se debe adoptar las medidas oportunas para que con la debida anticipación se dé a conocer a los ciudadanos que habiten el territorio objeto de la incursión y a quienes se los afecte también de forma indirecta sobre las posibles afecciones ambientales o culturales que sufrirían.

**Consulta Libre:** La libertad es característica inherente a la voluntad, es decir, una vez que la consulta ha sido realizada con la debida anticipación, el Estado debe respetar el pensamiento de los ciudadanos que directa o indirectamente se ven afectados por la extracción de los recursos, es decir, la comunidad, pueblo o nacionalidad tiene el derecho a expresar su voluntad sin ningún tipo de vicio.

**Consulta Informada:** Uno de las características que más ha causado controversia sobre la consulta es precisamente la “Información”, ya que se ha caído con facilidad en confundirla con la “Socialización”, pues ambas son figuras que tienen naturaleza jurídica propia. Se debe proporcionar a los miembros de la comunidad un marco general de los pros y contras de la extracción de recursos no renovables, buscando siempre la objetividad de argumentos para evitar consecuencias jurídicas negativas hacia el Estado a futuro. La información mediante un lenguaje coloquial y de fácil entendimiento debe proporcionar a la comunidad, pueblo o nacionalidad insumos veraces, sobre los que puedan construir su voluntad de aceptar o rechazar la incursión en su territorio.

**Socialización:** Por otro lado, la socialización constituye en una mera exposición de argumentos, que tiende a inclinar el pensamiento de los receptores del mensaje a favor de las directrices propuestas.

El mismo numeral 7 del artículo 57 señala que la Consulta será un requisito *sine qua non* antes de realizar algún tipo de incursión en un territorio que pueda ser afectado ambiental o culturalmente a través de la extracción de los recursos, por otro lado señala que la responsabilidad recaerá sobre la autoridad competente, en este caso el Estado, siendo el único responsables de aplicar una consulta que cumpla con los preceptos en mención.

Ahora bien, una vez que se ha consultado de forma previa, libre e informada, es necesaria la respuesta la comunidad, lo que se denomina como “Consentimiento”, respecto de lo cual la Constitución se ha pronunciado así:

*“Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la Ley” (Asamblea Constituyente, 2008)*

Es decir, la Constitución prevé que la consulta será obligatoria, y se revestirá de eficacia cuando se aplique bajo las directrices de la carta suprema, sin embargo cuando abordamos el consentimiento, verificamos que no es vinculante para proceder o no con los planes de prospección, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables.

Pero ¿qué significa que el consentimiento no sea vinculante para proseguir o no con las etapas mineras o hidrocarburíferas?, pues expresa que la respuesta de la comunidad, pueblo o nacionalidad sobre la consulta no es de obligatoria aplicación para el Estado, y sobre él recae la decisión de ponderar si los beneficios son más trascendentes que la protección

integral de los territorios de los colectivos. Y es que esa falta de obligatoriedad del pronunciamiento de la comunidad es lo que ha generado malestar en quienes pertenecen a un pueblo indígena, pues consideran que ello atenta contra su derecho a la libre determinación, por otro lado, efectivamente hay un choque de intereses que fragua un conflicto de derecho, por una lado tenemos el deber de los ciudadanos a “promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular” (Asamblea Constituyente, 2008) y por otro lado tenemos el deber del Estado de “adoptar medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación” (Asamblea Constituyente, 2008), en consecuencia ¿cuál es la obligación que prevalece?, pues la respuesta necesita un criterio valorativo, ya que ambas constituyen responsabilidades irrenunciables, que deben ser cumplidas en razón del respeto y obediencia a la Constitución.

Sin embargo, cuando vemos esta colisión de obligaciones debemos tener claro las razones de por qué debe prevalecer una ante la otra, sin que ello obste en la violación de un derecho, razón por la cual el Estado (sobre quien recae la responsabilidad final de decisión sobre dar paso o no a un proceso que implique una intromisión a territorios habitados por comunidades indígenas) debe ponderar qué beneficia más al colectivo. En la mayoría de ocasiones el Estado opta por legitimar el proceso y dar paso a los proyectos, pero ello obligadamente se debe adoptar medidas afirmativas que tutelen los derechos de los pueblos indígenas, en la medida de que no se vulneren derechos colectivos o individuales a raíz de la intromisión en territorios de los pueblos indígenas.

Como había mencionado en líneas anteriores la consulta está contemplada bajo dos modalidades, y la segunda se encuentra estipulada en el mismo artículo, en el numeral 17, el cual señala:

*“Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos” (Asamblea Constituyente, 2008).*

Este tipo de consulta deja un campo más abierto sobre los asuntos que pueden afectar los derechos de los colectivos, es decir, la Constitución contempla un extenso abanico de derechos que les corresponde a los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, los cuales deben ser garantizados y respetados al momento de generar las leyes jerárquicamente inferiores del Estado, sin embargo puede darse el caso en el que en un proyecto de ley no se aplique el principio de constitucionalidad y convencionalidad sobre los derechos que les corresponde, por lo que resulta necesario que se los consulte sobre los asuntos que

efectivamente los lleguen a afectar, para que ellos planteen su postura, alternativas y voluntad sobre los argumentos puestos en su conocimiento.

Una vez entendidos los dos mecanismos de consulta en los derechos colectivos, es necesario determinar a plenitud la responsabilidad del Estado sobre la ejecución de la Consulta, al respecto el artículo 398 señala:

*“Art. 398.- Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley” (Asamblea Constituyente, 2008)*

La primera frase del artículo en mención tiene clara relación con las dos clases de consulta analizadas previamente, por lo que se recalca el deber objetivo del Estado de garantizar la consulta, sin embargo el artículo ya es claro en determinar que no corresponde a la empresa realizar el proceso de consulta, sino al Estado, es decir, la empresa puede realizar una consulta, pero no suplirá a la que el Estado deba realizar bajo las directrices constitucionales.

El presente artículo refuerza lo que se señala en los derechos colectivos sobre el “consentimiento”, pues recalca que la decisión final sobre la exploración y explotación de los recursos recae sobre el Estado, y no sobre los consultados, pues su opinión, voluntad o postura constituye una mera posición que valorará la autoridad competente al momento de resolver la procedibilidad del proyecto.

### **3.2. Ley de Participación Ciudadana**

La Ley de Participación Ciudadana ha dedicado un capítulo que vislumbra ciertas inquietudes que han quedado ambiguas en la Constitución en lo que respecta a la consulta previa, al respecto el artículo 81 señala:

*“Consulta previa libre e informada.- Se reconocerá y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubio, el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable...a través de sus autoridades legítimas, participarán en los beneficios que esos proyectos reportarán; así mismo recibirán indemnizaciones por los eventuales perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento del sujeto colectivo consultado, se procederá conforme a la Constitución y la ley (Asamblea Constituyente, 2008)”.*

En la parte inicial el legislador ha determinado los mismos beneficiarios del derecho a la consulta que la Constitución, así como una casi transcripción literal de las características de la Consulta y sobre qué casos opera.

Sin embargo, hay algo que diferencia a este artículo con el 57.7 y 398 de la Constitución, y es que se prevé que el nexo entre el Estado y la comunidad para la participación de los beneficios será la autoridad del colectivo, es decir la que ancestralmente ha llevado las riendas del colectivo y a su vez ha sido elegido bajo los mecanismos adoptados por su gente.

Eventualmente la exploración y explotación trae consigo consecuencias positivas y negativas, en donde inminentemente se causará un daño cultural o ambiental en los territorios intervenidos, por lo que deberá existir una justa y proporcional indemnización a los pobladores afectados y con ello restablecer en parte el daño causado, empero algo que llama la atención es que no se establece el tipo de indemnización, ya puede ser entendida como económica, territorial, etc.

El artículo 82 de la Ley en mención prevé:

*“Art. 82.- Consulta ambiental a la comunidad. - Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, para lo cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes” (Asamblea Constituyente, 2008)*

Algo importante que se señala en este artículo es que la consulta no se debe aplicar solo cuando se pretenda realizar actividades de exploración o explotación de recursos naturales no renovables, sino también cuando el Estado por sí o por particulares autorizados, realicen actividades que tiendan a alterar la estructura natural del ambiente.

Nuevamente se reitera el deber objetivo del Legislador y las autoridades competentes de aplicar los convenios internacionales ratificados por el Estado así como los derechos fundamentales de la Constitución.

El capítulo destinado a la Consulta en la Ley de Participación Ciudadana culmina sus preceptos con el artículo 83, el cual dice:

*“Art. 83.- Valoración.- Si de los referidos procesos de consulta deriva una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente argumentada y motivada de la instancia administrativa superior correspondiente; la cual, en el caso de decidir la ejecución, deberá establecer parámetros que minimicen el impacto sobre las comunidades y los ecosistemas; además, deberá prever métodos de mitigación, compensación y reparación de los daños, así como, de ser posible, integrar laboralmente a los miembros de la comunidad en los proyectos respectivos, en condiciones que garanticen la dignidad humana” (Asamblea Constituyente, 2008).*

El artículo prevé los parámetros mínimos bajo los cuales se regirá la autoridad competente en el momento de valorar la posición del colectivo a través de la consulta, frente al plan de exploración y explotación, en donde se recalca que la decisión final recae sobre el Estado, por lo que subjetivamente entendemos que el consentimiento carece de obligatoriedad para la adopción de la decisión final, es decir, no es vinculante

Y es que la falta de obligatoriedad por parte de los Estados sobre la decisión adoptada por los pueblos ha constituido fuente de múltiples debates, pues nace una interrogante ¿se tutela la libre determinación del pueblo cuando el Estado puede imponer un modo de vida alienado a causa de una intromisión en territorios habitados por pueblos indígenas?, y la respuesta no es tan fácil de dilucidar, pero si tenemos insumos para realizar una valoración objetiva.

Cuando pensamos en un proyecto extractivo en el territorio del país se nos vienen dos cosas a la cabeza, primero los réditos económicos y segundo las consecuencias ambientales, claro

está, depende con quién hablamos para determinar el orden de importancia; sin embargo, lo cierto es que cuando el yacimiento se encuentra delimitado una se acompañará de la otra necesariamente, ante ello tenemos ciertas luces que se ven venir en la Constitución. El artículo ochenta y tres de la Constitución determina los deberes y responsabilidades de los ecuatorianos, siendo una de ellas *“promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular”* (Asamblea Constituyente, 2008), en consecuencia, si bien es cierto el bien común existe en la decisión que adopta la comunidad, frente al Estado este bien común se convierte en particular, por lo que la posición del Estado entendida como todas las personas que lo componen prevalece a la decisión del pueblo indígena.

Por otro lado, la misma constitución prevé en el artículo 57. 4 que los pueblos tienen el derecho *“de conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisible”* (Asamblea Constituyente, 2008), derecho igualmente tutearle, el cual Estado debe velar por su cumplimiento, ahora bien, es claro que nos encontramos frente a un choque de derechos, sin embargo para no caer en falacias es preciso señalar el contenido del artículo 11.6 de la Constitución el cual señala que *“todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”* (Asamblea Constituyente, 2008), es decir todos los derechos y principios contemplados en la Constitución tienen la misma importancia y no son categorizados. Sin embargo, es claro que estamos frente a la *“Ponderación”*, a lo que Robert Alexy considera que *“los principios y las reglas se diferencian en el tipo de discurso utilizado para resolver los conflictos internormativos que surgen cuando dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios”* (Jiménez, 2009, p.7), es decir adoptar tal o cual medida inminentemente acarreará resultados distintos.

En este caso, recae el deber de *“Ponderar”* o *“Valorar”* sobre el Estado, tal como lo determina el artículo 83 de la Ley de Participación Ciudadana (raíz de este análisis) *“Si de los referidos procesos de consulta deriva una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente argumentada y motivada de la instancia administrativa superior correspondiente”* (Asamblea Constituyente, 2008), en consecuencia si bien es cierto hemos referido que constitucionalmente todos los derechos y principios son de igual jerarquía ello no significa que cuando estos se encuentren en conflicto no se debe realizar un proceso de valoración que permita adoptar la mejor solución.

