



UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS
Laureate International Universities®

FACULTAD DE DERECHO

**“LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS: ANÁLISIS SOBRE
SU ALCANCE Y APLICABILIDAD EN EL ECUADOR”**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y
Juzgados de la República.

Profesor guía:

DR. CESAR ESPINOSA

Autor:

MARCO ANTONIO MALDONADO TRUJILLO

Año

2013

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante Marco A. Maldonado T., orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

Cesar Espinosa
Doctor en Jurisprudencia
C.C. 170664954-6

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

Marco Antonio Maldonado Trujillo

C.C. 171947363-7

AGRADECIMIENTOS

A la UNIVERSIDAD DE LAS AMERICAS, y a sus catedráticos, por haberme acogido en sus aulas, y formar a un profesional que ame lo que hace.

A mi director de tesis, Dr. Cesar Espinoza, por su valiosa y anegada labor demostrada en la investigación del presente trabajo de titulación.

A mis maestros, a todos y cada uno de ellos, quienes me formaron como profesional y fundaron en mi el valor del servicio a los demás.

A mis compañeros de cátedra, por su infinito amor a las leyes y por la competencia sana que nos llevó a culminar con nuestro objetivo.

DEDICATORIA

Dios, por haberme permitido ser parte de una linda familia, tener salud, bienestar y estar colmado de infinita bondad y amor.

Mi madre Blanca Yolanda, por darme la vida, creer incondicionalmente en mí y por darme la oportunidad de ser un profesional.

Mi hermano, John Maldonado, por ser la fuente de inspiración para salir de la adversidad y enfrentar la vida como un verdadero héroe.

Mi hermana, Isabel Maldonado, por ser la guía, la brújula de mi camino, y por darme la fortaleza necesaria para no desmallar en mis metas planteadas.

A mis compañeros, por su amistad, compañerismo y por su calidad humana, mostrada a lo largo de la carrera y en nuestra vida profesional.

RESUMEN

Los derechos de las comunidades indígenas en el ámbito nacional e internacional han evolucionado gracias al Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. En este contexto, la Consulta previa, libre e informada, ha tomado un papel de suma importancia para las comunidades indígenas en toda Latino América y en especial Ecuador, Perú y Brasil. A partir del estudio de la doctrina, el análisis de la normativa jurídica comparada, y la jurisprudencia internacional, se evidencia la importancia de implementar y armonizar la normativa interna de un Estado al Convenio N° 169 de la OIT, con el objetivo de hacer viable y efectiva la aplicación de los derechos de las comunidades indígenas.

En Ecuador, las comunidades indígenas son actores plenos en la política y en la sociedad, no solo por su capacidad de convocatoria y movilización, sino por su saber cultural y por su resistencia a ser impuestos políticas de desarrollo ajenas a su medio. En el territorio ecuatoriano existe un gran número de comunidades indígenas habitando zonas ricas en recursos naturales no renovables, las cuales son susceptibles de ser explotadas por la necesidad económica de los gobiernos de turno o por personas jurídicas de derecho privado; y en consecuencia, éstas zonas son altamente controversiales y casi siempre se produce un conflicto con sus habitantes. En este contexto, una normativa jurídica en cuanto a la forma y procedimientos que se deben tomar para hacer efectivo el derecho de las comunidades indígenas a ser previamente consultadas, es de extrema necesidad, puesto que, la falta de una Ley desemboca en un problema social y político.

Es por ésta razón, que el presente estudio, propone una Ley para exigir el goce pleno del derecho a la Consulta previa y para hacer viable su aplicación ante los poderes públicos y los tribunales de justicia, permitiendo al gobierno, disponer y explotar sus riquezas sin vulnerar los derechos a las comunidades

indígenas consagrados en la Constitución y por Instrumentos Internacionales con la plena participación de sus integrantes.

ABSTRACT

The rights of the indigenous communities in the national and international area have evolved thanks to the Agreement N° 169 of the International Organization of the Work. In this context, the previous, free and informed Consultation, there has taken a paper of supreme importance for the indigenous communities in Latin America and especially Ecuador, Peru and Brazil. From the study of the doctrine, the analysis of the juridical compared regulation, and the international jurisprudence, is evident the importance of harmonizing the internal regulation of a State to the Agreement N ° 169 of the OIT, with the unique aim to make viable and effective the application of the rights of the indigenous communities.

In Ecuador, the indigenous communities are principal actors in the politics and the society, not only for their capability of summons and mobilization, but for their cultural knowledge and for their resistance to be imposed policies of development foreign to their culture. In the Ecuadorian territory, exists a great number of indigenous communities living in rich zones with not natural renewable resources, which are capable of being exploited by the economic need of the governments or by legal persons of private right; in consequence, those zones are highly controversial and almost always exist a conflict with their habitants. In this context, a juridical regulation in order to make effective the right of the indigenous communities to be previously consulted is indispensable, since, the lack of a Law ends in a social and political problem.

For this reason, the present study proposes a Law for demanding the right to the previous consultation by government, and by the courts of justice; allowing the government, to exploit his wealth without affect the rights to the indigenous communities protected in the Constitution and for International Instruments with the participation of their members.

INDICE

INTRODUCCIÓN.	1
CAPÍTULO I	8
1.- LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) Y EL DEBER DE LOS ESTADOS LATINOAMERICANOS DE ECUADOR, PERÚ Y BRASIL DE CONSULTAR A LOS PUEBLOS INDÍGENAS.	8
1.1.- Introducción.....	8
1.2.- La Organización Internacional del Trabajo (OIT).	9
1.2.1.- Origen.	9
1.3.- Convenio 169, DE LA OIT.....	10
1.3.1.- Ámbito y Aplicación.....	12
1.3.2.- Mecanismos de supervisión del Convenio 169.	15
1.3.2.1.- Informe de Ecuador.....	16
1.4.- Inmersión del convenio 169 de la OIT en la normativa interna.	19
1.4.1.- Jerarquía del Convenio.	19
1.4.1.1.- Ecuador.	19
1.4.1.2.- Perú.	21
1.4.1.3.- Brasil.....	21
1.4.2.- Los Sujetos del convenio 169 de la OIT.	23
CAPÍTULO II	28
2.- LA CONSULTA PREVIA	28
2.1. Carácter de la Consulta.....	28
2.1.1.- Propósito.	28
2.1.2.- Sujeto Consultado.	31
2.1.3.- Oportunidad de la Consulta.....	33
2.1.4.- Procesos Participativos	34
2.1.4.1.- Procedimiento.....	35

2.1.4.2.- Información.....	39
2.1.4.3.- Capacitación.....	40
2.2.- Democracia y Participación.....	41
2.2.1.- Aproximación al significado de democracia	41
2.2.2.- Participación ciudadana.	43
2.2.3.- Principios básicos en cuanto al ambiente y la participación ciudadana.	45
2.2.3.1.- Desarrollo Sostenible.....	45
2.2.3.2.- Precautelatorio.....	46
2.3.- El medio ambiente.....	47
2.3.1.- Derecho Internacional del medio ambiente.	47
2.3.2.- Factores del deterioro Ambiental.	47
CAPÍTULO III.....	49
3.1.- Introducción.....	49
3.2.- Propuesta de Ley.	50
3.2.1.- Consideraciones:	50
3.2.2.- Aspectos Generales.....	51
3.2.2.1.- Objeto de la ley.....	51
3.2.2.2.- Derecho a la Consulta	51
3.2.2.3.- Finalidad de la Consulta	52
3.2.2.4.- Principios Fundamentales	52
3.2.3.- Del Proceso de Consulta.....	53
3.2.3.1.- Partes del Proceso de Consulta	53
3.2.3.2.- Órgano Responsable.....	54
3.2.3.3.- Etapas del Proceso de Consulta.....	55
3.2.3.3.1.- Convocatoria pública.	55
3.2.3.3.2.- Publicación de la medida legislativa . .	55
3.2.3.3.3.- Identificación de los Consultados.....	55
3.2.3.3.4.- Información y Capacitación.....	56
3.2.3.3.5.- Realización.	56
3.2.3.3.6.- Idioma.	57
3.2.3.3.7.- Carácter Obligatorio de la Decisión. ...	57

3.2.4.- Principios Fundamentales.....	58
3.2.4.1.- Buena Fe.....	58
3.2.4.2.- Oportunidad.....	58
3.2.4.3.- Participación.....	58
3.2.4.4.- Publicidad.....	58
3.3.7.5.- Autonomía.....	59
3.2.5.- Disposiciones Finales.....	59
CAPÍTULO IV.....	60
4.- JURISPRUDENCIA.....	60
4.1.- Ecuador.....	60
4.1.1.- Sentencia N. 001-10-SIN- CC. Corte Constitucional.....	60
4.1.2.- El pueblo de Sarayaku vs Ecuador.....	65
4.1.2.- Consulta Previa en los Bloques Petroleros 20 y 29.....	70
4.2.- Perú.....	72
4.2.1.- AIDSEP (Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana).....	72
4.3.- Brasil.....	75
4.3.1.- CIDH y Belo Monte.....	75
CAPITULO V.....	81
5.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	81
5.1.-Conclusiones.....	80
5.2.- Recomendaciones.....	85
REFERENCIAS.....	88
ANEXOS.....	92

INTRODUCCIÓN.

Los hechos históricos que han marcado el desarrollo económico, cultural, social y político de Ecuador, sin duda alguna han estado relacionados por la incursión de las comunidades indígenas, es por esta razón, que es necesario y conveniente aludir los principales acontecimientos que tuvieron lugar en el territorio de Ecuador, con el objetivo de indicar los sucesos que ayudaron a las nacionalidad y pueblos indígenas a mantenerse vigentes hasta la actualidad y ser partícipes activos en el contexto nacional.

Desde los tiempos antiguos, los pueblos indígenas se han enfrentado a la colonización, esclavitud y al exterminio de sus miembros por parte de los imperios europeos como el Español, Portugués, Británico entre otros, y en este contexto, se debe entender las sublevaciones indígenas en contra de los castigos, los azotes, los tributos y trabajos forzosos que perturbaron la época colonial y que continuaron a lo largo de la época republicana, y que en su gran mayoría estaban motivadas por razones que obedecían a agobiantes cargas tributarias.

“El elemento común en todos los movimientos es, por lo tanto, su aparición dentro de una estructura que responde a la situación colonial, en la que los extractos inferiores, ante la incapacidad de defender sus derechos por otras vías recurren a la violencia” (Yanez, 1987, pp.360).

Han sido muchas las manifestaciones indígenas que han tomado lugar en el Ecuador, sin embargo las más celebres han tomado locación en Riobamba 1730, Poma Llacta; en el Corregimiento de Otavalo en 1777; Ambato 1780 y en Guamote y Columbe 1830.

No obstante el levantamiento indígena producido en Otavalo en 1872, como alcance a la rebelión iniciada por Francisco Daquilema en la provincia de Chimborazo en 1871, marcó un hito en la historia ecuatoriana, puesto que, se

producen simultáneamente levantamientos en todo el país marcando una jornada sangrienta para la historia indígena.

La mayoría de los levantamientos indígenas constituyen actos de protesta contra la opresión, explotación y la esclavitud a la que fueron sometidos los pueblos indígenas en la época de la Colonia y la República, teniendo como respuesta de los gobiernos de turno, la represión y la muerte como la que se vivió en el Gobierno de Gabriel García Moreno.

La Guerra Civil ecuatoriana conocida como La Revolución Liberal de 1895, encabezada por el General Eloy Alfaro, tiene como fundamento la liberación indígena. La Revolución Alfarista trae consigo cambios profundos en la vida social de la República, ya que, es aquí donde se dictan las primeras leyes en beneficio de los pueblos indígenas, y donde se rompe la dualidad Estado-Iglesia a tal gravedad que la iglesia es sujeta de confiscación de sus tierras. No obstante, las buenas intenciones de la revolución alfarista quedaron solo en eso, puesto que, su inmediato sucesor en el gobierno, Leónidas Plaza, devolvió las grandes extensiones de tierras a los terratenientes y las leyes progresistas a favor de los indígenas quedaron simplemente escritas en la Historia.

A lo largo del siglo XIX y principios del siglo XX bajo el mismo contexto social, se van creando y agrupando organizaciones indígenas a nivel nacional, y es en esta época donde comienza los primeros intentos de una representación nacional indígena; es así como en el año de 1931, se organizó el primer congreso nacional de organizaciones indígenas. El congreso antes de iniciarse fue truncado por las autoridades, y el mismo nunca se llevó a cabo.

En 1941, diez años más tarde de aquel intento de organización impedido por el gobierno, se crea la Federación Ecuatoriana de Indios F.E.I., la misma que tenía un tinte político afines al Partido Comunista Ecuatoriano.

Cabe mencionar que el papel que cumplió la Iglesia Católica en todo éste proceso de lucha étnica, fue de particular importancia. La Iglesia Católica, en el año de 1970 y 1971 convoca a la Primera y Segunda Convención de Presbíteros en la cual se desarrollaron temas relacionados al cuidado y al auxilio de las personas abandonadas y necesitadas en el marco del Concilio del Vaticano II. En base al resultado de las conferencias antes mencionada, los presbíteros asumen la reivindicación indígena y campesina y realizan varias reuniones con líderes indígenas de las provincias de Imbabura, Pichincha, Cotopaxi, Bolívar, Chimborazo y Cañar, alcanzando en 1972 el Primer Congreso Constitutivo de ECUARUNARI.

ECUARUNARI, fue motivado por sectores de la Iglesia Católica y encabezada por el Obispo de los Indios, Monseñor Leónidas Proaño, nace como una alternativa a la Federación Ecuatoriana de Indios F.E.I, para aplacar de alguna manera la influencia comunista que pesaba sobre los sectores campesinos.

Las luchas campesinas que demandaban el cumplimiento de la primera ley de Reforma Agraria aprobada en 1964 por el Congreso Nacional, fueron el antecedente que marcó el inicio de la lucha por alcanzar una organización representativa de sus intereses, y es así como finalmente en la comuna Tepeyac, en la provincia de Chimborazo, en el mes de junio del año 1972, se funda definitivamente el ECUARUNARI.

Los principales problemas a los que se enfrentaba la nueva organización indígena ECUARUNARI se menoscababan en su origen, es decir, es una organización indígena o es una organización campesina. La contradicción desembocaba en los intereses particulares de los dos sectores que pugnaban por el poder y control total de la organización y por la clara injerencia eclesiástica en el movimiento, a lo que varios dirigentes indígenas la cuestionan. Empero, el ECUARUNARI, se consolidó como una organización indígena y eclesial.

ECUARUNARI, o Confederación de los Pueblos de Nacionalidad Kichwa del Ecuador, es la organización que representa a todos los indígenas y campesinos que habitan en la región sierra de Ecuador.

A continuación se muestra un cuadro explicativo dividido y organizado por provincias.

Tabla 1. Cuadro explicativo organizado por provincias donde habitan los Pueblos Indígenas.

Provincia	ORGANIZACIÓN	PUEBLOS INDÍGENAS
Imbabura	FICI Federación de los pueblos Kichwa de la Sierra Norte del Ecuador-CHIJALLTA FICI	Karankis Natabuela Otavalo Cayambi
Pichincha	FPP Pichincha Riccharimuy	Cayambi Kitu Kara
Cotopaxi	MICC Movimiento Indígena y Campesino de Cotopaxi	Panzaleo
Tungurahua	MIT Movimiento Indígena de Tungurahua	Salasaca Chibuleo, Tomabela Kisapincha
Chimborazo	MICH Movimiento Indígena de Chimborazo	Puruhaé
Bolívar	Fecab Brunari	Waranka
Cañar	UPCCC Unión Provincial de Cooperativas y Comunidades de Cañar	Kañari
Azuay	UCIA UNASAY	Kañari
Loja	CORPUKIS Corporación de pueblos kichwas de Saraguro	Saraguro
Zamora	ZAMASKIJAT	Saraguro
Esmeraldas	UOCE	Campesino y Afro ecuatorianos
Carchi	CCM	Pasto

Tomado de Ecuarrunari, 2009.

En la actualidad, ECUARUNARI, es parte vital de la CONAIE, Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, la cual agrupa a las nacionalidades y pueblos indígenas más numerosas en población que actualmente están habitando la región sierra del territorio ecuatoriano.

Dada la riqueza étnica y cultural existente en Ecuador, los pueblos y comunidades indígenas se han organizado por regiones; y es así como la región sierra está representada por la ECUARUNARI o Confederación de los Pueblos de Nacionalidad Kichwa del Ecuador, la región amazónica por la CONFENIAE o Confederación de las Nacionalidades de la Amazonia Ecuatoriana y la región costa la cual se encuentra representada por CONAICE o Confederación de Nacionalidades y Pueblos Indígenas de la Costa Ecuatoriana. Todas las organizaciones indígenas regionales mencionadas, se encuentran agrupadas en la CONAIE, o la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador que es el organismo de máxima representación de los pueblos, nacionalidades y etnias indígenas de Ecuador.