Generalmente los Estados optan por dar paso a las incursiones extractivas y viabilizar sus procesos, a objeto de incrementar sus arcas económicas y con ello inyectar recursos al país, con el afán de poder tutelar los derechos de todos los ciudadanos, esto no significa que los derechos de los pueblos indígenas quedan en la indefensión, pues debe acogerse con la mayor responsabilidad los argumentos señalados por los pueblos indígenas y así poder generar procesos de mitigación, compensación y reparación de los daños, en base a la cosmovisión del pueblo afectado, pues es bien sabido que su vínculo con sus territorios va más allá de lo material, llegando a lo espiritual, lo que conlleva a tener un correcto manejo de planes, medidas y acciones afirmativas que minimicen dicho impacto

### **3.3. Reglamento Para La Ejecución de la Consulta Previa, Libre e Informada en los Procesos de Licitación y Asignación de Áreas y Bloques Hidrocarburíferos.**

La Asamblea Constituyente en el año 2008 contemplo en el abanico de derechos constitucionales a la Consulta Previa como un derecho de naturaleza y acción colectiva, sin embargo, como toda normativa sustantiva, para ser aplicada necesita una norma adjetiva que la efectivice, en ese sentido en el año 2012 el Presidente Constitucional de la República expidió el “Reglamento Para La Ejecución de la Consulta Previa, Libre e Informada en los Procesos de Licitación y Asignación de Áreas y Bloques Hidrocarburíferos”, a través de la cual se busca reglamentar el proceso de consulta previa en la extracción de recursos Hidrocarburíferas mediante :

#### **3.3.1. Mecanismos de Participación:**

La Constitución, la Ley de Participación Ciudadana, los convenios internacionales y pronunciamientos de organismos competentes en materia de derechos humanos prevén mecanismos y recomendaciones para que los gobiernos tracen los caminos idóneos para plasmar la voluntad de los pueblos frente a la extracción de recursos no renovables en su área de influencia directa o indirecta, por lo que el presente reglamento ha condensado esa información en el presente reglamento, reconociendo en su artículo 13 entre otros los siguientes mecanismos:

a) Audiencias, reuniones, mesas ampliadas y foros públicos, mesas ampliadas y foros públicos de diálogo: El objeto de estos tipos de contactos directos entre la comunidad y los agentes Estatales es que los asistentes puedan expresar sus inquietudes, temores, dudas y posiciones frente a la intromisión en su territorio, recordemos que no basta con realizar una mera exposición de argumentos por parte de los agentes Estatales, pues la voz del pueblo es

el mandato del Estado, tal como lo señala el artículo uno de nuestra Constitución “la soberanía del Estado radica en el pueblo”, por lo que se debe a ella.

b) Talleres de información y socialización: Los talleres buscan instruir o transmitir un mensaje a través de recursos metodológicos adecuados, los cuales deberán ser seleccionados conociendo al grupo al que nos vamos a dirigir, y con ello saber cuáles serán los más efectivos.

c) Campañas de difusión: Es necesario que se utilicen todos los medios de comunicación al alcance de la comunidad para difundir un mensaje objetivo, oficial, técnico y coloquial de lo que implica una intromisión en su territorio.

d) Acceso de la comunidad a la información: El fomento y utilización de todos los medios de comunicación al alcance de la comunidad para conocer las consecuencias de una incursión en su territorio, así como los efectos sociales, culturales o ambientales.

e) Reparto de documentación informativa: La cual necesariamente debe utilizar un lenguaje coloquial, a objeto de que el pueblo pueda conocer ciertamente la razón, causa y efectos de una incursión en su área de influencia directa o indirecta

f) Información en páginas web institucionales: En la Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos se consideró que *“es indispensable que el Estado ecuatoriano cuente con herramientas jurídicas que le permitan el uso de los servicios electrónicos”* (Congreso Nacional, 2002, p.1), es decir, la globalización exige que tanto el Estado como los particulares hagamos uso de las herramientas tecnológicas que se encuentran disponibles a nuestro alcance, a su vez cada organismo de los detallados en la Constitución en el artículo 225 tiene la obligación de contar con una plataforma institucional informática, en este caso el ente rector es el “Ministerio de Hidrocarburos” quien entre otros deberá proporcionar en su página web toda la información inherente al proceso hidrocarburífero en el sector.

g) Centro de información Pública: Es importante recordar que la información no puede ser proporcionada de forma efímera a través de una socialización conversatorio o difusión por medios de comunicación, pues las dudas nacen al compás de los días, las cuales serán absueltas por el agente estatal (pues recae sobre el Estado la obligación de realizar el proceso de consulta previa, libre e informada) de la oficina de consulta. Dicha oficina de consulta socializará a su vez los ejes de desarrollo aprobados por el Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, los que se enmarcarán en la protección social, salud, educación, habitad, agua y saneamiento.

El reglamento en su artículo uno también señala que es necesario determina cuáles son los actores que intervendrán en el proceso, a lo cual el artículo 7 concordantemente señala: *“Los procesos de consulta previa se dirigirán a nacionalidades indígenas que se encuentren*

*asentados dentro de las áreas de influencia*" (Nacional A. , 2012), es decir el Estado tiene la obligación de realizar la consulta a quienes se vean directa o indirectamente afectados por las actividades de explotación de recursos no renovables, ya sean quienes habiten en la zona donde se ubica el yacimiento o los pueblos cercanos donde habrá cambios, entre otros con sus recursos hidrocarburíferos y nuevas vías de acceso. El mismo artículo señala que este proceso se apegará a los "principios de legitimidad y representatividad" (Nacional A. , 2012), es decir, reconocer tanto a las autoridades gubernamentales elegidas por votación popular, como a quienes cumplen un rol de representatividad en razón su papel social, cultural y ancestral. Recaerá la responsabilidad de certificar a los sujetos de la consulta sobre el "Supervisor del Proceso", quien tendrá el deber de verificar mediante estudios técnicos, científicos y objetivos quienes se encuentran dentro del área de influencia directa o indirecta.

### **3.3.2. Beneficios sociales que podrán recibir las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultadas.**

Una vez determinado el yacimiento, el Estado tiene la certeza de que a través de la extracción se obtendrán beneficios económicos para sí, a través de las regalías, es necesario que se dé a conocer los beneficios sociales que podrán recibir las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultadas, responsabilidad que recae sobre los "Facilitadores Socio- Ambientales del proceso", tal como lo determina el artículo 10 del reglamento en mención, quien deberá facilitar el proceso de Consulta, aplicando los mecanismos que he señalado anteriormente, a su vez tiene el deber de ofrecer información minuciosa de los beneficios sociales que tendrá para el Estado, señalando cuáles serán las medidas de compensación y mitigación social para sopesar los inminentes daños generados a causa de la extracción.

Los beneficios señalados por el Facilitador deberán guardar armonía con el artículo 408.2 de la Constitución, el cual determina que *"el Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota"* (Asamblea Constituyente, 2008).

Ahora bien, desarrollar normativamente las presentes disposiciones a la luz de un reglamento constituye un duro golpe a la tutela del derecho a la consulta previa, para ello nos trasladamos brevemente al artículo 425 de la Constitución, el cual sitúa a los reglamentos por debajo de *"la Constitución, tratados y convenios internacionales, las leyes orgánicas, las leyes ordinaria, las normas regionales, las ordenanzas distritales y los decretos"* (Asamblea Constituyente,

2008), razón por la cual jurídicamente hablando debe entrelazarse con ellas para ser desarrollada. No obstante, del estudio realizado se desprende que en Ecuador a la fecha no existe una Ley que regule y desarrolle el derecho a la consulta previa, por lo que generar un reglamento a la luz directa de la Constitución y sin un camino (una ley) que lo viabilice estamos incurriendo en un desarrollo jerárquico incorrecto. En Estados como el peruano, se ha tomado muy en cuenta la necesidad de un desarrollo legislativo del derecho a la consulta previa a la luz de una Ley, por lo que expidieron en el 2011 la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios.

Pero, ¿cuál es la inconveniente de que se desarrolle a la Consulta previa a la luz de un reglamento y no de una ley?, y bueno, se debe a los efectos, pues son varios, debido al alcance y naturaleza de cada uno. El reglamento son meros caminos procedimentales, conocidos en el léxico jurídico como normas adjetivas, a través de las cuales se hace efectiva una ley. Según el artículo 147.13 de la Constitución es atribución del Presidente de la República “*expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenir las ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración*” (Asamblea Constituyente, 2008), lo que significa que el reglamento no es más que disposiciones jurídicas dictadas por la el Jefe de Estado.

El reglamento resulta entonces ser una “*disposición administrativa de carácter general y de rango inferior a la ley*” (Superior, p.1), dentro de la cual se establecen los caminos óptimos para viabilizar una Ley, pero si no existe tal Ley ¿es posible la validez del reglamento?, y bueno, la respuesta es que sí, pero el problema radica en que no podrá plasmar efectos reales, que deberían estar definidos en la Ley, en consecuencia, debe existir primero una Ley para poder generarse un reglamento que lo permita plasmar procesalmente.

Desarrollar a la consulta previa a la luz de una ley resulta ser inminentemente necesario para que se pueda mandar, prohibir o permitir diferentes acciones u omisiones que tiendan a tutelar este derecho así como “*regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales*” (Asamblea Constituyente, 2008), lo que evidentemente permitiría plasmar de mejor manera el desarrollo legislativo del derecho a la Consulta previa, libre e informada.

Pero ¿por qué es tan importante que se desarrolle este derecho a la luz de una Ley?, como lo mencioné anteriormente, es por los efectos, pues “*la ley es una declaración de la voluntad soberana que manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite*”

(Nacional C. , 2005), a través de la cual se construyen las bases que permitan desarrollar a posteriori un reglamento.

Recae entonces el deber sobre la Asamblea Nacional de desarrollar una Ley de Consulta previa, libre e informada, a objeto de vislumbrar este vacío legislativo, y garantizar una efectiva tutela del derecho colectivo de los pueblos indígenas a ser consultados en forma previa, libre e informada.

### **3.4. Fallos Judiciales relativos al derecho a la Consulta Previa y derechos de los Pueblos Indígenas**

En Ecuador el derecho a la consulta previa no se encuentra desarrollado a plenitud, motivo por el cual no se ha desarrollado jurisprudencia relativa a este derecho; sin embargo, existen algunos fallos relativos a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, los mismos que serán detallados a continuación y servirán de base para dar a conocer con mayor profundidad el alcance jurisprudencial de estos derechos en el marco nacional:

#### **3.4.1. Sentencia del Tribunal Constitucional Nro. 459-2003-RA.**

El estudio de esta sentencia se funda en el análisis que realizó el Tribunal Constitucional en el año 2004, en lo relativo a la posible violación al derecho a la consulta previa al subastarse concesiones mineras dentro de territorios indígenas, siendo así que se estudian las posturas del Estado y de los accionantes y se hace un breve estudio de la importancia de consultar a una comunidad sobre las decisiones estatales que pueda repercutirles.

Sobre los antecedentes de este fallo encontramos que el 12 de mayo de 2003 los señores Auki Tituaña Males y Milton Fonseca Troya, Alcalde y Procurador Síndico del Municipio de Cotacachi, presentaron una demanda de amparo constitucional en contra del acto administrativo emitido de fecha 15 de agosto de 2002, dentro del cual se adjudica el derecho preferente al oferente ganador de subasta de la concesión minera en la Cordillera de Toisán, ubicada en la zona de Intag, Cantón Cotacachi, provincia de Imbabura.

En los fundamentos de hecho, los accionantes señalaron que no se ha tomado en cuenta la participación de la comunidad, y el Estado se ha limitado solamente a informar sobre las decisiones adoptadas sobre actos que inminentemente los afectarán. Se argumentó que la

falta de participación de las comunidades en la toma de decisiones atenta contra el respeto a su hábitat y principio de buena fe.

Por otro lado, la representación del Estado mencionó que la acción de amparo es improcedente por cuanto al haber transcurrido más de ocho meses no se da a notar la existencia de un daño inminente. El Estado señala que adjudicar la concesión a la mejor oferta, no se atenta contra el interés comunitario, pues se ha actuado con estricto apego a la Constitución, Ley de Minería, su Reglamento General y la ley.

Con los argumentos de las partes el Tribunal Constitucional se pronunció de manera dividida, por un lado con una posición que ratifica lo señalado por el Estado y recalca la existencia de un adecuado procedimiento con estricto apego al derecho, y por otro lado una posición que señala vicios dentro del proceso que acarrearán la inconstitucionalidad del acto del 15 de Agosto de 2002.

Dentro de los argumentos de la presente sentencia, el Tribunal Constitucional (2004) destaca que *“no existe la protección del derecho de la comunidad en los términos que establece la Constitución en su artículo 88”* (p. 3). Esta consideración resulta de trascendental importancia, pues en base a los elementos de convicción puestos a la disposición del Tribunal no se desprende que efectivamente se haya tutelado el derecho del pueblo de Cotacachi a ser consultado sobre las acciones que inminentemente los afectaren.

Igualmente, el Tribunal Constitucional (2004) sobre la participación de las comunidades indígenas dice:

*“que si bien es cierto que el Reglamento Ambiental para Actividades Mineras contempla un programa de difusión del Estudio de Impacto Ambiental parece ser más un mero informativo antes que un verdadero proceso de comunicación interactiva con la comunidad en los asuntos medio ambientales que puedan afectarle”* (p. 6)

A pesar que no señala con exactitud sobre el derecho a la consulta previa, se están tomando los primeros pasos para determinar que la participación de los pueblos indígenas es fundamental dado a que se buscan espacios de diálogo, en donde se utilicen recursos metodológicos a objeto de lograr entendimientos. Asimismo, sobre la participación activa el Tribunal dice que:

*“no es suficiente con informar a la comunidad las decisiones sobre los actos que podrían afectarlos, sino que es necesario buscar la participación de la comunidad, comunicación que debe darse respetando su hábitat y diálogo de buena fe con sus máximos personeros y no solamente con una parte de ellos” (2004)*

Es decir, el Estado debe garantizar que se tomen las medidas adecuadas que permitan llegar a un entendimiento claro de lo que resulta una incursión en sus territorios, pues el Estado debe adaptarse a la comunidad, y no viceversa. El contacto con los líderes comunitarios resulta clave para un desarrollo legítimo de la consulta, pues no se puede generar procesos arbitrarios que plasmen la voluntad de solo un grupo y no los intereses de la comunidad afectada.

Con los argumentos de los Jueces se resolvió finalmente confirmar la resolución venida de grado inferior y en consecuencia conceder la acción de amparo constitucional propuesta por los representantes legales del Municipio de Cotacachi por ser procedente.

Dentro de esta sentencia es posible evidenciar uno de los significativos avances dentro de la jurisprudencia ecuatoriana al dar los primeros criterios referentes a la necesidad de consultar previamente a una comunidad al ejecutarse proyectos que puedan afectarle, incluso se debe resaltar que el mismo Tribunal exhorta al Estado a buscar mecanismos de diálogo antes de llegar a realizar proyectos que afecten su modo de vida.

#### **3.4.2. Sentencia de la Corte Constitucional No. 113-14-SEP-CC o caso “La Cocha”.**

Dentro de la presente investigación he considerado pertinente un análisis del precedente jurisprudencial del caso la Cocha, ya que a pesar de que no analiza el derecho a la consulta previa, constituye un pronunciamiento vinculado a la tutela de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, pues en él se propugnan directrices sobre los límites del derecho a la libertad de autodeterminación del pueblo indígena versus la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, lo que evidentemente incluye el ámbito penal.

Es por ello que resulta trascendente asentar nuestras bases investigativas un momento sobre este caso para con ello tener un conocimiento más preciso sobre cómo el Estado ecuatoriano a través de sus entidades y organismos competentes se ha pronunciado frente a las peticiones

indígenas que demandan un respeto a su modo de vida en comunidad, costumbres ancestrales y justicia autónoma e independiente, desarrollándose los antecedentes como se desglosa a continuación.

Constituye un fallo constitucional basada en la acción extraordinaria de protección presentada en el año de 2014 por el señor Víctor Olivo, hermano de una víctima de asesinato dentro de la comunidad de Panzaleo. El accionante argumentó que los supuestos asesinos ya fueron procesados a través de la justicia indígena a pesar; sin embargo, fueron detenidos por la justicia ordinaria por más de un año por la justicia ordinaria, lo que a criterio de los accionantes constituía una evidente violación de los derechos del autor material al haber sido éste sancionado dos veces sobre el mismo hecho.

Esta sentencia marcó un precedente en la división entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, puesto que la Corte Constitucional estableció en la administración de justicia de los pueblos, comunidades y territorios no actuaría cuando se atente el derecho a la vida, es decir, no se desconoce la legalidad y legitimidad de los actos y pronunciamientos emanados por la justicia indígena como medio para resolver conflictos sociales dentro de la comunidad, pero sí se establece un límite en cuanto a las acciones que tiendan a resolver conflictos por afcción del bien jurídico de la vida, en cuyo caso la única vía que se reviste de legalidad y legitimidad para actuar es la vía de la justicia ordinaria, a través de los administradores de justicia, ministerio público y el conjunto del aparataje Estatal.

En el presente caso a pesar de que no se relaciona en mayor parte sobre la consulta previa, ha tratado a breves rasgos sobre los derechos colectivos de las comunidades indígenas, sobre este aspecto la Corte Constitucional (2014) dice lo siguiente:

“(…)el principio de unidad del Estado o Estado unitario refiere a una nación dirigida por un gobierno central, con poderes plenos sobre el territorio nacional y con una democracia sustentada en la ciudadanía única, sin que aquello implique restricciones a los derechos colectivos de cada grupo étnico y al sentimiento de pertenencia de las personas a una comunidad étnico-cultural determinada.” (p.12)

Se reconoce que en un Estado que se encuentra dirigido por un gobierno central, debe respetar las garantías constitucionales en un marco plurinacional y pluricultural de derechos, respetando los derechos colectivos inherentes a las comunidades indígenas y reconociendo su sentido de pertenencia que se manifiesta a través de su modo de vida ancestral y sus

costumbres autóctonas, pronunciamiento que constituye un logro en el camino hacia una tutela efectiva del Estado ecuatoriano por los derechos colectivos de los pueblos indígenas, sin que ello implique que los dichos colectivos se manejen bajo principios y normas contrarias a la Constitución y normas de la República, ya que ello implicaría un Estado dentro de otro Estado. De manera que cuando analizamos cuestiones que impliquen el análisis de la existencia u omisión de un adecuado proceso de consulta previa, libre e informada se deberá tomar muy en cuenta si el Estado adoptó o no medidas positivas que amparen en lo posible la protección del vínculo de los pueblos con su territorio y cultura étnica y a la par no existan restricciones arbitrarias que pretendan menoscabar y desvalorizar la auto-determinación del pueblo indígena.

Igualmente en esta sentencia se busca reconocer las instituciones propias de la comunidad, es decir que se establece el respeto que debe existir hacia la justicia indígena en la resolución de conflictos internos, lo que es directamente relacionado al derecho del pueblo indígena a auto-determinarse en base a su cultura ancestral, y en caso de la consulta previa aún más importante, pues al momento de que el Estado realice un acercamiento formal con la comunidad, deberá hacérselo a través de las autoridades representativas, reconocidas como tal por el pueblo indígena.

### **3.4.3. Sentencia de la Corte Constitucional Nro. 001-10-SIN-CC.**

La consulta previa doctrinariamente ha sido profundizada desde un punto extractivo, sin embargo, como he señalado anteriormente también existe la consulta previa de carácter pre-legislativo, que pretende que los pueblos indígenas no se vean desprotegidos y desconocidos de los cambios legales que inminentemente los afectaren, bajo estas circunstancias es que se desarrollan los hechos en el presente caso analizado.

El presente fallo constitucional versa sobre el derecho a la consulta previa en una medida de carácter legislativo. En el año de 2007, la Corte Constitucional para el período de transición avocó conocimiento de dos acciones de inconstitucionalidad de la Ley de Minería, dichas causas fueron acumuladas en una sola causa. Los accionantes manifestaron que esta normativa atenta sus derechos colectivos de los pueblos indígenas y que no se ha respetado el derecho a la consulta previa y pre-legislativa.

Sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas del Ecuador, la Corte Constitucional (2010), manifiesta lo siguiente que *“los derechos colectivos dotan a la colectividad de*

*facultades que les permiten defender su existencia como grupo y su autonomía*” (p.28) razón por la cual a las comunidades indígenas se les reconoce la facultad de exigir el reconocimiento y el cumplimiento de sus derechos colectivos sobre circunstancias que sean provocadas por cualquier persona o colectividad que vulnere sus garantías, en concordancia con las normas de un Estado plurinacional de derechos.

La Corte Constitucional diferencia a la consulta pre-legislativa con la consulta previa por su aplicación; es decir, este último derecho se debe realizar en aquellas actividades administrativas de recursos en territorio indígena que pueden afectar su modo de vida, mientras que la consulta pre-legislativa se aplica ante medidas legislativas que afecten cualquiera de los derechos colectivos de una comunidad indígena. Además, se enfatiza que el art. 6 del Convenio 169 de la OIT es un “*marco genérico de regulación de consultas previas*” (p.30), por lo que la consulta es un mecanismo de participación y el cumplimiento de este derecho es un requisito sine qua non para cualquier tipo de medidas que puedan causar impacto en los derechos colectivos.

La Corte Constitucional establece la obligación del Estado de implementar un debido proceso de consulta previa e informada a las comunidades indígenas que podrían ser afectadas por actividades de carácter minero dentro de su territorio, de conformidad al Art. 57, numeral 7 de la Constitución del Ecuador; en el caso de la aplicación de la consulta pre-legislativa, la Corte indica que se deben cumplir con tres requisitos: a) Debe ser dirigida a las comunidades indígenas previo a la adopción de una disposición legislativa; b) la consulta pre-legislativa no se equipara a la consulta previa o la consulta ambiental; c) los pronunciamientos de las comunidades indígenas tienen que referirse de manera objetiva a sus derechos colectivos (Sentencia Nro. 001-10-SIN-CC sobre inconstitucionalidad de la Ley de Minería, 2010, p.39). Dentro de estos requisitos destaca la obligación de realizar más de un tipo de consulta, según las medidas a aplicarse, ya que estas consultas a pesar de que cumplen con el requisito de informar a las comunidades indígenas, no versan sobre los mismos efectos de las medidas que se puedan afectar sus derechos colectivos y su aplicación no es un requisito formal sino sustancial.

En esta sentencia se analizan los procedimientos para realizar la consulta pre-legislativa, tales como las entidades a cargo de realizar esta consulta, a quienes deben consultarse y cómo debe ser aplicada. Finalmente, la Corte Constitucional no aceptó la acción de inconstitucionalidad, señalando que a pesar que la Ley de Minería fue aprobada y aplicada sin realizarse de la consulta pre-legislativa, la Asamblea Nacional al implementar mecanismos

de participación e información continua no realizó ninguna acción inconstitucional puesto que no existía un cuerpo normativo que regule los parámetros de aplicación de la consulta pre-legislativa, lo cual constituyó una ambigua motivación, pues para aquel entonces ya existían obligaciones constitucionales sobre los hombros de los legisladores, quienes debían aplicar lo establecido en la Constitución referente a la Consulta pre-legislativa sin necesidad de que encuentre ello desarrollado dentro de una norma adjetiva. La Asamblea Nacional si contó con todos los insumos legales necesarios para realizar un adecuado proceso de consulta, pudiendo seguir directrices como las previstas por la Corte Constitucional o las desarrolladas a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La omisión de la Asamblea Nacional significó un precedente obscuro de la tutela de los derechos colectivos, pues situaciones como esta no hacen más que generar inseguridad jurídica y problemas sociales que acarrearán consecuencias nacionales.