La CONFENIAE, o Confederación de las Nacionalidades de la Amazonia Ecuatoriana, es una organización de participación y representación política de los pueblos y comunidades indígenas que habitan el oriente ecuatoriano como son las comunidades de; Achuar, Andoa, Cofán, Kichwa, Sápara, Secoya, Siona, Shiwiar, Shuar, Waorani.

En el año de 1984, se crea la CONFENIAE, bajo el amparo del Ministerio de Bienestar Social. La Confederación de las Nacionalidades de la Amazonia Ecuatoriana, en su corta vida jurídica, ha alcanzado grandes logros como: el reconocimiento de los derechos colectivos en la Constitución de 1998, y la declaración de Plurinacional al Estado ecuatoriano.

La CONFENIAE, es parte de la COICA, o Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca del Amazonas, la cual está integrada por nueve

países Sudamericanos; Venezuela, Guyana, Colombia, Brasil, Bolivia, Guyana Francesa, Perú, Ecuador y Surinam.

La CONAICE o Confederación de Nacionalidades y Pueblos Indígenas de la Costa Ecuatoriana, mediante aprobación del Ministerio de Bienestar Social en el año de 2007, nace como organización indígena, la misma que se encuentra integrada por los siguientes grupos étnicos: Awá.- provincias de Esmeraldas, Carchi e Imbabura, Chachi.- Esmeraldas, Eperara.- Esmeraldas, Tsa'chila.- Santo Domingo, Manta y Huancavilca.- Manabí, Santa Elena.

La CONAIE o Confederación de Nacionalidades del Ecuador, es la organización de máxima representación indígena en el Ecuador. Fue fundada en el año de 1986, en el primer congreso efectuado por la CONACNIE (Consejo Nacional de Coordinación de Nacionalidades Indígenas).

Los objetivos fundamentales de la CONAIE, son consolidar la unidad de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, así como también luchar por la educación, la tierra, por el medio ambiente, por la igualdad social, contra el colonialismo y por la dignidad de sus pueblos.

La CONAIE está integrada por; la ECUARUNARI, la CONFENIAE y la CONAICE. Es una organización de izquierda, y su brazo político es PACHAKUTIC fundado en el año de 1995. El Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik, representa los intereses generales de la CONAIE, fue fundado con la finalidad de luchar contra todo tipo de regionalismo y discriminación racial, religiosa, étnica, económica y social.

“El Movimiento Pachakutik es un espacio abierto a todos los ecuatorianos que luchan contra el regionalismo y contra toda forma de discriminación, sea ésta económica, religiosa, racial, etc. y que trabaja por la construcción de un nuevo país basado en los valores de la

solidaridad, la equidad, la justicia, el respeto por la vida y la pluriculturalidad” (Pachakutik, 2012).

CAPÍTULO I

1.- LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) Y EL DEBER DE LOS ESTADOS LATINOAMERICANOS DE ECUADOR, PERÚ Y BRASIL DE CONSULTAR A LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

1.1.- Introducción.

Las comunidades indígenas en América Latina, en la última década, han tomado un papel importante en la política y por ende en la gobernabilidad de los países latinoamericanos; pero la inserción en el contexto nacional viene acompañada por problemas sociales relacionados con la explotación de recursos naturales y la implementación de proyectos mineros en zonas de alta población indígena, como los más relevantes.

Los conflictos de intereses existentes entre los actores, demuestran la intencionalidad de desarrollo, es así que los Estados latinoamericanos de Ecuador, Perú y Brasil ponen en marcha políticas públicas con el fin de incentivar la inversión tanto pública como privada en proyectos de explotación, con el único objetivo de desarrollo, y por otra parte están las comunidades indígenas exigiendo el respeto de sus derechos consagrados en los ordenamientos jurídicos nacionales y por instrumentos internacionales a conservar, usar y gozar plenamente de sus tierras.

El derecho a la Consulta previa, libre e informada a las comunidades indígenas, toma relevante importancia en las decisiones gubernamentales, en temas referentes a tierras y recursos naturales, puesto que, una gran mayoría de actividades de explotación son llevadas a cabo en territorios indígenas sin ningún tipo de acuerdo previo entre las comunidades indígenas afectadas y el Estado.

Los países latinoamericanos, y en especial Ecuador, Perú y Brasil, cuentan con regiones de abundantes recursos naturales con presencia de comunidades indígenas, es por esta razón, que existe la necesidad de implementar mecanismos efectivos para proteger los derechos de dichos pueblos y viabilizar la gestión estatal.

El desarrollo económico de los estados latinoamericanos, está comprendido principalmente por la explotación de recursos naturales renovables y no renovables, convirtiéndose en una de sus principales fuentes de ingresos; no obstante la gran importancia que representa la explotación de recursos naturales para un Estado, existen aún problemas en la viabilidad de ejecutar proyectos de exploración a gran escala.

1.2.- La Organización Internacional del Trabajo (OIT).

1.2.1.- Origen.

Al culminar la Primera Guerra Mundial, con la firma del tratado de Versalles el veinte y ocho de junio de mil novecientos diecinueve, se crea definitivamente la Organización Internacional de Trabajo, u OIT, misma que se encuentra contemplada en su sección XIII, del mencionado tratado de Paz. No obstante, la OIT fue fundada el diecinueve de abril de mil novecientos diecinueve en el preámbulo de las negociaciones de Paz en las Conferencias de París y posteriormente en Versalles.

La OIT, fue creada con un gobierno tripartito, en el cual figuraban representantes del gobierno, los sindicatos y los empleadores. En la actualidad son 184 países que han sancionado la aplicación de la OIT. Cabe indicar que la OIT no tiene capacidad sancionadora sobre los Estados miembros.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), fue la primera institución u organismo de carácter internacional en estudiar y posteriormente en emitir informes relacionados al reconocimiento de los derechos de los pueblos

indígenas, puesto que, ni la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni la Convención sobre la Discriminación Racial, tomaron en cuenta los derechos de los pueblos indígenas en sus articulados, no obstante, en el año 2007, la Organización de la Naciones Unidas (ONU) emitió la primera Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

1.3.- Convenio 169, DE LA OIT.

El Convenio 169, dictado por la Organización Internacional del Trabajo, entró en vigor el cinco de septiembre de mil novecientos noventa y uno, y hasta la actualidad son veinte y seis países que han ratificado su aplicación. Entre ellos están; México Honduras, Nicaragua, Ecuador, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Perú, Venezuela, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Nepal, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Paraguay, República Centroafricana y España. Como antecedente histórico, podemos indicar que Noruega en el año de 1970, fue el primer país en ratificarlo.

El Convenio 169 de la OIT, al ser resultado de la revisión al Convenio 107 de 1957, desarrolla dos innovaciones en cuanto al derecho internacional se refiere; esto es, el concepto de pueblos indígenas y tribales y la figura de la Consulta a los mismos. El derecho a la Consulta libre e informada se encuentra amparado en el artículo 6 del mencionado instrumento internacional;

“Art. 6. 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...) 2. Las Consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias,

con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (Convenio 169 OIT, 1989).

“Art. 15; 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a Consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades” (Convenio 169 OIT, 1989).

La iniciativa y una vaga idea de creación de lo que hoy en día es el Convenio 169 de la OIT, para proteger los derechos de los pueblos indígenas, se remonta a los años de 1889 y 1890 en las conferencias de Berlín y Bruselas respectivamente, donde se trató las mejoras en las condiciones de vida y el bienestar de los pueblos aborígenes del África.

Las poblaciones indígenas han sido un tema de particular preocupación para la Organización Internacional del Trabajo, ya que desde su creación en 1919, se han realizado varios estudios entorno a sus necesidades, requerimientos y derechos; es así que en 1926, se crea un Comité de Expertos en Trabajo Nativo, el cual tendrá basta importancia en la elaboración de los Convenios que se emitirán con posterioridad, como por ejemplo; Convenio Número 29 de 1930, el cual trata sobre el Trabajo Forzado, obligando a los Estados a suprimir cualquier tipo de trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas; Convenio Número 59 de 1936, Reclutamiento de Trabajadores Indígenas; Convenio Número 64 de 1939, Contratos de Empleo para Trabajadores Indígenas;

Convenio Número 65 de 1939, Sanciones Penales (Trabajadores Indígenas) entre otros.

Sin embargo, el principal aporte de la OIT sobre los derechos de los pueblos indígenas, es el Convenio 107 de 1957, que fue revisado en 1989 y dio las bases principales mediante las cuales el Convenio 169 fue creado.

1.3.1.- Ámbito y Aplicación.

Los derechos reconocidos a las comunidades indígenas por otros Convenios, tratados, instrumentos internacionales, leyes, o la propia normativa interna de un determinado Estado, no se ven afectados por la aplicación del Convenio 169 de la OIT, ya que las disposiciones contempladas en el mismo, de acuerdo a las disposiciones Generales del Convenio, no deberán menoscabar sus derechos previamente reconocidos.

El anuncio de ciertos derechos contemplados en la Constitución, no puede ser causa de la negación o la rebaja de otros derechos de los cuales las comunidades indígenas son titulares. Es decir, aunque la Constitución ampare ciertos derechos fundamentales no puede eximirse de no incluir otros derechos existentes.

Los derechos reconocidos a las comunidades indígenas forman un conjunto de normas que sin estar integradas o consagradas en el texto constitucional, hacen parte de ella, de acuerdo a los principios del derecho constitucional.

“En la doctrina se entiende por *“bloque de constitucionalidad”* el conjunto de normas que no constando en la Constitución formal, o sea en el texto preparado por la Asamblea Constituyente y aprobado por el pueblo en el referéndum, forman parte de ésta porque la misma Constitución les reconoce ese rango y papel y, por lo que se relaciona con los derechos humanos, las listas que contengan estas normas hay que sumar a la

lista constitucional (Arts. 11.3 y 84) y, en caso de conflicto, se ha de aplicar la que de mejor manera y más efectivamente garantice la dignidad de la persona o de la colectividad (Arts. 11.5 y 417)”(Cesar, 2009, pp 67).

No obstante, los tratados internacionales de Derechos Humanos pueden reconocer derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, en este evento aquellos derechos prevalecerán sobre cualquier otro ordenamiento jurídico. “(...) los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”(Constitución de Ecuador, 2008, art, 424).

Sin embargo, puede darse el caso que una norma o ley interna reconozca mejores derechos a los pueblos indígenas: para esta situación podemos invocar el principio de progresividad de los derechos humanos, mediante el cual, las leyes o normas que otorguen más derechos y ventajas a las personas o colectivos serán las que tengan plena vigencia.

El principio de progresividad de los derechos humanos en cuanto a la preferencia de una norma, concede la facultad de aplicar aquella que sea más favorable a una persona en un caso concreto. “(...) En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”(Constitución de Ecuador, 2008, art, 11, ins 5).

El principio de progresividad de los derechos lo encontramos en distintos apartados de la Constitución de Ecuador y la Convención Americana de Derechos Humanos:

“(...) En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no

restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”(Constitución de Ecuador, 2008, art, 417).

“(…) b), señala que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados (...)”(Convención Americana de Derechos Humanos, art 29, lit b).

El Convenio 169, recoge este principio en su artículo 35 en virtud del cual se deben aplicar las normas o incluso las costumbres, recomendaciones, laudos o acuerdos nacionales que otorguen más derechos y ventajas a los pueblos indígenas.

“La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”(Convenio 169 OIT, art, 35).

De igual manera, puede darse el caso que una ley o norma interna restrinja algún derecho reconocido por normas Internacionales o la Constitución, en tal evento, los principios de aplicación de los derechos indica claramente que dichas normas que van en desmedro de un derecho serán inválidas o faltas de eficacia jurídica. “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales” (Constitución de Ecuador, 2008, art, 11, ins 4).

Una parte de suma importancia en la aplicación del Convenio 169, es la obligación del Estado y su responsabilidad de adecuar en cuanto sea posible

su legislación interna con el fin de asegurar el pleno goce de los derechos Humanos y los Derechos Específicos de las Comunidades Indígenas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos indica en una de sus sentencias que “implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”(Caso *Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166).

Por su parte la Constitución de Ecuador, en el Título III, sobre las Garantías Constitucionales, indica que: “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades” (Constitución de Ecuador, 2008, art, 84).

1.3.2.- Mecanismos de supervisión del Convenio 169.

Los mecanismos de superación del Convenio 169, de la OIT, entran en funcionamiento después de su ratificación por parte del Estado, los mismos que sirven para garantizar la plena aplicación del mismo.

Cabe mencionar que la Organización Internacional del Trabajo, es un organismo internacional sin capacidad o poder coercitivo sobre los Estados signatarios, no obstante, su supervisión se maneja bajos los principios de diálogo permanente y la persuasión.

Cada año, los Estados miembros, obligatoriamente deben enviar un informe detallado sobre la aplicación del convenio, el cual debe contener el detalle de

su aplicación tanto en la práctica como en materia legal. Este informe es revisado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), quienes analizan la información para luego presentar sus comentarios a la Comisión de la Conferencia. Los Estados, después de la emisión de los comentarios por parte de la Comisión de Expertos, revisan y examinan su situación que a menudo es asistida por la OIT, con el fin de mejoras y resolver sus dificultades y problemas internos.

“Artículo 22.- Cada uno de los Miembros se obliga a presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se haya adherido. Estas memorias serán redactadas en la forma que indique el Consejo de Administración y deberán contener los datos que éste solicite” (Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, 1919, art 22).

Las Organizaciones civiles, de forma voluntaria, también pueden presentar un informe detallado sobre la aplicación del Convenio por parte del Estado.

1.3.2.1.- Informe de Ecuador

A intervalos de uno a cinco años, los Estados miembros, obligatoriamente deben enviar a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC), un informe detallado sobre la aplicación del convenio, el cual debe contener el detalle de su aplicación tanto en la práctica como en materia legal.

El Gobierno de Ecuador, en cumplimiento al artículo 22 de la Constitución de la OIT, presenta su informe sobre el cumplimiento del Convenio Número 169 desde su ratificación en 1999 hasta julio de 2006.

En cuanto al área social: 1) Se expone que existen varias dificultades para los censos, en especial a las comunidades o pueblos en aislamiento voluntario, sin embargo indica que se están tomando medidas con el fin de asegurar su permanencia como no contactados, (no indica que medidas), 2) problemas con la incidencia de la pobreza en los indígenas que en los no indígenas. En el área legal: El Gobierno de Ecuador, al momento de elaborar el presente informe, está llevando a cabo un proceso de adopción de una nueva Constitución, razón por la cual, la información contenida en dicho informe, es provisional. No obstante, el Gobierno indica con interés que a partir de la nueva Constitución se producirán cambios importantes y un progreso para los pueblos indígenas. En torno a este tema la Comisión indica: “Para hacerse una idea más completa de los cambios que esta Constitución implica, la Comisión necesita más información sobre las modificaciones producidas en la legislación y en la práctica, a partir de la nueva Constitución. En consecuencia, la Comisión solicita al Gobierno que tenga a bien informar sobre los principales cambios en la legislación y en la práctica respecto del Convenio, resultantes de la adopción de la Constitución de 2008”(Informes de la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), 2009).

En lo referente a la aplicación del convenio 169, y en especial a la adecuación de mecanismos, el Ecuador informa sobre la creación de la Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana. Esta dependencia, está llamada a velar y defender los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, la cual agrupa tres instituciones:

1. Consejo de Desarrollo de los Pueblos Afro ecuatorianos (CODAE),
2. Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas (CODENPE) y
3. Consejo de Desarrollo del Pueblo Montubio de la Costa Ecuatoriana y Zonas Subtropicales de la Región Litoral (CODEPMOC).

“La Comisión invita al Gobierno a institucionalizar y fortalecer los órganos rectores de la política indígena así como la participación indígena en dichos órganos y a proporcionar información sobre las medidas adoptadas al respecto, así como información relativa a:

- 1) la actividad de dichos órganos, y
- 2) La manera en que se concreta la participación indígena en los mismos, a efectos de los artículos 2 y 33 del Convenio”, (Informes de la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones CEACR, 2009).

Al seguimiento de actividades nocivas para los pueblos indígenas, el Ecuador informa que el Ministerio de Minas y Petróleos, está evaluando las concesiones mineras otorgadas, con particular interés en los Bloques 24, 31, 18 ubicados en la amazonia ecuatoriana, y las que están en proceso de licitación con el fin de evitar menoscabar los derechos de las comunidades indígenas, y en especial el derecho a la consulta previa.

La Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), en base a sus facultades, solicita al Gobierno de Ecuador lo siguiente: Elaborar un catastro total de tierras ocupadas por comunidades negras e indígenas que aún no han sido delimitadas y titularizadas, puesto que el Ecuador no cuenta con información precisa y actualizada en torno a las tierras ocupadas por comunidades indígenas. Informar sobre los mecanismos adoptados para implementar el derecho a la consulta previa frente a las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar los derechos indígenas amparados por el convenio. Reforzar su sistema legal, en cuanto a capacitar jueces, fiscales y defensores públicos que conozcan del tema. Implementar sistemas de supervisión de aplicación de sentencias dictados por organismos nacionales e internacionales. Informar sobre los cambios en la legislación y en la práctica referente al Convenio. Inclusión del requisito de la consulta previa en la legislación relacionada con la explotación de recursos naturales. Adoptar medidas que prevean sanciones contra todo tipo de

intrusión no autorizada en las áreas ocupadas por las comunidades indígenas no contactados.

1.4.- Inmersión del Convenio 169 De La OIT en la normativa interna.

1.4.1.- Jerarquía del Convenio.

Es de suma importancia analizar como el Convenio 169 de la OIT, se encuentra inmerso dentro de la normativa jurídica de un Estado miembro, para conocer su relevancia y su forma de aplicación.

1.4.1.1.- Ecuador.

El Convenio 169 de la OIT, es sancionado por el Estado ecuatoriano el quince de mayo de mil novecientos noventa y ocho, bajo el amparo de la Constitución Política de la República vigente desde el 10 de agosto de 1998 hasta el 20 de octubre de 2008 cuando entro en vigencia la actual Constitución de 2008.

Los Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador son de categoría supra legal, puesto que, se encuentra sobre las leyes, normas y reglamentos internos nacionales pero sujetos a lo que establece la Constitución. “(...). “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución.” (Constitución de Ecuador, 2008, art 417). Sin embargo, los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos son de categoría supra constitucional, ya que de acuerdo al artículo 424, prevalecen sobre cualquier otra norma: “(...) La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público” (Constitución de Ecuador, 2008, art 424).

A más del carácter supra constitucional que ostenta el Convenio en mención, cabe indicar que para su efectiva aplicación se deben atender principios como

la aplicación de la norma más progresiva, la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos, el principio pro hominimi, de modo tal que el goce de los derechos que amparan a los pueblos indígenas no puedan ser restringidos por falta, contradicción o restricción contenida en alguna norma nacional.

“El artículo 424 de la Constitución de Ecuador, enuncia el reconocimiento de la primacía de los tratados internacionales “...que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución...”(Constitución de Ecuador, 2008). En tal virtud, la carta magna establece la vigencia de la teoría del *bloque de constitucionalidad*, ya que los derechos no previstos por el ordenamiento nacional, pero reconocidos por el Derecho Internacional “...se encuentran incorporados al derecho interno de cada país con la misma jerarquía que la Constitución pero sin integrarla. Constituyen el bloque de constitucionalidad, es decir el conjunto de disposiciones que incluyen a la Constitución y al resto de las normas con su mismo rango.” La cláusula abierta del Art. 11, núm. 7 de la Constitución, lo afirma” (derechoecuador.com, 2013,).

“(...) En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución” (Constitución de Ecuador, 2008, art 417).

“(...) Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte” (Constitución de Ecuador, 2008, art 11).

1.4.1.2.- Perú.

Mediante Resolución Legislativa número 26253, aprobada el veinte y seis de noviembre de mil novecientos noventa y tres por el Congreso Constituyente, el Estado peruano ratificó el Convenio 169 de la OIT, bajo el amparo del artículo 105 de la Constitución de 1979, dándole al Convenio jerarquía Constitucional;

“Artículo.- 105. Los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humanos, tiene jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución” (Constitución de Perú, 1979, art 105).

Hoy en día, la actual Constitución peruana en su disposición final y transitoria cuarta, le da al Convenio y a los tratados internacionales jerarquía supra legal;

“(…) Cuarta.-Interpretación de los derechos fundamentales: Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (Constitución de Perú, 1993).

1.4.1.3.- Brasil.

El Convenio 169 de la OIT, fue ratificado por Brasil, el veinte y cinco de julio del año dos mil dos. El Congreso Nacional de Brasil demoró casi diez años en ratificar el contenido íntegro del Convenio en mención, puesto que, términos como el de “propiedad” o “pueblos”, fueron duramente criticados y debatidos por encontrarse en contradicción a la Constitución Brasileña.

Un grupo numeroso de legisladores brasileños se opusieron a la sanción del Convenio 169 de la OIT, por considerar que el término de propiedad utilizado en el Convenio, hace referencia a la protección de las tierras indígenas y

tribales en contraposición a la Constitución Brasileña, puesto que, la Constitución reconoce a los indígenas la posesión permanente e indefinida de tierras, pero las mismas son de propiedad de la Unión Federativa de Brasil.

El artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, dispone “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos,(...)” (Convenio 169 OIT, 1989, art 14).

La Constitución Brasileña por su parte indica que:

“Artículo 231. Son tierras tradicionalmente ocupadas por los indios las por ellos habitadas en carácter permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles a la preservación de los recursos ambientales necesarios a su bienestar y las necesarias a su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones” (Constitución de la República Federativa de Brasil, 1988, art 231).

En cuanto a la jerarquía del Convenio 169 de la OIT en Brasil, tiene nivel Constitucional, puesto que les da categoría de derechos fundamentales a aquellos contemplados en convenios internacionales. Es así como el artículo cinco de la Constitución brasileña lo indica; “(...) Los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte” (Constitución de la República Federativa de Brasil, 1988, art 5).

1.4.2.- Los Sujetos del Convenio 169 de la OIT.

El convenio 169 de la OIT, al igual que el Convenio 107, indica en su primer artículo, los criterios mediante los cuales se pueden identificar los sujetos a quienes aplica el presente Convenio.

“Artículo 1.- El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2.- La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio. 3.- La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”(Convenio 169 de la OIT, 1989, art 1).

La parte fundamental del mencionado artículo, es la implementación de auto identificación de indígena, de permanecer distinto al resto de la sociedad que los rodea, lo que desconvoca en el ejercicio de su derecho al auto determinación.

El derecho a la autodeterminación de los pueblos, es uno de los pilares fundamentales del Derecho Internacional Contemporáneo, conocido como un

derecho de tercera generación originario de la segunda posguerra. Está íntimamente ligado con la demanda de un ambiente sano y libre de problemas, en armonía con la solidaridad de la comunidad mundial. El derecho a la autodeterminación de los pueblos depende de la libre elección de la condición política, la soberanía de los pueblos sobre sus recursos naturales, la igualdad de los derechos de los pueblos y la no discriminación

Para los pueblos indígenas, el derecho de autodeterminación es una cuestión de igualdad y equidad, de ser tratados y vistos como todos los demás. Es un principio que proclama el derecho de los habitantes de un determinado territorio a decidir voluntaria y libremente su forma de auto - gobierno, su organización y alcanzar su desarrollo económico, social y cultural sin injerencias de ninguna naturaleza con armonía al principio de igualdad.

El derechos a la autodeterminación está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, en el Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y en el Convenio Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Convención Interamericana de los Derechos Humanos no reconoce o no lo indica tácitamente el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, no obstante, reconoce derechos encaminados a proteger los derechos de los pueblos sobre sus riquezas y recursos naturales. Entre estos derechos encontramos, el derecho a la vida (art. 4), el derecho al reconocimiento de la dignidad (art. 11) y el derecho a la propiedad privada (art. 21).

Sobre la base del derecho a la autodeterminación de los pueblos, se derivan todo los demás derechos, entre estos, el reconocimiento de los sistemas de Gobierno e Instituciones Indígenas, los derechos relativos a los recursos naturales, a la tierra por ellos habitada y el respeto a la protección de la cultura indígena, creencias, costumbres y a la propiedad intelectual.

En Ecuador, un claro ejemplo de la autodeterminación de los pueblos indígenas, está reflejado en la Declaración de Quito de 1990, la cual indica:

“La autodeterminación es un derecho inalienable e imprescriptible de los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas luchamos por el logro de nuestra plena autonomía en los marcos nacionales. La autonomía implica el derecho que tenemos los pueblos indios al control de nuestros respectivos territorios, incluyendo el manejo de todos los recursos naturales del suelo, subsuelo y espacio aéreo (...) Por otra parte, la autonomía significa que los pueblos indios manejaremos nuestros propios asuntos, para lo cual constituiremos democráticamente nuestros propios gobiernos (autogobiernos)” (Primer Encuentro Continental de los Pueblos Indígenas, 1990).

El control de los territorios, y en especial el manejo de los recursos naturales del suelo y subsuelo, son de particular conflicto entre las comunidades indígenas y el Estado, dado que abundan los casos en los cuales se ha justificado una concesión minera o petrolífera en las zonas indígenas, con base a la titularidad estatal del subsuelo, restringiendo así los derechos indígenas sobre las tierras. Ejemplos claros de lo antes dicho, son los permisos de explotación concedidos a las empresas REPSOL – YPF y PETROBRAS, las cuales han desarrollado actividades mineras petroleras en las Reservas de la biosfera del Yasuni.

La Convención N 169 de la OIT, era el único instrumento internacional que protegía específicamente los derechos de los pueblos indígenas, no obstante, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas, permite reforzar la protección de los derechos indígenas con mucha más amplitud, puesto que, se reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a gozar plenamente, ya sea colectiva o individualmente, de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el

derecho internacional sobre los derechos humanos, después va más allá, al reconocer el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación y sus derechos sobre sus tierras y recursos. Sin embargo la Declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la auto-determinación, hay que subrayar que no define “pueblos indígenas”.

“Artículo. 2: Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (Declaración Sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, 1960, art 2).

“En virtud del principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin interferencia externa, su condición política, y de promover su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta” (Declaración Sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, 1970).

En este mismo sentido, cabe aclarar algunos conceptos y definiciones en torno a los pueblos o poblaciones y al significado de indígena. El Convenio 169 de la OIT, acoge el término de pueblos en un sentido más amplio, puesto que reconoce a una colectividad la propiedad de su cultura, creencias históricas, organización y cultura.

De acuerdo a El-Hajje Osman, el término “pueblo” se lo entiende como: “a) (...) designa una entidad social que posee una identidad evidente y tiene características propias; b) implica una relación con un territorio, incluso si el

pueblo de que se trata ha sido injustamente expulsado de él y reemplazado artificialmente por otra población” (Osman, 1994, pp 82).

El significado de Indígena, revela la conservación de idioma, instituciones y forma de vida diferentes a las costumbres predominantes de los pobladores colonizadores, en este sentido el Relator Especial Martínez Cobo indica que el fundamento del indigenismo radica en los 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 la sociedad que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos; los que constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y; los que tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones y sus sistemas legales” (Martínez, 1974, pp 198).

Los pueblos indígenas, a lo largo de la historia han sido considerados como una minoría, entendiéndose a ésta, según Francesco Capotorti, como:

“(…) un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, que se encuentra en una posición no dominante y cuyos miembros, que son nacionales del Estado, poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes de las del resto de la población y manifiestan, aunque sólo sea implícitamente, un sentimiento de solidaridad para preservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma” (Capotorti, 1977, pp 35).

CAPÍTULO II

2.- LA CONSULTA PREVIA.

La Consulta constituye un derecho humano exigible por cualquier ciudadano o ciudadana como una forma de participación y pleno ejercicio de la democracia más allá del voto. Además, es un mecanismo mediante el cual se garantiza el pleno ejercicio de los derechos ambientales y los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas sobre los proyectos de explotación de recursos naturales renovables y no renovables que puedan afectar directa o indirectamente la subsistencia y el modo de vida de las comunidades afectadas.

2.1. Carácter de la Consulta.

2.1.1.- Propósito.

Vivir en un ambiente sano y libre de contaminación es un derecho amparado en la mayoría de las Constituciones en América Latina, y la Consulta constituye un mecanismo que permite cumplir y asegurar el cumplimiento de dicho derecho. La obligación de los Estados es precautelar y proteger el patrimonio natural y cultural del país. En el caso de Ecuador, así lo analiza Carmen Estrella:

“La inclusión en la Carta Política del derecho a un medio ambiente sano como derecho colectivo es, al mismo tiempo, el reconocimiento de un derecho subjetivo de cada uno a disfrutar de un ambiente adecuado; presupuesto del disfrute y ejercicio de los demás derechos por la íntima vinculación del ambiente con el nivel de vida en general. En tanto al derecho colectivo, reconoce el interés de todos quienes conviven en un medio determinado de la sociedad en su conjunto, considerando que la conservación, modificación, degradación, destrucción, enrarecimiento, consumo sin reposición del medio ambiente, afecta no solo a las actuales sino a las futuras generaciones” (Estrella, 2006, pp.3).

No obstante, la Consulta tiene un segundo propósito, el de ser un mecanismo de acercamiento a las comunidades indígenas constituyéndose en una alternativa para la solución de conflictos entre el Estado ejecutor de obras y proyectos públicos, empresas privadas y la comunidad indígena afectada. Es decir, es un mecanismo de negociación, en el cual se pueden dilucidar los posibles impactos negativos a la comunidad indígena, así lo considera Jorge Albán “Un mecanismo eficiente para generar confianza, que se revertirá no solo en un mejoramiento de la capacidad de análisis y debate, en el ámbito interno, sino en que los programas del sector tengan mayor credibilidad entre los actores” (Albán, 2003, pp149).

De igual manera Xavier Izko, analista petrolero lo considera así “la Consulta representa una gran oportunidad de ordenamiento del caos socio-ambiental y económico que asedia al sector petrolero, que constituye la institucionalidad de una práctica democrática, generadora de acuerdos entre la sociedad y el Estado sobre el alcance y las prácticas de la operación petrolera”(Izko, 2004, pp 88).

La Consulta debe ser una línea de comunicación entre los actores, que permita llegar a un acuerdo y una decisión mutua. Las partes involucradas deben ceder mutuamente para llegar a una decisión consensada. Ramón Esteban Laborde, abogado de la Fundación Gaia de Colombia indica que “(...) adquiere un carácter de no confrontación, sino de dialogo e interacción entre las partes, con miras a obtener el mencionado acuerdo, es decir, invita a tener una actitud propositiva y de entendimiento” (Rojas, Cordero, Figueroa, Laborde, Pinto, 2009, pp 89).

“El requisito de que las Consultas deban tender a la consecución de un acuerdo implica que éstas no pueden consistir simplemente en informar a las comunidades indígenas sobre las medidas susceptibles de afectarles. Los procedimientos de Consulta deben ser diseñados de forma que se les conceda a los pueblos indígenas la oportunidad de

influir de forma efectiva en las decisiones que afectan a sus intereses. Esto requiere que los gobiernos entablen un diálogo con estos pueblos sobre las posibles consecuencias de esas decisiones antes de que éstas sean tomadas. También requiere una serie de garantías procedimentales que tengan en cuenta los propios mecanismos indígenas de toma de decisiones, incluyendo las costumbres y estructuras organizativas pertinentes, y garantizando que los pueblos indígenas tengan acceso a toda la información y a la asesoría que sean necesarias” (James, 2005, pp 235).

La Organización Internacional del Trabajo a través de su Convenio 169, institucionaliza a la Consulta como aquel instrumento necesario para llevar a cabo procesos de diálogo y negociación entre el Estado y las comunidades indígenas afectadas.

Sin embargo, el propósito de la Consulta es diferente desde el punto de vista de los gobiernos, puesto que, lo consideran como un mecanismo de oposición a proyectos convirtiéndose en un obstáculo para la ejecución de los mismos. Es entonces donde la Consulta se convierte en una mera formalidad tornando las relaciones Estado – Comunidad en tensas, imperiosas y agresivas que agudizan y complican el dialogo.

Al respecto, la sentencia SU- 039/97, resuelta por la Corte Constitucional de Colombia indicó:

“Cabe precisar que el derecho a la Consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales,

forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-039/97).

La obligación de los Estados de Consultar a los pueblos y comunidades indígenas que se encuentran en zonas de afectación de proyectos mineros, no significa bajo ningún precepto, la constitución del derecho al veto sobre decisiones o políticas que puedan afectar a todo el país, sino que constituyen un compromiso mediante el cual se puedan realizar verdaderas Consultas en las que los pueblos y comunidades indígenas puedan expresar sus puntos de vista, y que estas puedan influir de alguna manera en la decisión Estatal.

2.1.2.- Sujeto Consultado.

Antes de determinar el sujeto Consultado, es necesario ubicar plenamente al sujeto Consultante, en este sentido podemos ubicar las obligaciones y derechos que tienen las partes involucradas.

Bajo el amparo del Convenio 169 de la OIT, el artículo siete determina cuales son las partes inmersas en el proceso de Consulta; por una parte el Estado, a través de sus dependencias y autoridades competentes; y los pueblos o comunidades interesadas por otra.