Dentro de este fallo es posible corroborar la importancia de respetar las instituciones propias de las comunidades indígenas, pese a ello existe una contradicción en lo referente a inadmitir la acción propuesta dado que la Corte Constitucional se basa en elementos formales para argumentar que no existió vulneración de derecho alguno.

## **CAPÍTULO IV**

### **4. METODOLOGÍA.**

La metodología constituye el camino mediante el cual se desarrolla un proceso ordenado y coherente de investigación, en éste sentido para lograr que la presente exploración doctrinaria haya contado con todos los insumos requeridos para su correcta validez he hecho uso de diversos métodos que serán explicados en líneas posteriores y que permitieron cumplir con los siguientes objetivos:

#### **4.1.1. Objetivos.**

##### **• Objetivo general**

Analizar los estándares internacionales de la consulta previa y su aplicación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

##### **•Objetivos específicos**

Analizar el concepto sociológico de la Consulta Previa

Estudiar cuales son los estándares internacionales de la Consulta Previa

Evaluar la implementación formal de la consulta previa a la luz de los estándares internacionales de Derechos Humanos En El Ecuador.

#### **4.1.2. Hipótesis/ Pregunta De Investigación.**

La consulta previa dentro de nuestro país deberá ser reflejo de los estándares internacionales de derechos humanos, una correcta creación de normativa interna, permitirá aplicar los procedimientos claros para aplicar este derecho con el fin de evitar los conflictos entre el Estado y las personas indígenas.

#### **4.2. Método Comparativo.**

El presente método ha sido usado a lo largo de los tres capítulos del presente trabajo investigativo. Desde el primer capítulo se abordaron diversos tratados internacionales en aras de determinar los logros alcanzados en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, además se analizaron las legislaciones relevantes e históricas de los Estados a través de las cuales se evidencia el desconocimiento de los derechos colectivos, así como los pasos adoptados para reconocerlos, normativas como el Acta de la Federación

de Nueva Granada, la Constitución de Venezuela de 1811, la Constitución Mexicana de 1917, entre otras.

Dentro del segundo capítulo, al analizar los Estándares Internacionales de la Consulta Previa, se abordó información relativa a la normativa internacional y principios de Derechos Humanos vinculantes a mi investigación. Se tomaron en cuenta los estándares fijados por el Sistema Universal de Protección de Derechos, así como el Convenio 107 y el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Declaración de Río Sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Convención Americana de Derechos Humanos y el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Una vez desarrollados los aspectos normativos en un contexto internacional se abordó un análisis centrado en la “implementación de los estándares en el Ecuador”, se compararon los principios y derechos establecidos entre la Constitución de la República del Ecuador, la Ley de Participación Ciudadana, el Reglamento para la Ejecución de la Consulta Previa informada en los procesos de Licitación y Asignación de Áreas y Bloques Hidrocarburíferas con lo desarrollado en el contexto supra-nacional.

Gracias a este análisis comparativo fue posible llegar a un conceso relativo a los derechos de los pueblos indígenas y la aplicación del mismo dentro del territorio ecuatoriano.

#### **4.3. Método Cualitativo**

El presente método se desarrolló través del análisis a diversos estudios doctrinarios en materia de Derechos Humanos y de los Pueblos Indígenas, con aportes significativos como la de la Dra. Raquel Fajardo, Dr. Francisco Santos, Dr. Juan Antonio Cruz Parceró, Dra. Lucía Gaete, Carlos Parra Dussan, Carlos Gloria Amparo Rodríguez, entre otros, por otro lado identifiqué sentencias jurisprudenciales vinculantes al presente estudio, las cuales han contribuido a identificar a los sujetos que deben ser parte en proceso de la consulta previa.

Los tratados de derecho internacional que permitieron determinar en qué sentido la consulta previa es un derecho fundamental para las personas que pertenecen a las comunidades indígenas. A través de esta metodología en base a la doctrina jurídica y normativa legal, los pasos a seguir por parte del Estado para realizar una consulta previa efectiva.

Al analizar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que desarrollaron precedentes en el desarrollo del derecho a la Consulta Previa, así como también los Informes del Comité de Derechos Humanos, se generaron insumos para alcanzar concepciones claras de cuál es la correcta tutela que deberían asumir los países.

Por otro lado, se estudiaron los pronunciamientos del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas y se abordaron fallos jurisprudenciales ecuatorianos como las sentencias N° 001-10-SIN-CC O, o la No. 113-14-SEP-CC, todo lo dicho en aras de determinar por un lado cuál es la correcta tutela del derecho a la consulta previa y por otro lado la aplicación por parte del Estado ecuatoriano.

## CONCLUSIONES

- A lo largo de la historia a resultado difícil llegar a una aproximación conceptual objetiva respecto de los pueblos indígenas, así como saber qué colectivos se engloban dentro de él; sin embargo, los avances de los estándares internacionales ha permitido llegar a consensos ampliamente aceptados entre los Estados miembros en cuando a las definiciones.
- Previo a obtener el reconocimiento de derechos colectivos, los pueblos indígenas fueron objeto de sistemáticas arbitrariedades, como la imposición de una religión ajena a su cosmovisión, despojo forzoso de sus territorios y desconocimiento de sus representantes legítimos o raíces ancestrales, situaciones que los relegaron a un segundo plano, y su vez en una mera fuente de riquezas para las altas élites.
- La consulta previa es un auténtico mecanismo de participación que debe cumplir con los principios desarrollados por estándares internacionales de derechos humanos.
- Del estudio de casos se desprende que la motivación de la Corte Constitucional no realiza con una adecuada valoración, pues existe sentencias como la Nro. no se hizo uso de los estándares internacionales de derechos humanos, al limitarse el Tribunal Constitucional a señalar que la acción de inconstitucionalidad era improcedente, por cuanto no existieron parámetros de aplicación de la consulta pre-legislativa para la Ley de minería.
- En nuestro país, la normativa referente a la consulta previa es el Reglamento para la ejecución de la consulta previa, libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferas, el mismo que constituye un avance significativo en la tutela efectiva del Estado del derecho colectivo a la Consulta Previa.

## RECOMENDACIONES

- Las Autoridades Competentes dentro de la administración de justicia deben hacer mayor uso de los insumos que proveen los estándares internacionales, en especial en materia de los derechos de los pueblos indígenas.
- La Asamblea Nacional debe adoptar las medidas necesarias, acorde a sus facultades, para desarrollar un proyecto de Ley de consulta previa, libre e informada, pues solo de esa manera podemos suplir el vacío legislativo, dado a que un Reglamento por su valor legal frente a una ley no permite el pleno ejercicio del derecho a la consulta.
- El desarrollo práctico del derecho colectivo a la consulta previa no se debe limitar a una mera socialización de proyectos ya adoptados dentro de las comunidades que se verán afectadas, sino a ser un verdadero templo de diálogo, en donde se recepten las ideas de los pueblos indígenas, y se las tome en cuenta, recordando su derecho a la libre determinación.
- Respecto de los pueblos indígenas no contactados, el Estado no debe realizar una intromisión forzosa a objeto de querer efectuar una consulta, lo recomendable sería hacer todo lo posible para evitar hacer uso de aquellos territorios en donde se encuentre estos pueblos en aislamiento voluntario.
- En razón del derecho a la libre determinación de los pueblos, el Estado ecuatoriano y los países que guardan una riqueza natural dentro de sus territorios deben adoptar medidas progresivas a favor de las comunidades, para que no solo constituya un requisito *sine qua non* realizar la consulta, sino también obtener el consentimiento de las comunidades afectadas.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Brackelaire, V. (2006). Pueblos Indígenas no contactados de Bolivia, un tesoro cultural sin protección. Rio de Janeiro, Brasil: Bolpress.
- Brackelaire, V. (2006). Situación de los últimos pueblos indígenas aislados en América latina (Bolivia, Brasil Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Venezuela). Brasilia .
- Cabanellas, G. (1993). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L.
- Cárdenas, F. A. (2013). A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CEACR. (2003). Obervación Individual sobre el Convenio 169. Paraguay.
- CEACR. (2005). Observación Individual sobre el Convenio 169. México.
- CEACR, C. d. (2000). Obervaciín Final a Australia. Australia.
- CEARC. (2003). Observación Ondividual sobre el Convenio 169 . Bolivia .
- Centro de Información de las Naciones Unidas. (2007). Cinu.org.mx. Obtenido de <http://www.cinu.org.mx/temas/dh/cdh.htm>
- CIDH. (2013). Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y contacto inicial en las Américas.
- CIDH. (2015). Pueblos Indígenas, Comunidades Afrodescendientes y Recursos Naturales: Protección de Derechos Humanos en el contexto de Actividades de Extracción, Explotación Y Desarrollo. OAS Cataloging-in-Publication Data.
- Comisión de Derechos Humanos. (2002). Informe del Grupo de Trabajo establecido de conformidad con la Resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos-Doc. ONU: E/CN.4/2002/98-. Nueva York: ONU.
- Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. (2005). Observación Individual sobre el Convenio 169. Ginebra: OIT.
- Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. (2005). Observación Individual sobre el Convenio 169 a Bolivia. Bolivia.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Audiencia ante la CIDH. Obtenido de <http://www.cidh.org/audiencias/137/18.mp3>

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Washington, D.C.: OAS.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. San José de Costa Rica: OAS Cataloging-in-Publication Data.
- Comité de Derechos Humanos. (2005). Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento de Guatemala del Convenio 169. Nueva York: ONU.
- Congreso de la República de Perú. (2011). Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Perú.
- Congreso Nacional. (2002). Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos. Ley No. 2002-67.
- Constituyente, A. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi, Ecuador.
- Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 23. (s.f.).
- Convenio 107 de la OIT. (s.f.).
- Corry, S. (2016). Expertos brasileños rechazan la postura de forzar el contacto con tribus aisladas. Survival International.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). Opinión Consultiva OC-22/16. Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Serie C No. 125
- Corte Constitucional del Ecuador (2014), Caso "La Cocha", 0731-10-EP.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs Paraguay, Serie C No. 125
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Serie C No. 172
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008), Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, interpretación de la sentencia, Serie C No. 185

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012), Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador, Serie C No. 245.
- Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierra ancestrales y recursos naturales, OEA/Ser.L/V/II (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 30 de Diciembre de 2009).
- Desarrollo, C. d. (1992). Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Rio de Janeiro, Brasil .
- Díaz, Á. P. (2014). La revisión inicial de peticiones por la Comisión Interamericana y la subsidiariedad del Sistema De Derechos Humanos. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso .
- Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas. (2005). Informe del Taller Internacional sobre Metodologías de Consentimiento Libre, Previo e Informado y Puavlos Indígenas. Nueva York: ONU.
- Gaete, L. (2012). El Convenio N°169 Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa. Revista Ius et Praxis, 77-124.
- Galvis Patiño, M. C. (2013). Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y a la propiedad comunitaria. Washington D. C.: Fundación para el Debido Proceso.
- Garavito, C. R. (2010). La Consulta Previa a Pueblos Indígenas, los estándares del derecho internacional. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, Universidad de los Andes.
- Grijalva, A. (2009). Introducción ¿Qué son los Derechos Colectivos? En M. d. Humanos, Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección. Quito: V&M Gráficas.
- Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2008). Directrices sobre asuntos de los pueblos indígenas. Nueva York: ONU.
- Humanos, C. I. (2013). Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y contacto inicial en las Américas.
- Humanos, C. I. (2016). Organización de los Estados Americanos. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp>

- Humanos, I. I. (2004). Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de Derechos Humanos .
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2006). Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas. San José : Masterlitho S.A.
- Ivanoff, S. (2015). La Propiedad Comunitaria Indígena. Expediente, 2-3.
- Jiménez, L. A. (2009). Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo. Revista para el Análisis del Derecho, 1-32.
- Ley 99. (1993). Colombia.
- Martínez, L. L. (2013). Modalidades de Cooperación Bilateral Europea con los Pueblos Indígenas de América Latina y Caribe, Reconstruyendo el término Indígena. Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación .
- Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. (2011). Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos . Nueva York: ONU. Obtenido de [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/finalreportStudyIPRightParticipate\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/finalreportStudyIPRightParticipate_sp.pdf)
- Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. (2012). Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones-A/HRC/EMRIP/2012/2--. Nueva York: Naciones Unidas.
- Mundial, E. d. (2004). Informe Final de la Reseña de las Industrias Extractivas.
- Nacional, A. (2012). Reglamento para la ejecución de la consulta previa, libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarbúricos. Ecuador.
- Nacional, C. (2005). Código Civil.
- Naciones Unidas Derechos Humanos, O. d. (2013). los pueblos indígenas y el Sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra.
- Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y el Desarrollo. (1992). Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Río de Janeiro: ONU.
- OEA. (1969). Convención Americana de Derechos Humanos. San José: OEA.

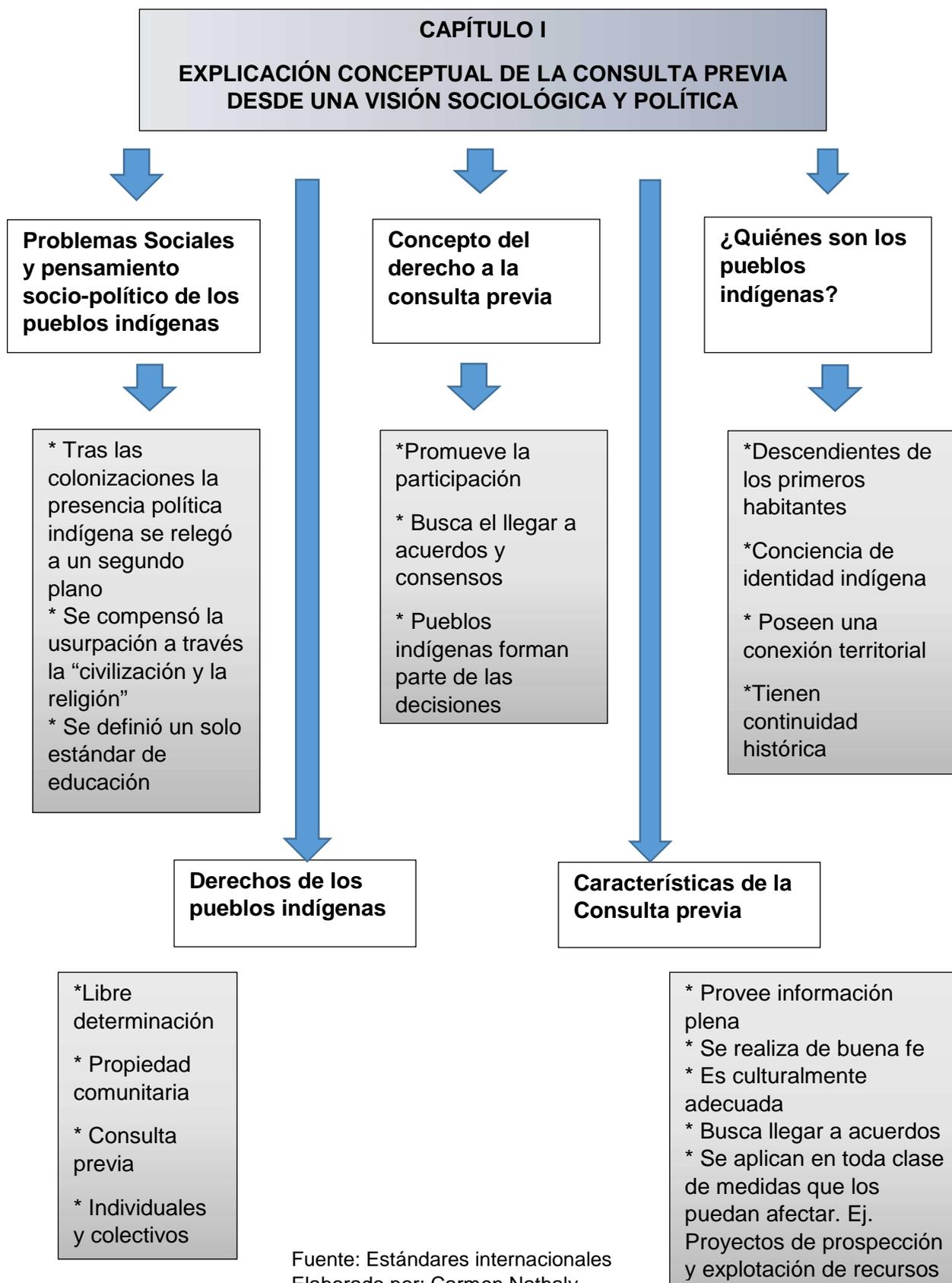
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (15 de Marzo de 2006). [www2.ohch.org](http://www2.ohch.org). Obtenido de ACNUR: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/>
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (2011). El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada. Colombia: USAID.
- Oficina Internacional del Trabajo. (2013). Comprender el Convenio sobre Pueblos indígenas y Tribales. Ginebra: Dept. de Normas Internacionales del Trabajo.
- Oficina Internacional del Trabajo. (2013). Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Ginebra: OIT.
- OIT. (1989). Convenio 169. Ginebra: Naciones Unidas.
- OIT. (2009). Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica-Guía de aplicación del Convenio 169 de la OIT. Ginebra: Dto. de Normas Internacionales del Trabajo.
- ONU. (1945). Carta de las Naciones Unidas. San Francisco EEUU: ONU.
- ONU. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Nueva York: Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas.
- ONU. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- ONU. (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Nueva York: Naciones Unidas.
- ONU. (2013). Los pueblos indígenas y el Sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Nueva York: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas.
- ONU. (31 de 01 de 2016). Temas Mundiales. Obtenido de Pueblos Indígenas: <http://www.un.org/es/globalissues/indigenous/>
- Orellana, A. M. (2010). Interculturalidad, identidad indígena y educación superior. Congreso Internacional 1810-2010: 200 años de Iberoamérica, 2428-2446.
- Organización de los Estados Americanos. (06 de Julio de 2016). Sitio web Organización de los Estados Americanos. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>
- Organización Internacional del Trabajo. (2009). Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica-Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT. Ginebra: Departamento de Normas Internacionales del Trabajo,.

- Ovalle, J. G. (2010). Extensión Moral del Patrimonio. *Revista Ars Boni et Aequi*, 135-156.
- Papadópolo, M. (1995). *El Nuevo Enfoque Internacional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas*. Guatemala: Universidad Rafael Landívar.
- Parceró, J. A. (2012). Los derechos Colectivos en el México del Siglo XIX. Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, 147-186.
- Parga, M. O. (s.f.). La nacionalidad como derecho fundamental. Santiago de Compostela, 449-454.
- Parra Dussan, C., & Amparo Rodríguez, G. (2005). *Comunidades étnicas en Colombia- Cultura y Jurisprudencia-*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Permanente, F. (2005). Informe del Talles sobre metodologúa de consentimiento previo e informado.
- Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Serie C No. 245 (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 27 de Junio de 2012).
- Rodríguez, C., Morris, M., Orduz , N., & Buriticá, P. (2010). *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Rodríguez, G. A. (2011). *Proyectos y conflictos en relación con la consulta previa*. Medellín: Edit. Opinión Jurídica.
- Santos, F. (2013). El Multiculturalismo y los Derechos Colectivos en el Primer Consittucionalismo Iberoamericano. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 341-358.
- Santoscoy, B. (s.f.). Las visitas in loco de las Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 606-628.
- Sentencia Nro. 001-10-SIN-CC sobre inconstitucionalidad de la Ley de Minería, Nro. 001-10-SIN-CC (Corte Constitucional 18 de marzo de 2010).
- Stavenhagen , R., & Chartes , C. (2010). *El desafío de la Declaración-Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Copenhague: Eks-Skolens Trykkeri.
- Stavenhagen, R. (1989). Los Derechos Indígenas: Nuevo Enfoque del Sistema Internacional. *Revista IIDH*, Vol. 10, 39-64.
- Stavenhagen, R. (1992). Los derechos de los indígenas: algunos problemas conceptuales. *Nueva Antropología*, Vol. XIII, Nro. 43, 83-99.

- Stavenhagen, R. (2004). Derecho internacional y derechos indígenas. En Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno. Temuco: Instituto de Estudios Indígenas Universidad de la Frontera.
- Superior, E. P. (s.f.). El Reglamento. Relaciones Jurídicas Básicas, 1-9.
- Terán, M. (2012). Derecho a la Resistencia ¿Realidad o Utopía? Quito: Corporación de Estudios Internacionales.
- Tiban Guala, L. (2001). Derechos colectivos de los pueblos indígenas en el Ecuador : aplicabilidad, alcances y limitaciones. Quito: INDESIC.
- Tiu Tojín vs. Guatemala, Serie C No. 190 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Noviembre de 2008).
- Unidas, F. P. (2007). Informe sobre el sexto período de sesiones.
- Unidas, N. (1994). Observación General 23 "Derechos de las minorías".
- Vargas Machuca, R. (2005). Los daños inmateriales: una aproximación a su problemática. Themis 50, 273-282.
- Vasak, K. (1977). La larga lucha de los derechos humanos. El Correo de la UNESCO, 29-32.
- Velázquez, C. R. (2007). Las comunidades indígenas como uruarios de la información. Centro Universitario de Investigaciones Bibliográficas de la UNAM, 209-230.
- Yrigoyen Fajardo, R. (13 de Abril de 2012). Pluralismo jurídico y jurisdicción en el horizonte del constitucionalismo pluralista. En H. Ahrens, El Estado de Derecho hoy en America Latina (p. 171-193). México: UNAM.

## **ANEXOS**

A, CUADROS EXPLICATIVOS DE CAPÍTULOS



Fuente: Estándares internacionales  
 Elaborado por: Carmen Nathaly Saritama Fernández

**CAPÍTULO II**  
**ESTÁNDARES INTERNACIONALES**

**Sistema Universal de Protección de Derechos**

- \*Declaración Universal de los Derechos Humanos
- \* Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

**Estándares de los Órganos del Sistema de las Naciones**

- \* Sistema de Naciones Unidas
- \* Convenio 169
- \* Convenio 107
- \* Taller del Foro Permanente sobre Metodología de Consentimiento Libre, Previo e Informado de Pueblos Indígenas

**Estándares del Sistema Regional de DDHH (SIDH)**

- \*Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
- \*Corte Interamericana.
- \*Comisión Interamericana
- \*Comité especializado