En este sentido, el Estado es el único autorizado para llevar a cabo el proceso de Consulta a los pueblos y comunidades indígenas, de acuerdo al Convenio 169 de la OIT.

“Artículo 7.- (...) 4) Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan” y en concordancia con el artículo dos “Artículo 2.- 1) Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger

los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad (Convenio 169 OIT, 1989, art 7 y 2).

El deber de Consultar es una obligación a cargo de los gobiernos y no de las empresas privadas. En Ecuador, la obligación de llevar a cabo la Consulta a los pueblos y comunidades indígenas se encuentra consagrada en los deberes del Estado: “Artículo. 3.- Son deberes primordiales del Estado: 7. Proteger el patrimonio natural y cultural del país” (Constitución de Ecuador, 2008, art 3). En el caso de Brasil la obligación de llevar a cabo la Consulta a los pueblos y comunidades indígenas lo encontramos en artículo 231 numeral tres de su Carta política;

“Artículo. 231.- 3. El aprovechamiento de los recursos hidráulicos, incluido el potencial energético, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas sólo pueden ser efectuadas con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción, en la forma de la ley” (Constitución Política de la República Federativa de Brasil, 1988, art 231).

Sin duda alguna, el sujeto Consultado es el pueblo o comunidad indígena que se encuentra directamente afectada. Así lo ordena el convenio 169 de la OIT, en su artículo seis sobre la aplicación de disposiciones: “Artículo. 6.- 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” (Convenio 169 de la OIT, 1989, art 6).

2.1.3.- Oportunidad de la Consulta.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de 12 de Agosto de 2008, (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), en el Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, estableció que el Estado tiene el deber y la obligación de Consultar a los pueblos y comunidades indígenas en temas relacionados con la extracción de recursos naturales que se encuentren en sus territorios y estableció que las Consultas se deben efectuar como mínimo en torno a seis materias:

“(…) la Sentencia ordena al Estado Consultar con el pueblo Saramaka al menos acerca de los siguientes seis asuntos: (1) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka; (2) el proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran; (3) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; (4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente Consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; (5) sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental, y (6) en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio Saramaka”(Corte I.D.H., Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, párr. 18).

Bajo este presente, podemos determinar que la Consulta se debe llevar a cabo cuando;

Uno.- Verse sobre el otorgamiento de títulos colectivos del territorio.

Dos.- Verse sobre el reconocimiento de su capacidad legal colectiva como una comunidad o pueblo indígena.

Tres.- Verse sobre la adopción de medidas administrativas o legislativas que vayan en desmedro de sus derechos a la permanencia del territorio que tradicionalmente han ocupado.

Cuarto.- Verse sobre los estudios previos de impacto social y ambiental, y

Quinto.- Versen sobre la adopción de medidas administrativas tendientes a la restricción de los derechos de propiedad.

2.1.4.- Procesos Participativos

“Los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les conciernan” (Declaración de Viena, 1993, numeral 20).

La participación en la toma de decisiones legislativas o administrativas, requiere que el Estado, a través de sus autoridades competentes, establezca los medios y mecanismos mediante los cuales los pueblos y comunidades indígenas ejerzan su derecho a la participación. “Artículo. 6.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;(...)” (Convenio 169 de la OIT, 1989, art 6).

El fundamento democrático de participación de los pueblos indígenas, se ha desarrollado plenamente en los Estados modernos, estableciendo iniciativas de desarrollo a través de la interacción entre dirigentes indígenas y el Estado.

El objetivo de la participación de los pueblos y comunidades indígenas en torno a la toma de decisiones legislativas o administrativas, es dar en cierta medida, el poder y el control a las mismas para decidir sobre su presente y futuro, obligando al Estado a establecer políticas para hacerlo posible.

2.1.4.1.- Procedimiento.

La Consulta es un proceso, catalogado así por el Convenio 169 de la OIT, puesto que las formas de gobierno y representación de los indígenas, sus costumbres culturales y étnicas, demandan del Estado una metodología adecuada para que la comunidad y sus representantes conozcan y tengan pleno conocimiento de la normativa y sobre los proyectos que se van a realizar. La Consulta a los pueblos indígenas, en Ecuador, se encuentra reconocida en el artículo 57 de la Constitución de la República;

“Artículo. 57.- Se reconoce y garantizara a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...] 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; 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.

[..} 17 Ser Consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos” (Constitución de Ecuador, 2008, art 57).

No obstante, la Constitución la República de Ecuador vigente, y la Constitución de 1998, reconocen a la Consulta Ambiental dirigida a la población en general, así como a la Consulta dirigida a los pueblos y nacionalidades indígenas. Sin embargo, la normativa infra constitucional confunde las dos Consultas.

La Consulta Ambiental es aquella que se debe realizar cuando un proyecto, no necesariamente minero, pueda afectar al medio ambiente y al ecosistema y que afecte a un determinado grupo de personas.

“Artículo. 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” (Constitución de la República de Ecuador, 2008. Art 398).

En la normativa interna ecuatoriana no existe instrumento legal de menor rango que regule el procedimiento de la Consulta a los pueblos indígenas, únicamente existen dos Decretos Ejecutivos, que se los analizará en el siguiente capítulo, pero si existe normativa a la Consulta Ambiental que se encuentra amparada por el Decreto 1040, la Ley Minera y la Ley de Gestión Ambiental. El Decreto Ejecutivo 1040, publicado en el Registro Oficial número 322, reglamenta la Consulta Ambiental y su procedimiento, pero confunde la Consulta Ambiental con la Consulta a los pueblos indígenas;

“Artículo 26.- PROCEDIMIENTO PARA PUEBLOS INDIGENAS Y AFROECUATORIANOS.- El procedimiento de participación social

señalado en este reglamento, se aplicara sin perjuicio del régimen especial que otorga los artículos 84 y 85 de la Constitución Política de la República a los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afro ecuatorianos” (Decreto Ejecutivo 1040, Registro Oficial 322, art 26).

Cabe indicar que el decreto en mención fue dictado el ocho de mayo del año dos mil ocho, es decir cinco meses antes de aprobarse la Constitución de la República de Ecuador, el veinte de octubre de 2008.

El proceso de la Consulta se convierte en mero formalismo, puesto que, según el Decreto 1040, se lo llevará a cabo antes de la aprobación de los estudios de impacto ambiental del proyecto, una etapa posterior a la firma de un contrato; todo lo indicado concordante con la Ley Minera que establece que la Consulta se deberá llevar a cabo en cada una de las fases de la actividad minera, es decir; la prospección, exploración, explotación, beneficio, fundición, refinación, comercialización y cierre de minas; pero deja afuera la posibilidad de Consultar a la comunidad indígena sobre el acto administrativo de la concesión minera.

La Ley de Gestión Ambiental en su artículo 28 determina que:

“Artículo. 28.- Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán Consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado. Se concede acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal por denuncias o acusaciones temerarias o maliciosas. El incumplimiento del proceso de Consulta al que se refiere el artículo 88 [referente a la Consulta previa ambiental] de la Constitución Política de la República tornará inejecutable la actividad de

que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos”(Ley de Gestión Ambiental, 2004, art 28).

Desde la vigencia de la Constitución de la República el veinte de octubre de dos mil ocho, la Ley de Minería es el único instrumento jurídico con jerarquía de una Ley, que hace referencia a la Consulta a los pueblos indígenas, así como también sus características y fines;

“Art. 87.- Derecho a la información, participación y Consulta.- El Estado, es responsable de ejecutar los procesos de participación y Consulta social a través de las instituciones públicas que correspondan de acuerdo a los principios constitucionales y a la normativa vigente. Dicha competencia es indelegable a cualquier instancia privada. Estos procesos tendrán por objeto promover el desarrollo sustentable de la actividad minera, precautelando el racional aprovechamiento del recurso minero, el respeto del ambiente, la participación social en materia ambiental y el desarrollo de las localidades ubicadas en las aéreas de influencia de un proyecto minero. En el caso que de un proceso de Consulta resulte una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de desarrollar el proyecto será adoptada por resolución motivada del Ministro Sectorial. Todo concesionario minero deberá respetar el derecho de las personas al acceso a los procesos de información, participación y Consulta en la gestión ambiental de las actividades mineras. Para todo proceso de Consulta, el ministerio de finanzas, proporcionara el respectivo presupuesto a través del ministerio sectorial(...) Art. 89.- Procesos de Participación y Consulta.- La participación ciudadana es un proceso que tiene como finalidad considerar e incorporar los criterios de la comunidad a la gestión social y ambiental de un proyecto minero, dicho proceso deberá llevarse a cabo en todas las fases de la actividad minera en el marco de los procedimientos y mecanismos establecidos en la Constitución y la ley. Art 90.- Procedimiento Especial de Consulta a Pueblos.- Los procesos

de participación ciudadana o Consulta deberán considerar un procedimiento especial obligatorio a las comunidades, pueblos y nacionalidades, partiendo del principio de legitimidad y representatividad, a través de sus instituciones para aquellos casos en que la exploración por la explotación minera se lleve a cabo en sus tierras y territorios ancestrales y cuando dichas labores puedan afectar sus intereses. De conformidad con el artículo 398 de la Constitución de la República” (Ley Minera, 2009, 87, 89 y 90).

No obstante, la Ley Minera, no ampara la obligación que tiene el Estado ecuatoriano de alcanzar el consentimiento libre e informado y previo de los pueblos y comunidades indígenas, y las consecuencias jurídicas que tendría la oposición de la misma a las decisiones legislativas o administrativas, y peor aún confunde el consentimiento previo libre e informado de los pueblos indígenas con el derecho de Consulta Ambiental a la comunidad en general.

2.1.4.2.- Información.

El proceso de información sobre el empleo de la Consulta a los pueblos indígenas, debe realizarse mediante una labor coordinada entre las instituciones gubernamentales y la o las comunidades que se encuentre en zona de afectación. La información que se debe proporcionar ayudará a las comunidades y a los demás actores del proceso (Ministerios, Gobiernos Autónomos Descentralizados, Juntas Parroquiales, etc) adoptar las reglas y los lineamientos bajo los cuales se llevará a cabo la Consulta.

La información es necesaria para que la comunidad indígena pueda conocer a fondo acerca del proyecto, sus impactos ambientales, económicos, culturales, sociales, tanto negativos como positivos, y para que la comunidad sea la que, a través de su propia reflexión comunitaria, de su veredicto u opinión sobre la aprobación o no del proyecto y finalmente su consentimiento.

En esta etapa, que por cierto debe ser la primera, busca sociabilizar a los actores del proyecto con la Consulta (Comunidad, Estado, Particulares interesados), pero también está dirigida en emplear reuniones de trabajo con el fin único de llegar a un conceso.

La sociabilización permite identificar a los actores del proceso de Consulta, e intercambiar puntos de vista sobre el proyecto a realizarse: En esta etapa deben intervenir; los representantes de las comunidades indígenas afectadas, representantes de los organismo gubernamentales, representantes de organismos de control como la Procuraduría General del Estado, Defensoría del Pueblo, representantes de organizaciones indígenas o Etnias, entre otras. Una vez reunidos los actores, se debe dar la presentación formal del proceso, y es aquí donde los actores deben intervenir para dar su información detallada y exhaustiva del mismo, con el fin de llegar a un acuerdo sobre las siguientes fases de la Consulta y las actividades acordadas entre ellos.

2.1.4.3.- Capacitación.

Los integrantes de los pueblos indígenas, por la falta de capacitación y preparación, se encuentran aislados o al margen del conocimiento de sus derechos y obligaciones, que les permita facilitar el entendimiento de las políticas Estatales. Es por esta razón, que es de importancia esencial la capacitación de los pueblos indígenas en temas relacionados a derechos humanos que los amparan. “Artículo 21.- 1. Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación alguna, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social”(Convenio 169, OIT, art 21).

La capacitación debe ser integral, y esta responsabilidad recae sobre las universidades e instituciones de investigación, que deben poner énfasis en el estudio de los derechos humanos de los pueblos indígenas en todos sus

aspectos, con el fin de obtener y proponer soluciones efectivas y razonables a sus problemas, contribuyendo a establecer estrategias de desarrollo y políticas ambientales, sociales y culturales adecuadas a sus necesidades inherente.

En virtud de lo antes indicado, se deben desarrollar políticas públicas e institucionales para incluir investigadores y profesionales indígenas en los procesos de Consulta, fomentando de esta manera; cursos, diplomados, foros, seminarios y convenciones de capacitación a profesionales indígenas en materia de derechos humanos y materias a fines.

El objetivo final de la capacitación en torno a la Consulta, es tomar conciencia sobre la realidad jurídica en torno a los derechos humanos que los amparan a los pueblos indígenas, y en un amplio sentido para facilitar el manejo y la comprensión del sistema legal propio y exclusivo de los pueblos indígenas a los operadores de justicia, abogados, jueces, fiscales, magistrados, defensores públicos, y demás personas inmersas e involucradas con los pueblos indígenas.

2.2.- Democracia y Participación.

2.2.1.- Aproximación al significado de democracia

Democracia; “el gobierno del pueblo”.

La democracia es el antónimo de la esclavitud y el sinónimo a los derechos humanos, y es por esta razón, que la historia reúsa a concebir el nacimiento de la democracia en Atenas, lugar donde la mayoría de sus habitantes eran esclavos, y las mujeres y extranjeros no tenían la calidad de ciudadanos. En la antigüedad, en Atenas, las decisiones eran tomadas por la asamblea de ciudadanos, constituyéndose en las primeras forma de organizaciones políticas.

El significado de democracia, históricamente ha sido concebido como la facultad del pueblo para elegir a quienes tenían la capacidad suficiente para

decidir los asuntos del Estado, y en consecuencia representarlos. A esto se lo conoce como la democracia representativa liberal clásica, en la cual el papel del ciudadano era totalmente limitado a elegir.

La democracia participativa, da un papel de mayor relevancia al ciudadano, puesto que, se entiende que éste sabe en realidad cuáles son sus necesidades y prioridades y por ende tiene un particular interés en obtener resultados a través de sus representantes.

No obstante la Democracia, tienes varias acepciones: En sentido amplio tiene una connotación de convivencia social donde sus miembros son libres e iguales entre ellos, y se interrelacionan bajo el mandato del contrato social. Y en sentido estricto, se la concibe como aquella organización del Estado, donde el colectivo (pueblo) adopta sus decisiones mediante mecanismo de participación.

Como se ha indicado, existen dos mecanismos clásicos mediante los cuales un Estado democrático, permite a sus habitantes expresar su punto de vista y sus posiciones frente a una determinada decisión o actuación estatal; Estas son la representación y la participación.

Mediante la representación, los ciudadanos eligen a personas quienes van a abogar o hablar por ellos, es decir, elegir representantes que gocen de legitimidad para interactuar con quienes toman decisiones que puedan afectarlos. Por medio de la participación, los ciudadanos se involucran directamente el proceso decisorio al punto de participar e interactuar en la toma de decisiones.

En cuanto a democracia en los términos de representación y participación de las comunidades indígenas, en la toma de decisiones estatales que puedan afectarles social, económica y culturalmente a sus miembros, se puede indicar lo establecido por el Convenio 169 de la OIT.

“Artículo 18.- Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”(Convenio 169, OIT, art 18).

2.2.2.- Participación ciudadana.

La participación ciudadana ha tomado un papel de suma importancia con la aprobación y entrada en vigencia de la Constitución de Ecuador en 2008: El significado de participación toma real aplicación en la vida política del país, puesto que elegir y ser elegidos, “pensamiento antiguo de participación”, se torna una ramificación pequeña frente al verdadero contenido que conlleva ejercer el derecho de la participación ciudadana. Participar en los asuntos de interés público, presentar proyectos de iniciativa popular normativa, ser Consultados, fiscalizar los actos del poder público, revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección Popular y desempeñar empleos y funciones públicas, el conformar partidos y movimientos políticos, son algunos de los derechos que el artículo 61 de la Constitución de Ecuador de 2008 contempla a favor de los ciudadanos y ciudadanas.

El artículo 95 de la Constitución de Ecuador de 2008, desarrolla ampliamente la participación en democracia el cual indica:

“Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad

e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria”(Constitución de Ecuador, 2008, art 95).

El derecho a la Participación Ciudadana tiene su propio ordenamiento jurídico y la Ley Orgánica de Participación Ciudadana en su objeto determina lo siguiente:

“Artículo. 1.- Objeto.- La presente Ley tiene por objeto propiciar, fomentar y garantizar el ejercicio de los derechos de participación de las ciudadanas y los ciudadanos, colectivos, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afro ecuatoriano y montubio, y demás formas de organización lícitas, de manera protagónica, en la toma de decisiones que corresponda, la organización colectiva autónoma y la vigencia de las formas de gestión pública con el concurso de la ciudadanía; instituir instancias, mecanismos, instrumentos y procedimientos de deliberación pública entre el Estado, en sus diferentes niveles de gobierno, y la sociedad, para el seguimiento de las políticas públicas y la prestación de servicios públicos; fortalecer el poder ciudadano y sus formas de expresión; y, sentar las bases para el funcionamiento de la democracia participativa, así como, de las iniciativas de rendición de cuentas y control social (Ley Orgánica de Participación Ciudadana, 2009, art 1).