**Declaraciones internacionales**

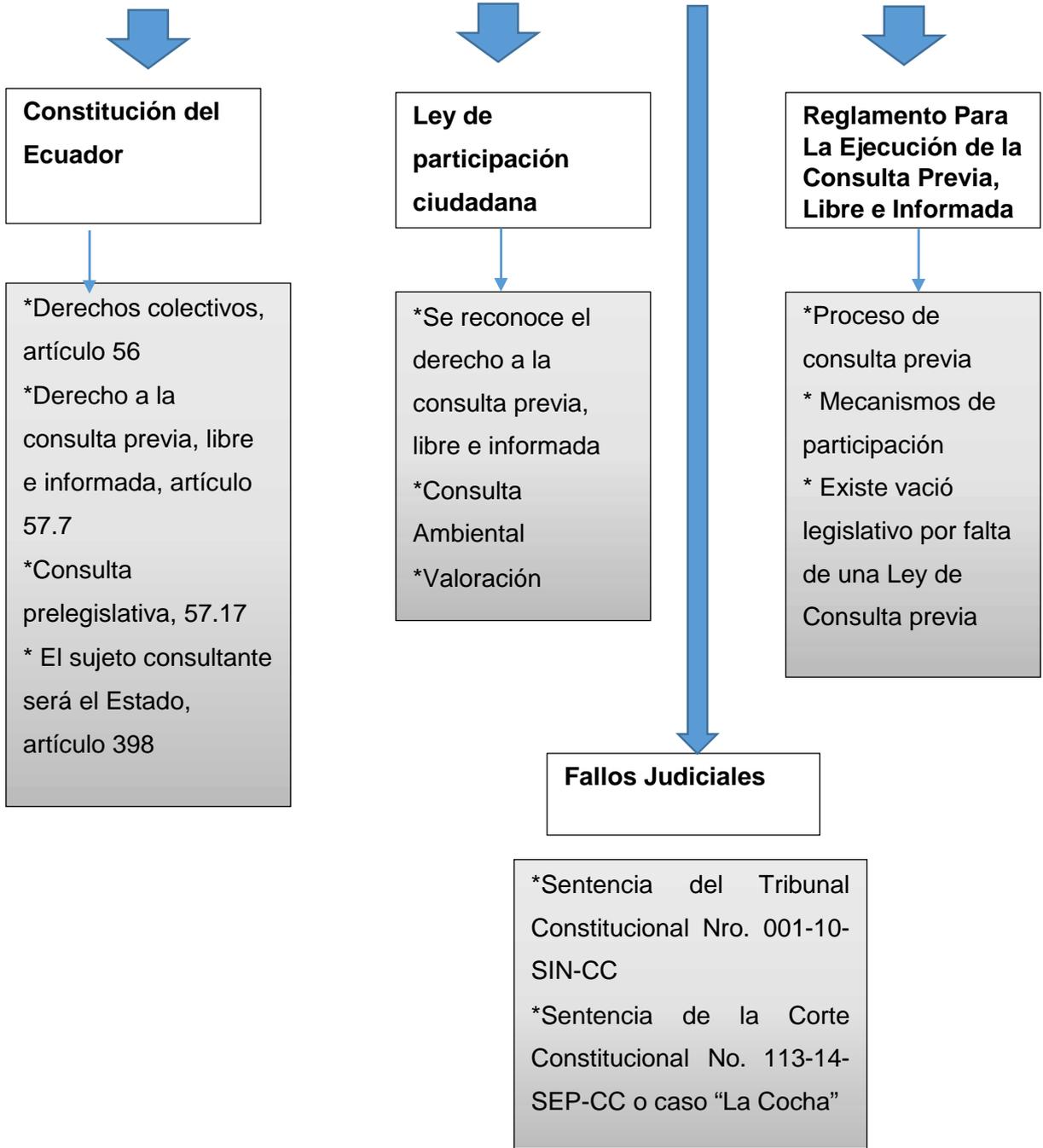
- \*Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
- \*Declaración de Río Sobre el Medio Ambiente y Desarrollo
- \*Relatorías Especiales

**Modelos legislativos internacionales: Perú**

- \*Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios de Perú

Fuente: Estándares internacionales  
Elaborado por: Carmen Nathaly Saritama Fernández

**CAPÍTULO III**  
**Implementación de los estándares en el Ecuador**



Fuente: Legislación Ecuatoriana  
Elaborado por: Carmen Nathaly Saritama Fernández

## **B. RESUMEN DE SENTENCIAS ANALIZADAS**

### **Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam**

El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por no haber adoptado medidas efectivas que reconozcan el derecho de propiedad comunal del pueblo Saramaka, así como la falta de recursos adecuados y efectivos para cuestionar dicha situación.

#### **1.2. El derecho de los integrantes de los pueblos tribales al uso y goce de la propiedad comunal de conformidad con el artículo 21 de la Convención Americana y los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento**

##### **a) Derecho a la propiedad comunal conforme al artículo 21 de la Convención Americana**

88. Esta Corte ha tratado previamente esta cuestión y ha sostenido en repetidas oportunidades que [“]la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana.[“]

90. Las decisiones de la Corte al respecto se han basado en la relación especial que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, y en la necesidad de proteger su derecho a ese territorio a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dichos pueblos. (...)

91. En esencia, conforme al artículo 21 de la Convención, los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica. Dicha protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente.

##### **b) Interpretación del artículo 21 de la Convención Americana en el presente caso**

92. (...) [L]a Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención a la luz de la legislación interna de los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales de Nicaragua y Paraguay, por ejemplo, así como también teniendo en cuenta el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (Nº 169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes (en adelante, "Convenio OIT 169").

95. El análisis (...) sustenta una interpretación del artículo 21 de la Convención Americana al grado de exigir el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente. Por ello, en el presente caso, el derecho a la propiedad protegido conforme al artículo 21 de la Convención Americana, e interpretado a la luz de los derechos reconocidos en los artículos 1 en común y 27 del PIDCP, los cuales no podrán ser restringidos al interpretar la Convención Americana en el presente caso, confiere a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria.

96. Aplicando el criterio mencionado en el presente caso, la Corte, por lo tanto, concluye que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal protegida por el derecho internacional de los derechos humanos que garantiza el derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y ocupación, de larga data, de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural y, asimismo, que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho de propiedad comunal respecto de dicho territorio.

#### **1.4. El derecho de los integrantes del Pueblo Saramaka a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro y sobre las tierras que tradicionalmente han poseído**

120. Sobre este particular, la Corte ha sostenido previamente que la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto de sus integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio "que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí" y que el artículo 21 protege el derecho a dichos recursos naturales (...). Sin embargo, el alcance de dicho derecho requiere de una mayor elaboración, especialmente en cuanto a la relación intrínseca entre la tierra y los recursos naturales que

allí se encuentran, así como entre el territorio (entendido como comprendiendo tanto la tierra como los recursos naturales) y la supervivencia económica, social y cultural de los pueblos indígenas y tribales, y por ende de sus miembros.

121. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte según lo establecido en los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

122. Como se mencionó anteriormente (...), debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre éste, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo.

**c) Derecho a ser consultado y, en su caso, la obligación de obtener consentimiento**

133. Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (...). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.

134. Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. (...)

## **CorteIDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam**

El caso se refiere a la responsabilidad internacional por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku.

### **I. Derechos a la Consulta y a la Propiedad Comunal Indígena**

145. El artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. (...) Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes (...)

146. Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. (...) La protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

159. La Corte observa, entonces, que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que (...) deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural (...), los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.

160. Es por todo lo anterior que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios.

161. En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (...)

164. (...) [L]a obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional.

165. (...) [E]stá claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados.

166. La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1).(...) De este modo, los Estados deben incorporar [l]os estándares [internacionales] dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.

167. Puesto que el Estado debe garantizar estos derechos de consulta y participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo, estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes. En esta línea, el Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdos que haga con terceros privados o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses. Por ello, en su caso, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales correspondientes.

171. La debida protección de la propiedad comunal indígena, en los términos del artículo 21 de la Convención en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, impone a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente. De tal manera, conforme al artículo 29.b) de la Convención, las disposiciones del artículo 21 de este instrumento deben interpretarse en conjunto con otros derechos reconocidos por el Estado en sus leyes internas o en otras normas internacionales relevantes. Bajo la normativa internacional, no es posible negar a las comunidades y pueblos indígenas a gozar de su propia cultura, que consiste en un modo de vida fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales.

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

tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones. El incumplimiento de esta obligación (...) compromete la responsabilidad internacional de los Estados.

180. En lo que se refiere al momento en que debe efectuarse la consulta, el artículo 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT señala que “los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”. Sobre el particular, este Tribunal ha observado que se debe consultar, de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado.

186. Además, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”, (...) Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales. (...)

187. Es necesario enfatizar que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta. (...)

201. Este Tribunal estableció en otros casos que las consultas a Pueblos indígenas deben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus propias tradiciones. (...)

202. (...), Tales procesos deben incluir, según criterios sistemáticos y preestablecidos, distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de

estos pueblos. La adecuación también implica que la consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión. En ese mismo sentido, la jurisprudencia y la legislación interna de varios Estados se refieren a la necesidad de llevar a cabo una consulta adecuada.

204. En relación con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental, el artículo 7.3 del Convenio N° 169 de la OIT dispone que “[l]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. (...)

206. Por otro lado, la Corte ha establecido que los Estudios de Impacto Ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto; respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar los Estudios de Impacto Ambiental coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones. (...)

211. En conclusión, la Corte ha constatado que no se efectuó un proceso adecuado y efectivo que garantizara el derecho a la consulta del Pueblo Sarayaku antes de emprender o de autorizar el programa de prospección o explotación de recursos que existirían en su territorio. Según fue analizado por el Tribunal, los actos de la empresa petrolera no cumplen con los elementos mínimos de una consulta previa. En definitiva, el Pueblo Sarayaku no fue consultado por el Estado antes de que se realizaran actividades propias de exploración petrolera, se sembraran explosivos o se afectaran sitios de especial valor cultural. Todo esto fue reconocido por el Estado y, en todo caso, ha sido constatado por el Tribunal con los elementos probatorios aportados.

212. (...) Puesto que el goce y ejercicio efectivos del derecho a la propiedad comunal sobre “la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio”, los Estados deben respetar esa especial relación para garantizar su supervivencia social, cultural y económica. Asimismo, se ha reconocido la estrecha vinculación del territorio con las tradiciones, costumbres, lenguas, artes, rituales,

conocimientos y otros aspectos de la identidad de los pueblos indígenas, señalando que “[e]n función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”.

213. Bajo el principio de no discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y, según el artículo 29.b) de la misma, también por los ordenamientos jurídicos internos.

214. Al respecto, el principio 22 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo ha reconocido que “[l]as poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible”.

215. Dos instrumentos internacionales tienen particular relevancia en el reconocimiento del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas: el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Varios instrumentos internacionales de UNESCO también desarrollan el contenido del derecho a la cultura y a la identidad cultural. (...)

217. La Corte considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. (...)

220. La Corte considera que la falta de consulta al Pueblo Sarayaku afectó su identidad cultural, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres,

tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos.

226. (...) La Corte observa que (...) [el Estado] no se refirió a ningún otro mecanismo u “otras medidas” en particular que permitan inferir que la falta de reglamentación del derecho a la consulta previa contenido en la normativa interna e internacional aplicable al Ecuador no constituyera un obstáculo para la efectividad del mismo en este caso.

227. Por todo lo anterior, este Tribunal considera que el Estado es responsable por el incumplimiento de su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con las violaciones declaradas de los derechos a la consulta, a la identidad cultural y a la propiedad.

232. El Estado, al no consultar al Pueblo Sarayaku sobre la ejecución del proyecto (...), incumplió sus obligaciones, conforme a los principios del derecho internacional y su propio derecho interno, de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que Sarayaku participara a través de sus propias instituciones y mecanismos y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que incidían o podían incidir en su territorio, vida e identidad cultural y social, afectando sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural. En consecuencia, la Corte considera que el Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku, reconocido en el artículo 21 de la Convención, en relación con el derecho a la identidad cultural, en los términos de los artículos 1.1 y 2 de aquel tratado.

## **Sentencia del Tribunal Constitucional Nro. 459-2003-RA**

29-XII-2003 (Resolución 459-2003-RA, R.O. 245, 6-I-2004)

- CONSULTA PREVIA

“... Considerando: ...Que en la especie se ha impugnado el acto emitido el 15 de agosto de 2002, con el cual según los actores, se ‘subastó concesiones mineras en la cordillera de Toisán, ubicada en la zona de Intag, Cantón Cotacachi, provincia de Imbabura...’.

Que el 15 de agosto de 2002, en esta ciudad de Quito, con la presencia del Director Nacional de Minería, Director Regional de Minería de Pichincha, abogado de la Dirección Regional de Minería de Pichincha, Secretario Ejecutivo de la Cámara de Minería, apoderado especial del doctor Roque Bustamante Espinosa y del Notario Vigésimo Séptimo del cantón Quito, en el día y hora señalados, se ha procedido a la apertura de sobres que contienen ofertas para adjudicar el derecho preferente, luego de lo cual el Director Regional de Minería, adjudica el derecho preferente al oferente ganador doctor Roque Bustamante Espinosa, representado por el doctor Miguel Pizarro, a quienes les advierte la obligación de cumplir con todos los requisitos establecidos en la Ley de Minería y Reglamento general para el otorgamiento de la concesión minera solicitada.

Que desde el 15 de agosto de 2002, que se indica en la parte anterior hasta el 12 de mayo de 2003, que se presenta la demanda de amparo constitucional han transcurrido ocho meses y días, tiempo que demuestra que el acto impugnado no es de aquellos que merecen se adopten medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar de inmediato las consecuencias del acto, circunstancia que convierten a la acción de amparo constitucional presentada por el economista Auki Tituaña Males y abogado Milton Fonseca Troya, Alcalde y Procurador Síndico del Municipio de Cotacachi, respectivamente, en improcedente. Y, por otro lado, al haber presentado su oferta el doctor Roque Bustamante Espinosa, que le concedía el camino para obtener el derecho preferente, no incurrió en conducta que afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o derecho difuso, sino que se amparó en la Constitución y en la ley, tanto más que, para el objetivo final tiene que subordinarse en forma absoluta a los mandatos de la Ley de Minería y su Reglamento General. Por todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales,

Resuelve:

1. Revocar en todas sus partes la resolución pronunciada por el Juez Octavo de lo Civil de Imbabura con asiento en Cotacachi, y consecuentemente, desechar la demanda de amparo constitucional.

3. Exhortar al Estado Ecuatoriano para que la concesión se haga respetando los derechos del medio ambiente y protegiendo a las familias que habitan en los sitios en donde va a tener repercusión la concesión. ...”.

VOTO SALVADO DE LOS DOCTORES MILTON BURBANO BOHÓRQUEZ, HÉCTOR RODRÍGUEZ DALGO, MAURO TERÁN CEVALLOS Y SIMÓN ZAVALA GUZMÁN EN EL CASO NRO. 459-03-RA.

“Consideraciones:

...

Que, el inciso cuarto del artículo 95 de la Constitución Política del Estado dice: ‘También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo, o un derecho difuso’.

Que, la presente acción ha sido presentada en contra de una autoridad pública y de un particular, con el fin de dejar sin efecto la concesión minera concedida a éste, argumentando violación de derechos fundamentales contenidos en el capítulo de la Constitución que trata sobre derechos colectivos, por lo que no existe falta de personería de los demandados conforme el accionado ha argumentado en la audiencia pública.

Que, la acción de amparo ha sido propuesta ante el Juez de Imbabura, atento a lo señalado en el artículo 47 de la Ley del Control Constitucional, siendo competente el mencionado Juez por considerarse que en su jurisdicción tendría lugar los efectos del daño que se reclama, por lo que es improcedente el argumento de la parte demandada en el sentido de que debió interponerse ante el Juez de su domicilio conforme a las reglas de procedimiento civil, señalándose que en materia constitucional debe atenderse el procedimiento constitucional y no al civil.

Que, el artículo 88 de la Constitución Política del Estado, contenido en la sección del medio ambiente, dice: ‘Toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, deberá contar

previamente con los criterios de la comunidad, para lo cual ésta será debidamente informada. La Ley garantizará su participación'.

Que, a folios 165 y 166 del expediente de instancia consta el oficio Nro. 697 DM-2002-027439 de 16 de agosto de 2002, suscrito por la señora Ministra de Energía y Minas (E) y dirigido al Alcalde del cantón Cotacachi, mediante el cual le da a conocer el estado del proceso de oferta del área denominada Junín, y se torna interesante ver que en la explicación que brinda sobre el proceso legal y reglamentario, desde la convocatoria a presentación de ofertas, hasta la aprobación o rechazo por parte de la Subsecretaría de Protección Ambiental del Estudio de Impacto Ambiental, y posterior inicio de la explotación, no existe la protección del derecho de la comunidad en los términos que establece la Constitución en su artículo 88 ya citado.

Que, tampoco se contempla la protección de este derecho en las reformas a la Ley de Minería, contenidas en el título 5 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, ni siquiera en el artículo innumerado que se refiere a los daños ambientales, a pesar de que su legislación es posterior a la vigencia del precepto constitucional invocado.

Que, si bien es cierto que el Reglamento Ambiental para Actividades Mineras contempla un programa de difusión del Estudio de Impacto Ambiental, parece ser más un mero informativo antes que un verdadero proceso de comunicación interactiva con la comunidad en los asuntos medio ambientales que puedan afectarles.

Que, efectivamente, el contenido de la disposición constitucional presenta los elementos mínimos que se deben considerar: 1) Una decisión estatal; 2) Probabilidad de afectación al medio ambiente; 3) El Estado debe informar debidamente a la comunidad; 4) El Estado debe contar con los criterios de la comunidad, previamente a tomar su decisión; y, 5) El Estado garantizará la participación de la comunidad.

Que, en consecuencia, no es suficiente con informar a la comunidad las decisiones estatales sobre los actos que podrían afectarlos, sino que es necesario buscar la participación de la comunidad, comunicación que debe darse respetando su hábitat, dialogando de buena fe con sus máximos personeros y no solamente con una parte de ellos, y llegando a acuerdos en los que quede establecido de manera transparente que se ha considerado los criterios de la comunidad; esto es pues, lo que el derecho constitucional exige hoy por hoy respecto a las decisiones estatales sobre el medio ambiente y que pueden afectar directamente a una comunidad.

Que, tampoco puede alegarse falta de ley para regular el derecho fundamental de participación de la comunidad, puesto que prevalece el principio de aplicación directa e inmediata por y ante cualquier Juez, Tribunal o autoridad, de los derechos fundamentales, reconocido en el artículo 18 de la Constitución Política del Estado; así como el precepto contenido en el inciso tercero del mismo artículo que dice: 'No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos'.

Que, si bien es cierto, el demandado ha participado legítimamente en una convocatoria estatal, aunque no es su responsabilidad, sufre los efectos del vacío de la legislación secundaria y de la omisión de la autoridad de no incorporar en sus procedimientos, de manera adecuada, el mandato contenido en el artículo 88 de la Constitución tantas veces mencionado.

Que, se debe advertir también que el segundo inciso del primer artículo innumerado del capítulo referente a la concesión minera incorporado en la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana dice: 'La concesión minera confiere a su titular el derecho real y exclusivo a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar y comercializar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área, sin otras limitaciones que las señaladas en la presente ley'; por lo que el análisis no se puede circunscribir a que todavía no ha sido presentado el Estudio de Impacto Ambiental, ya que no hay razón para suponer que la participación de la comunidad debe ser solamente sobre éste, sino que la tramitación de oferta para la concesión minera, en consideración a que concluye confiriendo un derecho real a una persona, ya es una decisión estatal que debe ser consultada.

Que, por otro lado, consta de la documentación incorporada en el proceso, que las autoridades de las seis juntas parroquiales de la provincia se han dirigido a las autoridades públicas, en más de una ocasión y aún antes de otorgarse la concesión minera, para manifestarles su oposición a que se continúe con el trámite de tal concesión, factor que debió ser considerado por el Ministerio de Energía y Minas oportunamente, pues de lo contrario se ve que los organismos estatales sobre quienes recae la responsabilidad del manejo en el tema han pasado por alto los criterios y posición de la comunidad.

Que, no son abstractas las consideraciones de la comunidad al oponerse a la explotación minera en la zona, más aún si se considera el 'Informe Final sobre la Exploración Mineral en

Cooperación Técnica en las Áreas de Junín y Cuellaje', de marzo de 1996, elaborado por la Empresa Japan Internacional Cooperation Agency, de cuya lectura se desprenden riesgos inminentes sobre la ecología, y sobre aspectos culturales, económicos, políticos y sociales de la comunidad, especialmente si se considera que se trata de una zona contigua al Área de Reserva Ecológica Cotacachi - Cayapas, que no deben pasarse por alto; y, tampoco existen razones para creer que estos riesgos serán disminuidos o anulados con la explotación futura de una compañía minera.

Que, el contenido de la Constitución en esta materia es absolutamente garantista, puesto que su espíritu no atiende solamente a la protección del medio ambiente cuando los daños se producen o se han producido, sino que por el contrario deja ver la responsabilidad preventiva del Estado, así por ejemplo, el numeral 2) del artículo 86 que se refiere a 'la prevención de la contaminación ambiental', o el inciso segundo del artículo 91 que dice: 'Tomará medidas preventivas en caso de dudas sobre el impacto o las consecuencias ambientales negativas de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica de daño'.

Que, en consideración a lo mencionado en el párrafo anterior, no hay motivos para suponer que las autoridades deban esperar se produzca el daño ecológico para actuar, por el contrario, su actuación debe ser preventiva; y, en cuanto al amparo constitucional, de acuerdo al artículo 95 de la Constitución Política, mediante esta acción también se puede evitar la comisión de un acto u omisión que pueda violar cualquier derecho humano, y que amenace con causar un daño grave, como bien se puede deducir podría ocurrir en esta causa, de acuerdo al estudio de impacto ambiental ya mencionado.

Que, se observa la necesidad de que las autoridades incorporen permanentemente en sus actuaciones el alcance de las normas constitucionales, especialmente en lo que se refiere a derechos, deberes y garantías, y si bien la explotación minera puede ser importante para el desarrollo económico del país, lo es tanto o más el desarrollo de las comunidades ecuatorianas, en sus aspectos culturales, sociales, políticos y económicos con nuevas y diversas propuestas de desarrollo sustentable, que la Constitución las reconoce en su normativa, dejándonos ver que existe una nueva visión del Estado en donde se debe considerar la protección de la pluriculturalidad dentro de la unidad del país, y como forma particular de vida de cada comunidad; en definitiva, incorporarse al nuevo sistema globalizador, sin dejar de ver y atender la localidad.

Que, en el presente caso, la ilegitimidad del acto se produce en cuanto el Estado, más allá de la inexistencia de una ley, no ha atendido su responsabilidad de incorporar a la comunidad en las decisiones que puedan afectarles, violando así el artículo 88 de la Constitución; y, en protección del derecho al medio ambiente reconocido en el artículo 23 numeral 6, y en el artículo 86 inciso primero de la Constitución Política del Ecuador; en virtud de evitar posibles daños ecológicos en la zona de Intag, siendo más grave aún si tales daños llegasen a producirse pasando por alto los criterios de la comunidad.

Por las consideraciones expuestas, somos del criterio que el Pleno del Tribunal debe:

1. Confirmar la resolución venida en grado, y en consecuencia, conceder la acción de amparo constitucional propuesta por los señores Auki Tituaña Males y Milton Fonseca Troya, Alcalde y Procurador Síndico del Municipio de Cotacachi, respectivamente, por ser procedente. ...”.

Ficha Técnica de la sentencia de la Corte Constitucional No. 113-14-SEP-CC o caso “La Cocha”



**DATOS GENERALES**

<b>NÚMERO DE SENTENCIA:</b>	113-14-SEP-CC
<b>NÚMERO DE EXPEDIENTE:</b>	0731-10-EP
<b>MOTIVO:</b>	El señor Victor Manuel Olivo Pallo, presentó acción extraordinaria de protección en contra de las decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo de 2010, pertenecientes al pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad kichwa, de la provincia de Cotopaxi, con relación al asesinato de Marco Antonio Olivo Pallo.
<b>LUGAR DE ORIGEN:</b>	Cotopaxi
<b>TIPO DE ACCIÓN:</b>	Acción Extraordinaria de Protección
<b>TEMA ESPECÍFICO:</b>	Homicidio

**PARÁMETROS SENTENCIA**

<b>ACCIONANTE:</b>	Olivo Pallo, Victor Manuel
<b>TIPO DE ACCIONANTE:</b>	Persona natural
<b>DERECHOS DEMANDADOS:</b>	Derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades a su identidad Derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades a la sus propias formas de organización social y política Derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades a la aplicación del derecho consuetudinario Principio non bis in idem
<b>DECISIÓN:</b>	<p>Negar</p> <p>1. Que no se han vulnerado derechos constitucionales, tanto en el ejercicio de la administración de justicia indígena por parte de la Asamblea General Comunitaria de La Cocha, como tampoco por parte del Ministerio Público y la Judicatura penal ordinaria.</p> <p>2. Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo es la autoridad de justicia indígena habilitada y competente para resolver los conflictos internos en sus territorios.</p> <p>3. Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo, cuando conoció este caso de muerte, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, estableciendo diversos niveles de responsabilidad que son distribuidos, en distinto grado, entre los directamente responsables y sus respectivas familias, mientras que por su lado, el ministerio público y la justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar, respectivamente, la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte, por lo que esta Corte declara que no se ha configurado el non bis in idem o doble juzgamiento.</p> <p>4. De conformidad con los artículos 11 numeral 8, y 436 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional establece las siguientes reglas de aplicación obligatoria que las autoridades indígenas, autoridades administrativas y jurisdiccionales, así como los medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, observarán de manera obligatoria, a partir de la publicación de la sentencia, bajo los siguientes términos:</p> <p>a) La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos</p>

que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena. La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios.

b) Las autoridades de la justicia penal ordinaria, en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas, aplicarán lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

e) Es obligación de todo medio de comunicación pública, privado o comunitario que para la difusión de casos de justicia indígena, previamente se obtenga autorización de las autoridades indígenas concernidas y comunicar los hechos asegurando la veracidad y contextualización, reportando de manera integral los procesos de resolución de conflictos internos y no solo los actos de sanción, al tenor de los razonamientos desarrollados en la parte motiva de esta sentencia. De igual forma se aplicará a los funcionarios públicos judiciales o no y particulares que deberán tomar en cuenta estos aspectos propios.