Para confirmar el poder ciudadano como mandante y primer fiscalizador del poder público, la Constitución ecuatoriana, crea un cuarto poder del Estado, TRASPARENCIA Y CONTROL SOCIAL, teniendo como objetivo y mandato constitucional el promover e impulsar el control de las entidades y organismos del sector público y de las personas naturales o jurídicas que presten servicios de interés público. Y de igual manera establece su representación a través del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social cuyas atribuciones son:

“Artículo. 207.- El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social promoverá e incentivará el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsará y establecerá mecanismos de control social en los asuntos de interés público, y designará a las autoridades que le corresponda de acuerdo con la Constitución y la ley. La estructura del Consejo será desconcentrada y responderá al cumplimiento de sus funciones” (Constitución de Ecuador, 2008, art 207).

2.2.3.- Principios básicos en cuanto al ambiente y la participación ciudadana.

2.2.3.1. Desarrollo Sostenible.

Lograr un desarrollo compatible con la preservación del medio ambiente, es el mayor objetivo de la Declaración de Río, el cual está orientado a garantizar a los seres humanos un ambiente sano en armonía con la naturaleza.

“Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen”(Declaración de Río, 1992, Principio 7).

2.2.3.2. Precautelatorio.

El principio precautelatorio se encuentra reconocido en la Constitución de Ecuador de 2008, el cual consiste en tomar las debidas y necesarias acciones encaminadas a la conservación, cuidado y protección del ecosistema y biodiversidad. “Art. 259.- Con la finalidad de precautelar la biodiversidad del ecosistema amazónico, el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados adoptarán políticas de desarrollo sustentable que, adicionalmente, compensen las inequidades de su desarrollo y consoliden la soberanía”(Constitución de Ecuador, 2008, art 259).

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo señala en su principio 15 lo siguiente: “Con el fin de proteger el medio ambiente los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades” (Declaración de Río, 1992, Principio 15). “Las partes deberán tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos” (Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, 2005, art 3).

La Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, hace referencia al derecho de la población en general sobre participación y la información, y establece la participación individual o colectiva que puedan afectar directamente al ecosistema donde habitan, reconociendo una vez más el principio básico de participación de la ciudadanía.

“Artículo 23. Toda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernan directamente a su medio ambiente y, cuando éste haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización” (Carta Mundial de la Naturaleza, 1982, art 23).

2.3.- El medio ambiente.

2.3.1. Derecho Internacional del medio ambiente.

La preservación del medio ambiente y su equilibrio ecológico en el aprovechamiento de los recursos naturales renovables y no renovables que el planeta Tierra nos brinda, es el objetivo primordial del derecho Internacional del Medio Ambiente.

El derecho Internacional del Medio Ambiente se rige bajo dos principios; Vigilancia y Prevención, su objetivo no es el sancionar y condenar, sino el de proteger y salvaguardar al medio ambiente y en base a estos dos principios se convierte en un instrumento de gestión, puesto que, direcciona mecanismos de regulaciones administrativas de gestión de recursos naturales con el objetivo de evitar el daño o deterioro del medio ambiente.

2.3.2.- Factores del deterioro Ambiental.

Los daños ocasionados a los ecosistemas con la desmedida explotación de los recursos naturales renovables y no renovables para satisfacer las insaciables necesidades humanas, el daño de la capa de ozono, la extinción de especies animales y vegetales, la destrucción del hábitat, forestación de bosques, la contaminación de los ríos, mares y océanos, y finalmente el crecimiento demográfico de la población mundial, son los factores del deterioro Ambiental.

La degradación del Ambiente es proceso que inició hace mucho tiempo atrás, no obstante el deterioro se incrementó en los últimos cien años gracias a la desordenada actividad humana. Todo el deterioro del medio ambiente nos está llevando al peligro de una catástrofe ecológica y a una repartición menos equitativa de los recursos. Por esta razón, es indispensable el tomar conciencia de lo hecho, y rectificar la conducta agresiva hacia la naturaleza planteando alternativas diferentes de desarrollo, con el objetivo de conservación del medio

ambiente, donde el respeto a la naturaleza sea un eje de vital importancia para concebir un mundo saludable y sostenible para las generaciones futuras.

CAPÍTULO III

3.1. Introducción.

Durante la vigencia de la Constitución de 1998, se establecía en su artículo 41, una reserva de Ley para ciertas materias entre ellas; "1.- Normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales garantizados en la Constitución" (Constitución de 1998, art 1), y en su artículo 142, determinaba que "serán leyes orgánicas (...) numeral 3. Las que regulan las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección"(Constitución de 1998, art 142).

En tal virtud, el Congreso Nacional, era el único organismo con capacidad y competencia para expedir, reformar o derogar una ley, y en consecuencia, tratándose de regular y garantizar un derecho fundamental, queda invalidado constitucionalmente el Decreto Ejecutivo 3401 de 2 de diciembre de 2002, expedido por el ex presidente Gustavo Noboa y el Decreto Ejecutivo 1041 de 22 de abril de 2008 expedido por el presidente Rafael Correa.

Bajo el amparo de la Constitución de 2008, se expide el Decreto Ejecutivo 1247 de 19 de julio del año dos mil doce, por el presidente de la República Rafael Correa, en el cual norma la aplicación del derecho a la Consulta Previa a las comunidades y nacionalidades indígenas; decreto que carece de legalidad, puesto que; Uno) Se expide sin que exista una ley que regule la Consulta Previa a nacionalidades indígenas. Dos) Es expedida por la Función Ejecutiva, abrogándose atribuciones de la Función Legislativa y; Tres) Por no ser consultado previamente con los pueblos indígenas.

En consecuencia, la siguiente propuesta de ley, deberá ser acorde a la Constitución de la República, expedida y sancionada por la Función Legislativa y consensada con las comunidades indígenas, para que goce de plena legalidad jurídica.

3.2. Propuesta de Ley.

3.2.1 Consideraciones:

- Que el Artículo 3 de la Constitución, reconoce como deber primordial del Estado, la garantía de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.
- Que la Constitución de la República, en su artículo 57 literal 7, reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas el derecho a la Consulta previa, libre e informada, que puedan afectarles ambiental o culturalmente.
- Que el artículo 398 de la Constitución de la República, manifiesta que toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser Consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente y que 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.
- Que el artículo 417 de la Constitución de la República, establece que los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución.
- Que en virtud del principio internacional Pacta Sunt Servanda el Estado ecuatoriano debe dar cumplimiento al Convenio No. 169 de la OIT.
- Que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado el quince de mayo de mil novecientos noventa y ocho, compromete al Estado ecuatoriano a adecuar la legislación nacional y a desarrollar las acciones pertinentes de acuerdo a las disposiciones contenidas en el Convenio.
- Que los artículos 5 y 6 del Convenio 169 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, establece el respeto a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al pueblo afro ecuatoriano y pueblo montubio a su derecho a ser Consultados ante la emisión de medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles directamente.

Que la declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo 19, determina que los Estados celebren Consultas y cooperaran de buena fe con los pueblos indígenas cuando exista afectación a sus derechos colectivos por la expedición de actos legislativos o administrativos.

3.2.2. - Aspectos Generales

En cumplimiento a la Constitución de la República, y los compromisos internacionales adquiridos por Ecuador con la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la presente Ley recoge los mecanismos y las acciones mediante los cuales procede el proceso de Consulta.

3.2.2.1.- Objeto de la ley

La presente Ley desarrolla los principios fundamentales y el procedimiento del ejercicio del derecho a la Consulta Previa, libre e informada a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, sobre actos y decisiones emanadas por autoridad pública que puedan afectarles social, cultural o ambientalmente.

3.2.2.2.- Derecho a la Consulta

Las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, tienen derechos a ser Consultados, por sí mismos y a través de sus organizaciones representativas, en forma previa, libre e informada sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos en concordancia con la Constitución de la República y Tratados Internacionales.

3.2.2.3.- Finalidad de la Consulta

La Consulta tiene como finalidad asegurar los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a su territorio y la protección de sus valores culturales, sociales y económicos. Así como también de alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas emanados por autoridad pública, en las que se puedan verse afectados directamente, garantizando de esta manera su participación.

3.2.2.4.- Principios Fundamentales

La Consulta procede antes de la ejecución o puesta en marcha de cualquier proyecto, actos legislativos o administrativos emanados por autoridad pública, que pueda afectar a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, o los derechos de los que son titulares de acuerdo a la Constitución y Tratados Internacionales ratificados por Ecuador. En este sentido la Consulta procede cuando:

- A. Se vayan a tomar medidas legislativas que afecten directamente a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. (Consulta Pre - Legislativa).
- B. Se vaya a realizar actividades mineras y se pongan en riesgo recursos naturales renovables y no renovables que se encuentren en territorios habitados históricamente por comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. La Consulta será única y se realizará antes de toda fase de la actividad minera.
- C. Se vayan a realizar un proyecto, obra o actividad en zonas habitadas por comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

- D. Se realice procesos de transferencia o enajenación de tierras de su propiedad colectiva.
- E. Se desarrolle proyectos con la finalidad de incrementar, transformar o implementar a una red vial en territorios ancestrales.
- F. Se vayan a realizar proyectos de investigación científica con recursos naturales, biótica, económica, culturales etc., que sean parte de su posesión intangible y que puedan generar una afectación por su ejecución o publicación.
- G. Verse sobre el otorgamiento de títulos colectivos del territorio.
- H. Verse sobre el reconocimiento de su capacidad legal colectiva como una comunidad o pueblo indígena.
- I. Verse sobre la adopción de medidas administrativas o legislativas que vallan en desmedro de sus derechos a la permanencia del territorio que tradicionalmente han ocupado.
- J. Verse sobre los estudios previos de impacto social y ambiental.
- K. Se vayan adoptar medidas administrativas tendientes a la restricción de los derechos de propiedad. y,
- L. En los demás casos que la legislación así lo disponga expresamente.

3.2.3.- Del Proceso de Consulta.

3.2.3.1.- Partes del Proceso de Consulta.

La Consulta tendrá como partes:

- A. La Asamblea Nacional, cuando exista un proyecto de ley que pueda afectar social, cultural o ambientalmente a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. (Consulta Pre - Legislativa). La Asamblea Nacional, a través de la respectiva Comisión Especializada, es el órgano responsable para la ejecución del proceso de Consulta.

- B. Entidad Administrativa del Orden Público promotora de una medida administrativa que pueda afectar directamente a las comunidades indígenas.
- C. Las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que pueden ser directamente afectadas por las leyes, actos legislativos, actos administrativos o proyectos, así como también sus representantes debidamente elegidos por ellos.
- D. Delegado de la Función de Transparencia y Control Social.
- E. Delegado de la Defensoría del Pueblo, (Defensoría del ambiente y la naturaleza) como garante de la protección de los derechos constitucionales.
- F. Se podrá elegir a un amigable componedor, el cual será una persona natural designado de común acuerdo por las parte del proceso de Consulta, sin poder decisorio, para encaminar el conflicto de haberse producido. El amigable componedor es opcional en el proceso de Consulta y no podrá sustituir a una parte del mismo.

El Estado a través de sus entidades estatales, es el único responsable de Consultar, y esta obligación no puede ser transferida a terceras partes.

3.2.3.2.- Órgano Responsable.

La Entidad Administrativa o Legislativa del Orden Público que pretenda expedir una medida administrativa o legislativa que pueda afectar directamente a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, será la responsable directa de llevar a cabo el proceso de Consulta, y su máximo representante será el responsable del desarrollo del mismo. Para lo cual emitirá el respectivo instructivo.

3.2.3.3.- Etapas del Proceso de Consulta

El proceso de Consulta a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas afroamericano y montubio deberá seguir la siguiente secuencia atendiendo al principio de preclusión procesal.

3.2.3.3.1.- Convocatoria pública.

La máxima autoridad de la entidad pública informará a través de los medios de comunicación masiva, el inicio del proceso de Consulta y procederá con la convocatoria pública, para que estas ejerzan su derecho a la participación ciudadana.

3.2.3.3.2.- Publicación de la medida legislativa o administrativa.

La Publicación deberá contener como mínimo lo siguiente:

- A. Identificación de la autoridad pública que llevará a cabo el proceso de Consulta,
- B. La o las medidas legislativas o administrativas que se van a ejecutar.
- C. Calendario de actividades.
- D. Información general

La publicación de la medida legislativa o administrativa se deberá efectuarse tomando en cuenta su cultura, idioma, ubicación geográfica y ambiente en que habitan.

3.2.3.3.3.- Identificación de los Consultados.

En esta fase la autoridad competente identificará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas afroamericanas y montubias que puedan verse afectados por las medidas a tomarse.

3.2.3.3.4.- Información y Capacitación.

Es responsabilidad de la entidad pública promotora de la medida legislativa o administrativa, brindar información a los pueblos indígenas afro americanos y montubios y a sus representantes, desde el inicio del proceso hasta su culminación sobre los motivos, implicaciones, impactos, consecuencias, beneficios o perjuicios que se pueden presentar con la aplicación de las medidas administrativas o legislativas.

La entidad pública deberá sociabilizar el proyecto y proporcionará a las comunidades indígenas de asesores capacitados en su lenguaje, en información técnica y afines, con el fin de asegurar el entendimiento pleno sobre los verdaderos impactos sociales, culturales y ambientales.- Adicionalmente se establecerán mecanismos idóneos para capacitar a la comunidad y a sus líderes.

3.2.3.3.5.- Realización.

El proceso de Consulta se llevará a cabo mediante el diálogo intercultural. En primera instancia, la comunidad realizará su discusión interna en sus distintos niveles de organización de acuerdo a sus costumbres, tradiciones y procedimientos internos.

Las opiniones, sugerencias y recomendaciones que éstos formulen, deberán quedar contenidas en un Acta de Consulta, la misma que será puesta en conocimiento de los funcionarios y autoridades públicas responsables de llevar a cabo el proceso de Consulta.

En segunda Instancia, los funcionarios y las autoridades responsables del proceso de Consulta, convocaran a audiencias públicas en la que participarán los representantes de las comunidades indígenas, que no podrán ser más de

tres por cada comunidad, con el único fin de llegar a un consenso entre el estado y la Comunidad.

Las audiencias públicas se llevarán a cabo en la localidad de la comunidad, o en el lugar que las comunidades y la entidad estatal lo decidieran de común acuerdo, a la misma acudirán los funcionarios de la entidad promotora de la medida legislativa o administrativa, máximo tres representantes por cada comunidad, quienes tendrán voz y voto, y un delegado de la Función de Transparencia y Control Social, un delegado de la Defensoría del Pueblo, quienes actuarán como observadores y garantistas del proceso y opcionalmente un amigable componedor elegido por las partes.

Las audiencias públicas tendrán como finalidad alcanzar un consenso entre las partes, el mismo que se suscribirá en actas por los intervinientes.

3.2.3.3.6.- Idioma.

En concordancia al artículo 2 de la Constitución de la República, para la realización del proceso de Consulta se tomará en cuenta la diversidad lingüística, y se utilizará el idioma ancestral de su población. Para lo cual, se contará con intérpretes debidamente capacitados.

3.2.3.3.7.- Carácter Obligatorio de la Decisión.

Corresponde a la máxima autoridad de la entidad pública promotora de la medida legislativa o administrativa su aprobación o negación. Dicha decisión debidamente motivada deberá recoger las sugerencias, recomendaciones y puntos de vista planteados y discutidos por las comunidades. Los acuerdos alcanzados por las comunidades y el Estado, son de cumplimiento obligatorio y serán exigibles en sede administrativa y judicial.

De no llegar a un acuerdo, la instancia administrativa superior correspondiente adoptará las medidas necesarias para garantizar sus derechos colectivos y hacer respetar sus decisiones.

3.2.4.- Principios Fundamentales.

3.2.4.1.- Buena Fe.

La Buena Fe en el proceso de Consulta, demanda de los actores de la misma, probidad en su actuar, es decir, que el proceso debe estar acompañado de honradez, convicción en cuanto a la verdad, confianza y claridad. En este sentido las autoridades del poder público deberán valorar la posición de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en un clima de colaboración y respeto mutuo.

3.2.4.2.- Oportunidad.

La Consulta que se realizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, será de forma previa a la medida legislativa o administrativa emanada por la autoridad pública.

3.2.4.3.- Participación.