5. Que el Consejo de la Judicatura organice un proceso sistemático de difusión de esta sentencia con todos los operadores de justicia relacionados, debiendo diseñar una política institucional apropiada para lograr una eficaz y generalizada implementación administrativa y financiera de las instancias de cooperación y coordinación intercultural a nivel nacional, tanto en el ámbito del Ministerio Público como en las instancias judiciales pertinentes.

6. Que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en conjunto con la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública y la Secretaría Nacional de Gestión de la Política, organicen a la brevedad posible un proceso nacional de difusión de esta sentencia en el nivel local, provincial y nacional con las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en su propia lengua.

7. Notifíquese la presente sentencia a las partes interesadas y a las autoridades referidas en la parte resolutive de la misma, de conformidad con lo establecido en la Constitución y la ley, debiendo traducirse la parte resolutive al idioma Kichwa para ser divulgada entre las comunidades del pueblo Kichwa Parzaleo de la provincia de Cotacachi.

8. Publíquese una gaceta exclusiva en español y Kichwa, y, la parte resolutive publíquese en español y Kichwa en un diario de circulación nacional.

#### CONCEPTOS DESARROLLADOS

Justicia indígena; Derecho a la vida

## **SENTENCIA N. 0 001-10-SIN-CC**

### **Corte Constitucional para el período de transición**

#### **JUEZ CONSTITUCIONAL PONENTE: Dr. PATRICIO PAZMINO FREIRE JUECES**

#### **De la Solicitud y sus argumentos:**

“...En cuanto a la inconstitucionalidad de forma, la antes mentada Ley Minera es violatoria del Derecho a la consulta previa prelegislativa de las nacionalidades indígenas; la Ley Minera afecta los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, por cuanto las actividades mineras concesionadas y por concesionar se encuentran ubicadas dentro de sus territorios; la Ley en cuestión atenta contra el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. De igual manera, atenta contra el artículo 19 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. Ninguna consulta previa fue realizada por el Estado, ni a la comunidad nacional, ni a las nacionalidades indígenas del Ecuador, pese a que la constitución de la República, en su artículo 57, numeral 17 establece un requisito procedimental para la adopción de una ley, por lo que sin el cumplimiento del requisito de la Consulta Previa a las comunidades indígenas, la Ley Minera no podía ser adoptada; por ende, la Ley Minera es inconstitucional por la forma y debe ser declarada como tal...”

#### **4. ¿Es la consulta prelegislativa un derecho colectivo? ¿Cuál es la diferencia entre las consultas previas reconocidas en los numerales 7 y 17 del artículo 57 de la Constitución y aquella prevista en el artículo 398 de la Carta Fundamental?**

Entre el conjunto de derechos colectivos reconocidos por la Constitución ecuatoriana a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, están aquellos relacionados con la participación de éstos en los asuntos que les concierne. Ahora bien, uno de los derechos de participación de particular relevancia para el presente caso está contenido en el artículo 57, numeral 17 de la Constitución, que establece la obligación del Estado de consultar a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades antes de adoptar una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, derecho conocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos como “consulta pre-legislativa”. El artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, en relación a la consulta previa, dispone:

*[...] Los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas*

*susceptibles de afectarles directamente; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin; adicionalmente [...] Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.*

A partir de lo expuesto, es evidente que el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, constituye el marco genérico de regulación de las consultas previas a realizarse con anterioridad a la adopción de medidas legislativas o administrativas. En ese contexto, en estricta concordancia con la disposición prevista en el Convenio 169 de OIT, la Constitución de la República reconoce y garantiza, en su artículo 57, un catálogo de derechos colectivos en beneficio de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, entre ellos los siguientes:

*[...] Artículo 57. 7: La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente...*

*Artículo 57. 17: Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa, que pudiera afectar cualquiera de sus derechos colectivos”*

Lo primero que cabe advertir, a partir de las disposiciones señaladas, es el reconocimiento constitucional como derechos colectivos, de dos tipos de consultas: aquella prevista en el artículo 57, numeral 7 relacionada con los efectos concretos que podrían generar actividades administrativas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables respecto al medio ambiente y a sus derechos culturales; y la segunda, aquella prevista en el artículo 57, numeral 17, relacionada con la consulta que debe realizarse previa a la adopción de cualquier medida legislativa que puede afectar cualquier derecho colectivo de los sujetos colectivos. En este sentido, esta Corte considera que, en circunstancias de institucionalidad regular u ordinaria, la consulta pre-legislativa constituye un requisito previo sine qua non que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida de índole legislativa que pudiera afectar cualquiera de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador. Ahora bien, una vez definida la existencia de dos tipos de consulta en tanto derechos colectivos, esta Corte no puede dejar de clarificar, de manera breve, uno de los argumentos esgrimidos dentro del proceso por parte de la Comisión de

Fiscalización y Legislación de la Asamblea Nacional, y que resultará sustancial dentro del presente test de constitucionalidad:

*(...) “si la intención de los demandantes es la de considerar la consulta popular, la Constitución de la República establece los casos y las atribuciones de quien tiene esa facultad constitucional de efectuar consultas populares, ya sea a manera de referéndum o ya sea a manera de plebiscito, la una sobre el texto y la otra sobre el modo de preguntas...”*

Dicho argumento confunde distintos niveles de participación que existen en cuanto a la adopción de medidas legislativas o administrativas. Específicamente, confunde tres tipos de consulta: la consulta popular establecida en el artículo 104 de la Constitución como mecanismo de ejercicio de derechos de toda la ciudadanía; la consulta reconocida en el artículo 3985 - consulta en materia ambiental dirigida a la comunidad en general sin especificación o diferenciación alguna- y las consultas previas, propias de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades,<sup>6</sup> que por el fondo y por la forma son totalmente diferentes a las consultas señaladas. En efecto, a partir de una lectura textual de los preceptos constitucionales en mención, es claro que las consultas previstas en los numerales 7 y 17 del artículo 57 de la Constitución, determinan el grupo al que deben dirigirse, y como se dijo en líneas anteriores, en tanto derechos colectivos, su ejercicio excluye a la ciudadanía en general.

**10. La consulta prevista en el artículo 90 de la Ley de Minería, ¿desarrolla el contenido previsto en el numeral 7 del artículo 57 de la Constitución? De no ser así, ¿cuáles serían las reglas y procedimientos mínimos que debería contener la Consulta previa prevista en el numeral 7 del artículo 57 de la Constitución?**

Esta Corte, tomando como base a la Constitución de la República, instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador en la materia y jurisprudencia nacional e internacional, procederá a identificar algunos estándares relevantes y provisionales para dotar de eficacia y aplicación práctica a la consulta prevista en el numeral 7 del artículo 57 de la Carta Fundamental, ante la ausencia de norma infraconstitucional en la materia.

En ese sentido, ¿cuáles son los estándares mínimos que legitiman el proceso de consulta?

Tanto el convenio 169 de la OIT como la Constitución vigente no definen, de manera clara, cuáles son los parámetros que debe cumplir el proceso de consulta previa en sus dos modalidades para poder ser considerado legítimo. En el caso de la normativa infraconstitucional, no existe, hasta donde esta Corte tiene conocimiento, ninguna ley o reglamento que regule de alguna manera el proceso de consulta previa.

Aun así, no faltan otras fuentes que permiten establecer a esta Corte los parámetros mínimos necesarios que debe cumplir todo proceso de participación para que pueda dársele el nombre de 'consulta previa' en los términos del numeral 7 del artículo 57 de la Constitución. Entre las más importantes fuentes de información con las que cuenta la Corte, están la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Caso Saramaca vs. Surinam); las sentencias de Tribunales y Cortes Constitucionales de la región, como la colombiana (ver Corte Constitucional Sentencia C - 161 de 2001); sentencia Tribunal Constitucional de Chile (Rol 309 del 4 de agosto del 2000), las recomendaciones del comité de expertos de la OIT, o los informes del relator especial de las Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas, que hacen parte de lo que se conoce como soft Law<sup>22</sup>, y en tal sentido son relevantes para el Ecuador. En virtud de ello, esta Corte hará uso de las recomendaciones GENERALES del relator especial James Anaya, respecto de los requisitos mínimos que debe cumplir el proceso de consulta para merecer tal nombre.

Una consideración general importante es la ratificación del carácter sustancial y no solo procesal de la consulta previa como derecho colectivo, así como el reconocimiento del carácter medular del artículo 6 del convenio 169 de la OIT, dentro del núcleo esencial del Convenio citado. Los parámetros específicos desarrollados por la OIT que deberán tomarse en cuenta son:

- a. El carácter flexible del procedimiento de consulta de acuerdo con el derecho interno de cada Estado y las tradiciones, usos y costumbres de los pueblos consultados.
- b. El carácter previo de la Consulta, es decir que todo el proceso debe llevarse a cabo y concluirse, previamente al inicio de cada una de las etapas de la actividad minera.
- c. El carácter público e informado de la consulta, es decir que los estamentos participantes deben tener acceso oportuno y completo a la información necesaria para comprender los efectos de la actividad minera en sus territorios.

d. El reconocimiento de que la consulta no se agota con la mera información o difusión pública de la medida, de acuerdo con las recomendaciones de la OIT, la consulta debe ser un proceso sistemático de negociación que implique un genuino diálogo con los representantes legítimos de las partes.

e. La obligación de actuar de BUENA FE por parte de todos los involucrados. La consulta debe constituirse en un verdadero “mecanismo de participación”, cuyo objeto sea la búsqueda del consenso entre los participantes.

f. El deber de difusión pública del proceso y la utilización de un tiempo razonable para cada una de las fases del proceso, condición que ayuda a la transparencia y a la generación de confianza entre las partes.

g. La definición previa y concertada del procedimiento, se requiere que como primer paso de la consulta se defina, previamente, al comienzo de la discusión sobre temas sustantivos, un procedimiento de negociación y toma de decisiones mutuamente convenidas, y el respeto a las reglas de juego establecidas.

h. La definición previa y concertada de los sujetos de la Consulta, que son los pueblos y comunidades afectadas de manera real e indubitable por la decisión.

i. El respeto a la estructura social y a los sistemas de Autoridad y Representación de los pueblos consultados. El procedimiento de consulta debe respetar siempre los procesos internos así como los usos y costumbres para la toma de decisiones de los diferentes pueblos consultados.

J. El carácter sistemático y formalizado de la consulta, es decir, que las consultas deben desarrollarse a través de procedimientos más o menos formalizados, previamente conocidos, y replicables en casos análogos

k. En cuanto al alcance de la consulta, siendo que su resultado no es vinculante para el Estado y sus instituciones, la opinión de los pueblos consultados sí tiene una connotación jurídica especial, (cercana a aquella que tiene el soft law en el derecho internacional de los derechos humanos), sin que eso implique la imposición de la voluntad de los pueblos indígenas sobre el Estado.

I. Respecto a los efectos del incumplimiento de esta obligación estatal, entre los que destaca la responsabilidad internacional del estado incumplido, y en el ámbito interno la eventual nulidad de los procedimientos y medidas adoptadas.