La autoridad pública bajo cuya responsabilidad se esté llevando a cabo el proceso de Consulta, deberá garantizar la participación efectiva de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

3.2.4.4. Publicidad.

La información que se provea tanto a la comunidad indígena como a la autoridad pública que lleva a cabo el proceso de Consulta, así como las actas de las reuniones y las decisiones administrativas tomadas durante todo el proceso, tendrán el carácter de información pública, es decir, la Consulta será

un proceso abierto, y por lo tanto podrán asistir a las sesiones de Consulta cualquier persona natural o jurídica.

3.3.7.5. Autonomía.

El proceso de Consulta se llevará a cabo sin coacción o condicionamiento de ninguna índole y se respetará la autonomía de los titulares de los derechos colectivos a ser Consultados.

3.2.5.- Disposiciones Finales.

PRIMERA. Se deroga toda norma contraria a esta Ley.

SEGUNDA. La presente ley no deroga o modifica medidas legislativas, ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia.

CAPÍTULO IV

4.- JURISPRUDENCIA

4.1.- Ecuador.

4.1.1 Sentencia N. 001-10-SIN- CC. Corte Constitucional.

La sentencia en cuestión, versa sobre la inconstitucionalidad de la Ley Minera, puesto que, a parecer de los accionantes, la Ley de Minería aprobada en el año dos mil nueve por la Asamblea Nacional, afecta los derechos colectivos de las comunidades y pueblos indígenas, por cuanto no fueron previamente consultados para la aprobación de la misma, incurriendo en la falta de aplicación del Derecho a la Consulta Previa, libre e informada, el mismo que es reconocido por la Constitución de Ecuador.

La demanda se encuentra amparada en lo que dispone el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, sobre la obligación de los estados 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”(Convenio 169 de la OIT, art 6). En concordancia a lo que dispone el artículo 19 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas.

En Ecuador, no se llevó a cabo ningún tipo de consulta previa a los pueblos indígenas, ni a la comunidad en general sobre la aprobación de la Ley de Minería, pese a que la Constitución obliga al Estado ecuatoriano, a llevar acabo procesos de consulta amparada en lo que dispone el artículo 57 numeral 7 de la carta constitucional. En consecuencia, la ley en mención, carecería de constitucionalidad de forma y por lo tanto debería ser declarada inconstitucional.

La Ley de Minería, de acuerdo a los accionantes, atenta a) contra el derecho al territorio de las nacionalidades indígenas, puesto que contempla preceptos que permiten el desplazamiento, la división y el otorgamiento de servidumbres con

la finalidad de llevar a cabo actividades de carácter minero. B) por la imposición de actividades económicas no sustentables en el territorio, atentando la Constitución que manda a que se respeten las actividades de sustento de las nacionalidades indígenas. C) la implicación de que cualquier persona natural o jurídica tenga la facultad de prospectar libremente para buscar sustancias minerales;

Por estas razones los accionantes con fundamento y amparado en lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 436 y el artículo 84 de la Constitución de la República del Ecuador, los legitimados activos solicitan, de manera concreta, que se:

“(...) declare la inconstitucionalidad por la forma y por el fondo de la Ley Minera, en especial de los artículos: 1, 2, 15, 22, 26, 28, 30, 31, 43, 67, 79, 96 y la disposición final segunda de la Ley Minería, por ser violatorios a los artículos: 3, 10, 12, 14, 32, 57, numeral 17; 71, 133, 313, 318 y 425 de la Carta Magna; el artículo 6 de la OIT y el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas” (Sentencia 001-10-SIN-CC).

Por su parte la Corte Constitucional de Ecuador dispone que:

Sentencia: “(...)”.

1. Declarar que ante la ausencia de un cuerpo normativo que regule los parámetros de la consulta pre legislativa, el proceso de información y participación implementado previo a la expedición de la Ley de Minería se ha desarrollado en aplicación directa de la Constitución; en consecuencia, se desecha la impugnación de inconstitucionalidad por la forma, de la Ley de Minería.
2. Que la consulta pre legislativa es de carácter sustancial y no formal.
3. En ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 1 y 3 del artículo 436 de la Constitución; 5, 76, numerales 3, 4, 5, y 95 inciso primero de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

Constitucional, se declara la constitucionalidad condicionada de los artículos 15, 28, 31 inciso segundo, 59, 87, 88, 90, 100, 101, 102, 103, 104 y 105 de la Ley de Minería, referidos a declaratorias de utilidad pública, servidumbres, libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera y consulta ambiental. Es decir, serán constitucionales y se mantendrán válidas y vigentes, mientras se interprete de la siguiente manera:

- a) Son constitucionales los artículos referidos en tanto no se apliquen respecto de los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afro ecuatorianas y montubias.
 - b) Toda actividad minera que se pretenda realizar en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afro ecuatorianas y montubias, en todas sus fases, a partir de la publicación de la presente sentencia, deberá someterse al proceso de consulta previa establecido en el artículo 57, numeral 7 de la Constitución, en concordancia con las reglas establecidas por esta Corte, hasta tanto la Asamblea Nacional expida la correspondiente ley.
4. Esta Corte, de conformidad con el numeral 5 del artículo 76 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y en respeto a los principios de supremacía constitucional y eficacia normativa, deja en claro que ninguna autoridad o persona natural o jurídica, podrá efectuar o aplicar una interpretación distinta a la citada en el numeral precedente.
 5. Desechar las impugnaciones de inconstitucionalidad por el fondo de los artículos que no han sido objeto de la declaratoria de constitucionalidad condicionada expuesta en esta sentencia.
 6. Esta sentencia tendrá efectos erga omnes” (Sentencia N. 001-20-SIN-CC).

Análisis:

La presente sentencia carece de concordancia jurídica, en particular a lo referente al Derecho a la Consulta Previa. Revisando la sustentación que se le hace a la misma, se advierte que la Corte Constitucional reconoce que la observancia del derecho a la consulta, previa, libre e informada debía efectuarse antes de la aprobación de la ley de Minería, en tal virtud la Corte Constitucional sostiene 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(...)” (Sentencia 001-10-SIN-CC, pp 31).

No obstante, la Corte Constitucional también reconoce que no se llevaron a cabo procesos de consulta para la aprobación de la Ley de Minería, pero que esa falta de procedimiento fue a causa del cambio constitucional que se vivía en la transición del régimen constitucional previo al actual y debido a la falta de legislación que regule los procesos de consulta.

En palabras de la Corte: “ante la ausencia de un cuerpo normativo que regule los parámetros de la consulta pre legislativa, el proceso de información y participación implementado previo a la expedición de la Ley de Minería se ha desarrollado en aplicación directa de la Constitución (...)”(Sentencia 001-10-SIN-CC, pp 40).

En lo que respecta a los derechos fundamentales, el artículo 11, numeral tres de la Constitución de Ecuador, claramente indica lo contrario a lo que fundamenta la Corte Constitucional y llama la atención que es evidente el error producido.

“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público,

administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte (...) Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”(Constitución de Ecuador, 2008, art, 11, inc 3).

Para hacer más visible la errónea aprobación de la Ley de Minería por ausencia o falta de Consulta, la Corte Constitucional asume la responsabilidad de legislar normas encaminadas a la aplicación del derecho a la Consulta y en la parte de motivación de la sentencia en análisis indica: “en tanto garante de la vigencia de la Constitución y de los contenidos axiológicos previstos en ella, asumir la responsabilidad de legislar”(Sentencia N. 001-10-SIN-CC).

A través de la sentencia N. 001-10 SS-CC, la Corte Constitucional emite normas de carácter general y aplicación inmediata para la aplicación del derecho a la Consulta, pero lo interesante es que la aplicación de esos Derechos será para casos futuros ya no para el actual. “hasta que el Legislativo emita la ley correspondiente, esta Corte establece las reglas y procedimientos mínimos que deberán cumplirse para los casos que requieran consulta pre legislativa (...) {La Corte se atribuye inconstitucionalmente facultades inherentes al poder Legislativo}, Se insiste, estas reglas deberán aplicarse para todos aquellos casos similares que encuentren relación con el ejercicio de derechos colectivos de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades del Ecuador, entiéndase indígenas, afro ecuatorianos y montubios, hasta que la Asamblea Nacional emita el acto normativo definitivo.” (Sentencia N. 001-10-SIN-CC, pp39).

La Corte Constitucional garante de la vigencia de la Constitución, y en consecuencia el primer organismo público llamado a cumplir con la misma, comete el mismo error de la Asamblea Constituyente, por el cual los accionantes presentan la acción de inconstitucionalidad de la Ley Minera, la falta de CONSULTA.

A continuación la Corte determina lo siguiente:

“Esta Corte determina que el proceso de información, consulta y recepción de opiniones, previsto y garantizado en el numeral 17 del artículo 57 de la Constitución, y que deberá llevar a cabo la Asamblea Nacional en la expedición de normas que impliquen derechos colectivos, o que eventualmente puedan ser afectados, deberá cumplir, al menos, con tres requisitos fundamentales.

- 1) Organizará e implementará la consulta pre legislativo, dirigido de manera exclusiva a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, sin perjuicio de que se consulte a otros sectores de la población.
- 2) La consulta previo pre legislativo, en tanto derecho colectivo, no puede equipararse bajo ninguna circunstancia con la consulta previa, libre e informada contemplada en el artículo 57, numeral 7, ni con la consulta ambiental prevista en el artículo 398 de la Constitución.
- 3) Que los pronunciamientos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades se refieran a los aspectos que puedan afectar de manera objetiva a alguno de sus derechos colectivos”(Sentencia N. 001-10-SIN-CC, pp 40).

4.1.2. El pueblo de Sarayaku vs Ecuador.

Se trata de una sentencia condenatoria impuesta al gobierno ecuatoriano por la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH, en orden a la no aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre la obligación de los estados miembros a llevar a cabo procesos de consulta previa libre e informada a las comunidades indígenas sobre medidas legislativas o administrativas que les puedan afectar cultural, social y ambientalmente.

El estado ecuatoriano, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, es responsable por poner en grave riesgo a la integridad física de los miembros de la comunidad Kichwa de Sarayaku, y por la violación de los derechos internacionales a la consulta previa, libre e informada, a la identidad cultural, a las garantías constitucionales, a la propiedad comunal indígena y a la protección judicial. En este sentido, la CIDH, dispuso la remediación inmediata de situaciones de grave riesgo para la vida, ya que desde los inicios de las actividades mineras por parte de la Empresa Argentina CGC, se han colocado una gran cantidad de explosivos en todo el territorio de Sarayaku, y los mismos no han sido retirados, manteniendo en constante riesgo la integridad física de sus habitantes. Adicionalmente, se impusieron medidas con el fin de prevenir la reiteración de las violaciones a los derechos indígenas amparados en el Convenio 169 de la OIT ratificado por el estado de Ecuador.

El inicio de la lucha del pueblo Kichwa de Sarayaku, se remonta al año de 1996, con el gobierno precedido por Sixto Duran Ballén, quien de manera inconsulta, adjudica contratos para la exploración y explotación del bloque petrolero 23 ubicado en la provincia de Pastaza, habitado en su mayoría por indígenas kichwa. No obstante, la situación de riesgo se agrava en la presidencia de Lucio Gutiérrez, puesto que, con el uso de la fuerza militar, cerca todo tipo de aspiraciones de acuerdos entre el estado y la comunidad indígena, forzando al pueblo Sarayaku a tomar las acciones legales correspondientes, en sede nacional, para detener la desmedida acción pública. Empero, la comunidad indígena agotó todas y cada una de las instancias judiciales nacionales sin obtener resultado alguno a su favor, convirtiendo su lucha en carácter de interés internacional. El pueblo Kichwa de Sarayaku, acudió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual acogió su pedido y en el año dos mil seis la máxima autoridad de este organismo internacional dictaminó medidas cautelares a su favor después de haber revisado y analizado los numerosos casos de tortura y violaciones que fueron víctimas los pueblos mencionados, para que en lo posterior surtan como prueba ante el pleno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En lo principal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, en su sentencia de 27 de junio de 2012, determinó que el Estado Ecuatoriano debe; “neutralizar, desactivar y, en su caso, retirar la pentolita en superficie y enterrada en el territorio del Pueblo Sarayaku, con base en un proceso de consulta con El Pueblo, (...)” (Resumen Oficial de la Sentencia de 27 de junio de 2012, CIDH, Caso Pueblo Sarayaku vs Ecuador).

Los párrafos 293 a 295, indican que el estado deberá realizar una búsqueda de los explosivos de pentonita instalados en el territorio habitado por el pueblo Sarayaku, en una zona de al menos 500 metros a cada lado de la línea sísmica E16. Este procedimiento deberá ser consensado con la comunidad mediante un proceso de consulta previa, libre e informada. Para tal efecto, el estado está obligado a completar todas las actividades inherentes a la desactivación de los explosivos en un plazo no mayor a los tres años y deberá informar de forma permanente a la CIDH, sobre el avance de las actividades coordinadas con el pueblo Sarayaku.

Adicionalmente, la sentencia dispone; “3. El Estado debe consultar al Pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio... 4. El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades... 5. El Estado debe implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos obligatorios que contemplen módulos sobre los estándares nacionales e internacionales

en derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, dirigidos a funcionarios militares, policiales y judiciales, así como a otros cuyas funciones involucren relacionamiento con pueblos indígenas... 6. El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso (...)” (Sentencia de 27 de junio de 2012, CIDH, Caso Pueblo Sarayaku vs Ecuador, párrafo 341, disposiciones 3, 4,5 y 6).

Es de singular importancia la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a favor del pueblo de Sarayaku, en torno al derecho de la consulta previa, puesto que, sienta un precedente jurisprudencial para futuros casos que se pueden presentar dada la complejidad de las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas y por la necesidad de explotación de minerales, los mismos que se encuentran en zonas vulnerables y habitadas en su mayoría por indígenas nativos.

La situación de vulnerabilidad se mantiene a pesar de la sentencia de la CIDH, en la cual obliga al Estado ecuatoriano armonizar medidas legislativas y administrativas que sean necesarias para el efectivo goce de los derechos reconocidos por instrumentos internacionales como es el Convenio 169 de la OIT, puesto que, se están llevando a cabo procesos de consulta a los mismos pueblos de Sarayaku, amparados en un reglamento contenido en el Decreto Ejecutivo 1247 de 19 de julio del año dos mil doce, expedido por el presidente de la Republica Rafael Correa, en el cual norma la aplicación del derecho a la consulta previa a las comunidades y nacionalidades indígenas; decreto que carece de legalidad desde su vigencia por no ser consultado con los pueblos indígenas. La consulta estará a cargo de la Secretaria de Hidrocarburos en coordinación con el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables. Todo esto como antesala a lo que será la XI Conferencia para la explotación hidrocarburífica en los bloques del sur - oriente del Ecuador. Al respecto, el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República del Ecuador, manifestó que:

“no habrá explotación petrolera aquí mientras no haya una consulta previa... No hay una nueva ronda que se inicie mientras no haya una consulta informada. [...] no vamos a hacer ninguna explotación petrolera a espaldas de las comunidades, sino con el diálogo que habrá en algún momento, si es que decidimos iniciar la explotación petrolera [...] aquí no va a haber ningún desarrollo petrolero sin un diálogo abierto, franco; no un diálogo hecho por la petrolera, como siempre se ha acusado. Nosotros hemos cambiado la legislación para que los diálogos sean desde el gobierno y no desde el sector extractivo (...)” (Sentencia de 27 de junio de 2012, CIDH, Caso Pueblo Sarayaku vs Ecuador, párrafo 298).

Finalmente, la Constitución de la República, tiene un buen romance con el cuidado del medio ambiente, los derechos de la Naturaleza y el reconocimiento de derechos a las minorías, por esta razón se ha convertido en una Constitución garantista, sin embargo, como se ha mostrado, el gobierno no ha predicado con el ejemplo y en consecuencia el Estado ecuatoriano se ha visto inmerso en una condena por la no aplicación de los derechos colectivos y pagar grandes cantidades de dinero y en tal virtud, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia expone lo siguiente:

“(...) los sufrimientos ocasionados al Pueblo, a su identidad cultural, las afectaciones a su territorio, en particular por la presencia de explosivos, así como el cambio ocasionado en las condiciones y modo de vida de las mismas y las restantes consecuencias de orden inmaterial que sufrieron por las violaciones declaradas en esta Sentencia, la Corte estima pertinente fijar, en equidad, la cantidad de USD\$ 1.250.000,00 (un millón doscientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) para el Pueblo Sarayaku, por concepto de indemnización por daño inmaterial (...)” (Sentencia de 27 de junio de 2012, CIDH, Caso Pueblo Sarayaku vs Ecuador, párrafo 323).

4.1.2. Consulta Previa en los Bloques Petroleros 20 y 29.

Un breve proceso de lo que es la Consulta Previa a las comunidades indígenas, se llevó a cabo en los bloques petroleros 20 y 29 ubicados en las provincias de Orellana, Napo y Pastaza, bajo el amparo del Decreto Ejecutivo 3401. La empresa estatal de PETROECUADOR, contrato a expertos de la Universidad Politécnica Salesiana, para que realizara el proceso de Consulta previa libre e informada a las comunidades indígenas Kichwa, en base al reglamento expedido mediante Decreto Ejecutivo 3401 expedido el dos de diciembre de dos mil dos por el ex presidente Gustavo Noboa, que como ya se ha analizado en capítulos anteriores, carece de legalidad por las inconstitucionalidades de forma indicadas. En primera instancia, la Universidad Politécnica Salesiana, entabló relaciones comunitarias con los dirigentes de las organizaciones de FONAKIN, FOCIN, FEPKIL, FENAKIN, FAOICIN, FICEN, FEKAN, ACIA y ANKISC, para crear un acercamiento y conseguir apoyo al proceso de Consulta. Como es necesario, el proceso de Consulta contó con la participación de la comunidad, se realizaron talleres en los cuales se informó a la comunidad en general, sobre la actividad petrolera y sus beneficios. Todo el proceso duró aproximadamente tres meses, tiempo en el cual se observaron más de diez talleres y asambleas, entrevistas y evaluación de materiales y propaganda sobre la concesión petrolera. Sin embargo, existen varias objeciones al proceso de Consulta llevada a cabo por la Universidad Politécnica Salesiana, en los Bloques petroleros 20 y 29 de las Provincias del Napo, Orellana y Pastaza. En primer lugar, el Estado es el único autorizado para llevar a cabo el proceso de consulta a los pueblos y comunidades indígenas, de acuerdo al Convenio 169 de la OIT. “Artículo 7.-(...) 4) Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”(convenio 169 OIT,1989, art 7), y en concordancia con el artículo dos “Artículo 2.-(...)1) Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y

a garantizar el respeto de su integridad (Convenio 169 OIT, 1989, art 2). El deber de consultar es una obligación a cargo de los gobiernos y no de las empresas privadas.

Si bien es cierto, PETROECUADOR es una empresa pública, no tiene capacidad y competencia para llevar a cabo un proceso de Consulta, y mucho menos la facultad para delegar a una Universidad privada, la obligación que es del Estado ecuatoriano.

A lo mencionado se suma, la falta de conocimiento y conciencia de la población sobre el proceso de la Consulta Previa, puesto que, no existió una verdadera información sobre la aplicación y el alcance de una Consulta Previa, de hecho, al finalizar el proceso de Consulta, la mayoría de los miembros de las comunidades indígenas no entendían la naturaleza de una Consulta Previa, y por lo general entendían que ya existían un Contrato licitatorio y que la Consulta era un simple acto de negociación con las comunidades. Los talleres de capacitación carecieron de información suficiente y completa, ya que se centraron en los grandes beneficios, minimizando los riesgos y omitiendo cierta información de carácter obligatorio como los riesgos socio - ambientales. La inobservancia de este procedimiento recae en una contravención al Convenio 169 de la OIT.

“Artículo 6.1.) Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...) 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (Convenio 169 OIT, 1989, art 6).

Debido a las observaciones indicadas, la CONAIE (Consejo de Nacionalidades Indígenas del Ecuador) y la CONFENIAE (Confederación de Nacionalidades Indígenas Amazónicas del Ecuador), presentaron una demanda de inconstitucional del Reglamento de consulta y participación expedido por el Decreto Ejecutivo 3401 de dos de diciembre de dos mil dos y la nulidad del proceso de la consulta en los bloques 20 y 29, efectuada por la Universidad Politécnica Salesiana, ante las autoridades competentes, sin tener hasta el día de hoy un dictamen favorable.

4.2.- Perú.

4.2.1.- AIDSESP (Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana).

La Asociación de Desarrollo de la Selva Peruana, es una organización que representa a 64 pueblos indígenas de la amazonia peruana: entre ellos están; “(...) MAIJUNA, SECOYA, BORA, HUITOTO, YAGUA, JEBERO, ACHUAR, KICHWARUNA, WANGURINA, SHIPIBO, CACATAIBO, ASHANINCA, CASHINAHUA, SHARANAHUA, CULINA, AMAHUACA, AMARAKAERI, KECHUAS, AGUARUNA, CHAYAHUITA, COCAMA, COCAMILLA, HUAMBISA, SHAPRA, CANDOSHI, YINE, YAMI MATSIGUENGA, YANESHA., ARASAI, TOYOERI, HARAKMBUT, ASHENINCA, NOMATSIGUENGA, ESE- EJA, HUACHIPAERI, OCAINA, TICUNA, URARINA, YAMINAHUA, NAHUA, MURATU”(AIDSESP, 2012).

Las organizaciones indígenas de Perú, no han sido prolijas en la defensa de sus derechos colectivos frente al poder público, y por esta razón no existe caso alguno de relevancia internacional que se encuentre ventilándose en un organismo internacional como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las Naciones Unidas u otras. No obstante, el Tribunal Constitucional de Perú, ha desarrollado jurisprudencia sobre el derecho a la consulta, pero ésta no se plasma eficazmente en su ejecución, ya que a pesar del rango constitucional del Convenio 169 de la OIT en el ordenamiento jurídico de Perú,

se avanza con el otorgamiento de concesiones sin Consulta previa libre e informada a los pueblos indígenas.

Muestra de lo mencionado, en Perú, existen varios procesos y acuerdos en los cuales, los pueblos y comunidades indígenas se ven amenazados por la actuación gubernamental. Es el caso del acuerdo bilateral llamado "Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Federativa de Brasil para el Suministro de Electricidad al Perú y Exportación de Excedentes al Brasil". El mencionado acuerdo propone la interconexión eléctrica de Perú y Brasil con la construcción de varias centrales hidroeléctricas en territorio peruano, las mismas que serán construidas con capital brasileño y bajo la coordinación de compañías de las dos nacionalidades.

Durante las mesas de negociaciones del acuerdo antes mencionado, el gobierno de Perú otorgó concesiones temporales para realizar estudios de factibilidad para la construcción de las hidroeléctricas. Entre estas concesiones se encuentra la de Pakitzapango y Tam 40, que se encuentran habitadas por comunidades indígenas, adjudicadas a la empresa Paquitzapango energía SAC.

Cabe indicar que en el proceso de adjudicación para Pakitzapango, nunca se llevaron a cabo procesos de consulta previa libre e informada al pueblo de asháninka del ene antes de otorgar tal concesión. En el caso de la adjudicación de la concesión para los estudios de factibilidad para la construcción de la Central Hidroeléctrica de Tambo 40, la misma que afecta directamente a comunidad asháninkas de la cuenca del Tambo y del ene, y que pone en riesgo eminente parte de su Reserva Comunal, tampoco se han realizado procesos de consulta previa a los pueblos indígenas involucrados.

La Organización Internacional del Trabajo, OIT, atendió la reclamación del pueblo de asháninka, en contra del estado peruano por el incumplimiento del Convenio 169 de la OIT, en la cual se fundamentan en el desplazamiento

forzado y con violencia que son víctimas los miembros de la comunidad indígena mencionada y en lo principal por no ser consultados e informados de forma previa sobre la ejecución de dichos proyectos hidroeléctricos. En consecuencia, el Estado peruano fue llamado la atención por vulnerar derechos colectivos reconocidos en la Convención Americana, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

El Estado peruano tiene la obligación de adecuar su sistema jurídico interno y armonizarlo con la normativa internacional de modo que asegure el goce pleno de los derechos fundamentales a sus titulares, en este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la relación entre territorio y la obligación de adoptar medidas especiales para su protección. La Corte ha establecido en el Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam:

“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.”(Sentencia de la CIDH Caso pueblo Saramaka vs. Suriname, de 28 de noviembre de 2007, párrafo 92).

Finalmente, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en atención al reclamo efectuado por la comunidad indígena de asháninkas de la cuenca del Tambo y del ene, recomendó al Estado peruano implementar un ordenamiento jurídico especial en el cual se consagre el derecho de la Consulta a los pueblos indígenas, y la

reforma de la institucionalidad en materia de pueblos indígenas. De igual forma, la CEACR, solicitó al estado peruano; “ (...) que suspenda las actividades de exploración y explotación de recursos naturales que afectan a los pueblos cubiertos por el Convenio en tanto no se asegure la participación y consulta de los pueblos afectados a través de sus instituciones representativas en un clima de pleno respeto y confianza, en aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio” (Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT pág. 902.).

4.3.- Brasil.

4.3.1.- CIDH y Belo Monte.

El incremento de la seguridad energética en Brasil, enmarcado en el Programa de Aceleración de Crecimiento o PAC, es la razón por la cual se proyecta la construcción de varias hidroeléctricas a lo largo de la cuenca del río Amazonas y sus afluentes. Las hidroeléctricas representan un fuerte impacto ambiental a la naturaleza por su construcción, operación y el embalse necesario para su funcionamiento, y a más de los cambios ambientales irreversibles en grandes extensiones geográficas, hace creer que los costos sociales, ambientales y económicos pesan más que sus beneficios.

En el Estado de Pará, en Brasil, se lleva a cabo la construcción de la represa Belo Monte sobre el río Xingú, constituyéndose a su terminación como la segunda más grande en Brasil después de la hidroeléctrica Itaipú, y como la tercera más grande del mundo después de hidroeléctrica denominada Tres Gargantas ubicada en China.

No obstante, el avance tecnológico empleado en la construcción de la hidroeléctrica Belo Monte, es inherente a ella los daños ocasionados tanto al medio ambiente como a los habitantes de sus riveras y a lo largo de su caudal.

Los pueblos afectados son;”(...)

- Yudjá (Tierra Indígena Paquiçamba - impacto directo).
- Arara (Tierra Indígena Arara da Volta Grande - impacto directo
- Tierra Indígena Cachoeira Seca e Tierra Indígena Arara).
- Jurunas del km 17 (impacto directo).
- Asurini do Xingu (Tierra Indígena Koatinemo).
- Araweté (Tierra Indígena Arawete do Ipixuna).
- Parakanã (Tierra Indígena Apyterewa).
- Kararaô (Tierra Indígena Kararaô).
- Kayapós.
- “Índios ciudadanos” (Fundación Proteger, International Rivers y ECOA, 2012).

La Corte Federal de la Primera Instancia de la Región de Brasilia, Brasil, conoce el caso de Belo Monte y revoca la licencia y suspende la construcción de la hidroeléctrica por contravenir a la Constitución de Pará y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, indicando que la opinión de los indígenas deber ser tomada en cuenta para el otorgamiento de la licencia, y por ende la consulta a las comunidades indígenas debe realizarse en forma previa a la toma de decisiones.

No obstante, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, suspende el fallo del Tribunal Regional de Pará y ordena la reanudación de las obra en forma inmediata a pesar que en el mismo fallo se ordena que las obras solo podrán reanudarse después de consultar a los indígenas a través del parlamento.

La Constitución Federal de Brasil obliga al parlamento llevar a cabo el proceso de Consulta con los pueblos y comunidades indígenas afectados, antes de autorizar cualquier programa de explotación de recursos naturales renovables y no renovables que se encuentren en sus tierras habitadas por ellos. Empero, el órgano legislativo de Brasil aprobó el decreto que permitió iniciar las obras,

formulando una ficción jurídica de una consulta póstuma y no previa como lo prevé el Convenio 169 de la OIT.

Es por esta razón, que las comunidades indígenas apostadas en la cuenca del Río Xingú en el estado de Pará, Brasil, solicitaron en noviembre del año dos mil diez a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se revise su situación de riesgo en la cual el gobierno de Brasil los situó.

Un año más tarde, en abril del año dos mil once, la Comisión Interamericana de Derechos Humano (CIDH), acogió el pedido de las comunidades indígenas y otorgó medidas cautelares en contra del gobierno de Brasil, en torno al licenciamiento y construcción de la hidroeléctrica Belo Monte.

En lo principal, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, amparados en el artículo 2 de su Reglamento el cual dispone; “En caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas” (Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humano, 2000, art 25), dispuso la suspensión inmediata de la construcción del proyecto, puesto que, a vista de la Comisión, la hidroeléctrica de Belo Monte, pone en peligro al medio ambiente y la vida de las comunidades indígenas que habitan en la cuenca del río Xingú, y en especial a comunidades que se encuentran en aislamiento voluntario.

Asimismo, la CIDH, dispuso el fiel cumplimiento y respeto a los derechos colectivos que los amparan a las comunidades indígenas en cuanto a la propiedad de su territorio, su cultural y sobre todo el derecho humano de ser consultados previamente ante la ejecución de obras o proyectos, actos legislativos o administrativos que los puedan afectar social y culturalmente. En virtud de lo indicado, ordenó al gobierno de Brasil la realización de un proceso de consulta previa, libre e informada a cada comunidad amparada bajo la

medida cautelar, teniendo en cuenta su cultura, idioma, costumbres y creencias. Además dispuso adoptar medidas eficientes encaminadas a proteger el bienestar, la vida y cultura de las comunidades indígenas en aislamiento voluntario y su existencia colectiva en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir.

En resumen, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “ (...) otorgó medidas cautelares a favor de los miembros de las comunidades indígenas de la cuenca del Río Xingu, en Pará, Brasil: Arara de la Volta Grande do Xingu; Juruna de Paquiçamba; Juruna del "Kilómetro 17"; Xikrin de Trincheira Bacajá; Asurini de Koatinemo; Kararaô y Kayapó de la tierra indígena Kararaô; Parakanã de Apyterewa; Araweté del Igarapépixuna; Arara de la tierra indígena Arara; Arara de Cachoeira Seca; y las comunidades indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del Xingu: La solicitud de medida cautelar alega que la vida e integridad personal de los beneficiarios estaría en riesgo por el impacto de la construcción de la usina hidroeléctrica Belo Monte. La CIDH solicitó al Gobierno de Brasil suspender inmediatamente el proceso de licencia del proyecto de la Planta Hidroeléctrica Belo Monte e impedir la realización de cualquier obra material de ejecución hasta que se observen las siguientes condiciones mínimas: (1) realizar procesos de consulta, en cumplimiento de las obligaciones internacionales de Brasil, en el sentido de que la consulta sea previa, libre, informada, de buena fe, culturalmente adecuada, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, en relación con cada una de las comunidades indígenas afectadas, beneficiarias de las presentes medidas cautelares; (2) garantizar que, en forma previa a la realización de dichos procesos de consulta, para asegurar que la consulta sea informada, las comunidades indígenas beneficiarias tengan acceso a un Estudio de Impacto Social y Ambiental del proyecto, en un formato accesible, incluyendo la traducción a los idiomas indígenas respectivos; (3) adoptar medidas para proteger la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas en

aislamiento voluntario de la cuenca del Xingú, y para prevenir la diseminación de enfermedades y epidemias entre las comunidades indígenas beneficiarias de las medidas cautelares como consecuencia de la construcción de la hidroeléctrica Belo Monte, tanto de aquellas enfermedades derivadas del influjo poblacional masivo a la zona, como de la exacerbación de los vectores de transmisión acuática de enfermedades como la malaria” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Obtenido de Medidas CautelaresMC 382/10).

Finalmente, la hidroeléctrica de Belo Monte no parece tener ningún contratiempo, puesto que, continua en su proceso de construcción sin acatar la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de evaluar íntegramente y en conjunto los impactos sociales y ambientales producidos, sin llegar a un acuerdo compensatorio con sus habitantes ancestrales, y poniendo en grave riesgo a la cultura y permanencia de los mismos.

Esta condición reacia de acatar las decisiones de organismos internacionales por parte del gobierno de Brasil, contrasta con la imagen proyectada como líder regional y anfitrión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible Mundial, la misma que se llevará a cabo en Rio 2012 (Rio+20). De acuerdo a esta realidad, es difícil creer que los derechos colectivos reconocidos a las comunidades indígenas por Organismos Internacionales y por la Constitución de Brasil, se vean aplacados e irrelevantes frente al poder público.

“Siempre que se lleven a cabo proyectos a gran escala en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. Los efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la

subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración y, en algunos casos, abuso y violencia” (ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, supra nota 97, pp. 2).

CAPITULO V

5.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1.- Conclusiones

1. De acuerdo a la investigación, a la jurisprudencia y a la realidad actual por la que se encuentran las comunidades indígenas, se puede concluir que a éstas minorías no se les reconoce el derecho al veto, es decir, a decidir sobre su futuro, a imponerse sobre las decisiones estatales que les puedan afectar, a impedir la pérdida de su cultura y creencias y finalmente a evitar su exterminación por la desmedida explotación y desocupación de sus tierras ancestrales.
2. El propósito fundamental de la consulta previa, es llegar a un acuerdo entre el Estado y la comunidad indígena, sin embargo también constituye un límite o barrera a la actividad estatal.
3. La Consulta constituye un derecho humano exigible por cualquier ciudadano o ciudadana como una forma de participación y pleno ejercicio de la democracia más allá del voto. Además, es un mecanismo mediante el cual se garantiza el pleno ejercicio de los derechos ambientales y los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas sobre los proyectos de explotación de recursos naturales renovables y no renovables que puedan afectar directa o indirectamente la subsistencia y el modo de vida de las comunidades afectadas. La constitución Política de Ecuador reconoce dos tipos de consulta: La Consulta Previa Ambiental y la Consulta Previa dirigida a las comunidades indígenas. Por su parte la Consulta Previa Ambiental está dirigida a la comunidad en General, en cuanto a ejercer su derecho a participar en la actividad ambiental y demandar e impugnar decisiones que puedan afectar al medio ambiente, mientras que la Consulta Previa dirigida a las comunidades indígenas versa sobre toda decisión administrativa o legislativa que pueda afectarles cultural, social, económica y ambientalmente.

4. El Estado ecuatoriano, si bien es cierto que ha implementado normas para la ejecución de la Consulta Previa mediante Decretos Ejecutivos, (1040 y 1247), y escasamente en la Ley de Minería, y en pronunciamientos de la Corte Constitucional, no dispone de una política clara, consistente y coherente a la problemática generada entre la comunidad indígena y el Gobierno, y por el contrario se pretende satisfacer una mera formalidad y los compromisos internacionales.
5. Las sentencias de la CIDH, en contra de Brasil y Ecuador respectivamente, dan cuenta de la importancia de establecer una política pública clara, en torno al proceso de Consulta. Al ser vinculantes, los Estados están obligados a reparar los daños ocasionados y a implementar normas con el fin de asegurar el efectivo goce de los derechos colectivos de las comunidades indígenas. Sin embargo en el caso de Brasil, (Bello Monte vs el Estado de Brasil) lo mencionado no ha tenido repercusión alguna en la decisión estatal y se sigue contraviniendo y violando Derechos Humanos colectivos, sin la debida reparación social, económica y cultural a favor de las comunidades indígenas de la cuenca del Río Xingu, en Pará, Brasil: Arara de la Volta Grande do Xingu; Juruna de Paquiçamba; Juruna del "Kilómetro 17"; Xikrin de TrincheiraBacajá; Asurini de Koatinemo; Kararaô y Kayapó de la tierra indígena Kararaô; Parakanã de Apyterewa; Araweté del IgarapéIpixuna; Arara de la tierra indígena Arara; Arara de Cachoeira Seca; y las comunidades indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del río Xingu; para el caso de Ecuador, el Gobierno anunció el pago reparatorio por los daños ocasionados por la empresa de nacionalidad Argentina C.G.C. en el bloque 23, habitado en su mayoría por el pueblo Kichuwa de Sarayaku, no obstante, se continúa con procesos de licenciamiento ambiental en la zona. En los dos casos, la situación es similar puesto que, se continúa con la violación de los Derechos Colectivos indígenas, y con la ejecución de obras sin llevarse a cabo un proceso de Consulta previa libre e informada, transparente y participativa.

6. La consulta previa, al ser una forma de participación, constituye un mecanismo para hacer efectivo el goce de los Derechos colectivos y que los mismos sean exigibles tanto en sede nacional como internacionalmente.
7. A través del derecho a la Consulta Previa, libre e informada a los pueblos y comunidades indígenas, se garantiza la supervivencia de los mismos, no obstante, es insuficiente que solo sean declarados, puesto que, es imperativo establecer los mecanismos necesarios con la finalidad de garantizar el pleno goce de los derechos.
8. La concertación y participación de las comunidades indígenas con el Estado, es de vital importancia para superar enfoques erróneos sobre la propiedad de la tierra, integridad cultural, social y económica, en virtud de alcanzar una mejor calidad de vida.
9. Es de vital importancia que el Estado ecuatoriano de fiel cumplimiento a lo que dispone el Convenio 169 de la OIT, a la Constitución, y demás normas jurídicas sobre la Consulta Previa e implementar su aplicación real y efectiva mediante la aprobación, debidamente consultada con las comunidades indígenas, de un reglamento que ampare su derecho a ser previamente consultados ante medidas legislativas o administrativas que los puedan afectar social y culturalmente.
10. El dialogo intercultural debe ser la pauta para conciliar posiciones con el fin de llegar a un consenso. Los desafíos actuales del Estado ecuatoriano, pueden ser enfrentados con el dialogo sincero y real en búsqueda de consensos, en los cuales las comunidades y pueblos indígenas sean partícipes de su desarrollo y actores de su presente y futuro.
11. La Consulta debe constituir un instrumento de ejercicio real y efectivo en reconocimiento de la autonomía de las comunidades y pueblos indígenas y no un simple formalismo.
12. A pesar que en el año 2008, se aprobó la Constitución Política de Ecuador, en la cual se reconocen los derechos Colectivos a las comunidades y pueblos indígenas y en especial el derecho de ser

consultados previamente sobre medidas legislativas o administrativas que los puedan afectar cultural o socialmente, en Ecuador existe un profundo malestar por parte de las comunidades indígenas por la distancia que presenta el texto Constitucional con la realidad, ya que este derecho queda subsumido a un simple requisito o formalismo aplicado antes de la decisión Estatal.

13. En Ecuador se han aprobado leyes como la Ley de Minería, Ley del Medio Ambiente, Ley de Aguas, se han dictado Decretos Ejecutivos 1040 y 1247, un reglamentos expedido por la Asamblea Nacional entorno a la consulta pre legislativa y una sentencias resueltas por la Corte Constitucional (001-10-SIN-CC) en donde se resuelve los procedimientos mininos para la aplicación de la consulta pre legislativa, todos con la constante que fueron aprobados, expedidos y resueltos sin contar con el consentimiento y consulta a las comunidades indígenas, lo que demuestra la falta de interés en el reconocimiento del derecho y la falta de armonía entre la realidad y el texto Constitucional.
14. La declaratoria de Estado, constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, y sobre todo plurinacional, fija un marco para cambiar la realidad de exclusión social y de pobreza en la cual se encuentran las comunidades y pueblos indígenas, no obstante, la explotación de recursos naturales renovables y no renovales, sin un proceso informado de consulta, han dejado de lado la plurinacionalidad, dando carta abierta a un modelo de desarrollo económico que no siempre está en armonía con el medio ambiente afectado directa o indirectamente a los derechos colectivos de las comunidades indígenas.
15. La constante pugna entre el Estado y las comunidades indígenas en temas como la ley de aguas y minería, evidencia un conflicto social latente, en la búsqueda de un progreso económico y la objeción al deterioro de las tierras ancestralmente ocupadas por los indígenas, problema que se agudiza por la falta de un ley que regule la Consulta Previa, la falta de jueces competentes y capacitados para aplicar normas

internacionales que protejan este derecho y por la falta de voluntad política.

16. En cuanto a la jurisprudencia, en Ecuador no se ha desarrollado suficientes antecedentes judiciales para crear un criterio unificado, que permita de alguna forma eficiente y real revertir escenarios de vulneración de derechos o ejercicio limitado del derecho a la consulta previa libre e informada; más aún cuando las sentencias resueltas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos existentes se orientan hacia una protección amplia del derecho.
17. La Consulta tiene como finalidad asegurar los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a su territorio y la protección de sus valores culturales, sociales y económicos. Así como también de alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas emanados por autoridad pública, en las que se puedan verse afectados directamente, garantizando de esta manera su participación

5.2.- Recomendaciones.

1. Realizar de manera inmediata procesos de consulta previa, a las comunidades indígenas, de acuerdo a los estándares internacionales y observando lo que dicta el Convenio 169 de la OIT, en todos los procesos de licitación ambiental que se encuentran en proceso en zonas de vulnerabilidad. Así como también realizar de forma inmediata procesos de consulta previa, en todas y cada una de las decisiones legislativas o administrativas que puedan afectar directa o indirectamente a la comunidad indígena.
2. Dar fiel cumplimiento a lo establecido por el Convenio 169 de la OIT, la Constitución y las demás leyes, normas y reglamentos que versen sobre la ejecución y aplicación real y efectiva del proceso de consulta previa a los pueblos indígenas con la finalidad de encontrar una solución pacífica

- y concertada garantizando la participación de la comunidad y reconociendo sus territorios y respetando su autonomía.
3. Los Estados miembros del Convenio 169 de la OIT, deben contar con políticas claras, leyes y reglamentos consensuados con la población indígena frente al tema.
 4. Los Estados deben respetar la jurisdicción especial indígena en atención a sus costumbres culturales y en consecuencia considerar su autonomía.
 5. La participación de los pueblos indígenas, así como la educación de sus miembros debe constituir un asunto prioritario para el Estado.
 6. Los jueces y juezas que conozcan y resuelvan garantías constitucionales referentes al medio ambiente y a los derechos colectivos de las comunidades indígenas, asuman la obligación tutelar y se rijan bajo los preceptos de sus propios principios y bajo la observancia del Convenio 169 de la OIT.
 7. Dada la dispersión de las normas jurídicas, es de suma importancia iniciar procesos legislativos, con la participación constante de las comunidades indígenas, para regular la aplicación y el ejercicio del derecho a la consulta previa, con el fin de asegurar su efectiva vigencia, llenando los vacíos jurídicos que hoy en día afecta a su aplicación.
 8. Armonizar la política del modelo de desarrollo económico con el modelo de desarrollo indígena.
 9. Supervisar permanentemente a las empresas públicas y privadas que se encuentren desarrollando actividades que causen afectación ambiental a las comunidades indígenas.
 10. Evaluar el daño ambiental ocasionado por proyectos que se encuentren en marcha o se hayan ejecutado sin la correspondiente consulta previa a las comunidades indígenas directa o indirectamente afectadas.
 11. Detener e impedir de forma inmediata la ejecución de nuevos proyectos que afecten seriamente e irreversiblemente al medioambiente y a las comunidades indígenas que habitan en la zona de vulnerabilidad.

12. Declarar en moratoria a nuevas concesiones mineras y contratos de explotación y exploración minera, hasta que no se promulgue la Ley de Consulta o se garantice el derecho a la consulta.
13. El Gobierno Nacional debe definir que instancia estatal asumirá la defensa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, mediante un proceso de consulta previa y no en lugar de imponerla.
14. Revisar y modificar el ordenamiento jurídico para armonizarlo a lo que dicta el Convenio 169 de la OIT.

REFERENCIAS

- AIDSESEP. (20 de Septiembre de 2012). *Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana*. Obtenido de <http://www.aidesep.org.pe/organizacion-politica/>
- Albán, J. (2003) *Petróleo y Desarrollo Sostenible, Participación y Consulta Previa, Participación Petrolera*, ed. FLACSO, Quito, Ecuador.
- Anaya, J. (2005) *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, Ed. Trotta, Madrid, España.
- Aplicación de la Normas Internacionales de Trabajo, 2001, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Naciones Unidas.
- Capotorti, F. (1977). *Relator Especial de la Subcomision de Prevencion de Discriminaciones y Proteccion a las Minorias*.
- Conferencia Mundial de Derechos Humanos, (1992, Junio), *Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y Desarrollo*, Naciones Unidas
- Conferencia Mundial de Derechos Humanos, (1993, Junio 14 a 25), *Declaración de Viena*, Naciones Unidas.
- Constitución de la República de Ecuador. (2008, Octubre 20). Publicación Oficial de la Asamblea Nacional. Ecuador.
- Constitución Política de Ecuador. (1998, Agosto 10). Registro Oficial: 1756. Ecuador
- Constitución Política de Perú. (1979, Julio 28). Perú.
- Constitución Política de Perú. (1993, Diciembre 31). Perú
- Constitución de la República Federativa de Brasil, (1988, Octubre 5), Brasil.
- Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, 1919.
- Convenio Nro. 169. OIT (1989). *Sobre Pueblos Indigenas y Tribales en Paises Independientes*.
- Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, (2005 Julio 22), Naciones Unidas.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-039/97.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Sarayaku vs Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.
- Declaración Sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales (1960, Diciembre 14) Sesión Plenaria 947 de la Asamblea General de la Naciones Unidas.
- Declaración Sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, (1970 Octubre 24), Resolución 2725 de la Asamblea General de la ONU.
- Decreto Ejecutivo 1040, (2008 Mayo 8), Registro Oficial 322.
- Ecuarrunari. (01 de abril de 2009). *Federaciones de los Pueblos Kichwas*. Recuperado el 5 de agosto de 2012, de http://ecuarunari.org/portal/info/organizacion/federacion_publos_kichwas
- Ehrlich. P, (1968) *The Populacione, Ballantine*, Nueva York.
- Estrella, C. (2006) *El principio de Precaución en Materia Ambiental en la Constitución Política del Ecuador, s/e.*, Quito. Ecuador.
- Fundación Proteger, International Rivers y ECOA. (6 de Octubre de 2012). *Represas en la Amazonia*. Obtenido de <http://dams-info.org/es/dams/view/belo-monte/>
- Izko. X, (2004), *La Consulta Previa Petrolera en los bloques 20 y 29 de la Amazonía ecuatoriana: entre el Desafío y la Nostalgia*, Revista Universidad Politécnica Salesiana, años III No 4, Quito, Ecuador.
- Ley de Gestión Ambiental, (2004 Septiembre 10) Registro Oficial Suplemento 418, Corporacion de Estudios y Publicaciones

- Ley de Minería, (2009 Enero 29), Registro Oficial Suplemento 517, Corporacion de Estudios y Publicaciones
- Ley Orgánica de Participación Ciudadana, (2009 Septiembre 9) Registro Oficial 22.
- Martínez, C. (1974) *Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías*.
- Organización de los Estados Americanos. (20 de Octubre de 2012). *Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*. Obtenido de Medidas Cautelares: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>
- Organización de los Estados Americanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*.
- Osman El-Hajje. (1994 Agosto 26), *Informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías sobre su 46º Periodo de Sesiones*. Ginebra
- Pachakutik. (3 de febrero de 2005). *Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik-Nuevo País*. Recuperado el 5 de agosto de 2012, de <http://www.llacta.org/organiz/pachakutik/>.
- Primer Encuentro Continental de los Pueblos Indígenas "500 años de resistencia indígena, negra y popular", (2009)Resoluciones, Quito, Conaie-Ecuadorunari-CDDH, Comisión de Prensa.
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humano, (Aprobado por la Comisión en su 109º período extraordinario de sesiones celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000, y modificado en su 116º período ordinario de sesiones, celebrado del 7 al 25 de octubre de 2002), Naciones Unidas.
- Resumen Oficial de la Sentencia de 27 de junio de 2012, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Rojas, B., Cordero, D., Figueroa, I., Laborde, R., Pinto, V., (Eds.) (2009). *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*. Quito, Ecuador.

Trujillo, J. (2009). *El Ecuador como Estado Plurinacional en "Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad"*; Editorial AbyaYala; Quito.

Yanez, S. (1978). *Subelevaciones Indígenas en la Audiencia de Quito*. En S. M. Yanez. Quito: Eduq.

ANEXOS

ANEXO 1



CONFEDERACIÓN DE NACIONALIDADES INDÍGENAS DE LA AMAZONÍA ECUATORIANA - C O N F E N I A E

PARLAMENTO DE NACIONALIDADES INDÍGENAS DE LA AMAZONÍA ECUATORIANA

NACIONALIDADES:	SHUAR	KICHWA	ACHUAR	WAORANI	SIONA	SECOYA	COFAN	ZAPARA	SHIWIAR	ANDOA
	FICSH	CCNKP	NAE	NAWE	ONISE	OISE	FEINCE	NASE	NASHIE	NAPE
	NASPE	CONAKINO								
	FENASH-Z	FONAKISE								
	FENASH-P	FICKAE								
	FEPCESH-S									
	FEPNASH-O									

CARTA ABIERTA AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y A LA CIUDADANÍA ECUATORIANA

CONFENIAE SE PRONUNCIA ANTE EL DECRETO PRESIDENCIAL No 1247 SOBRE EL "REGLAMENTO PARA LA EJECUCION DE LA CONSULTA LIBRE, PREVIA E INFORMADA EN LOS PROCESO DE LICITACION Y ASIGNACION DE LAS AREAS Y BLOQUES HIDROCARBURIFEROS"

La CONFENIAE CONSIDERANDO que:

Las nacionalidades y pueblos de la Amazonía hemos sido irrespetadas en nuestros derechos y ofendidas por la actitud del gobierno, atentadas en la unidad organizativa por parte de las maniobras de parte de entidades públicas.

Los territorios de los pueblos indígenas han sido amenazados y afectados en su integridad, poniendo en riesgo la vida y sobrevivencia cultural y material, y vulnerados los derechos de la naturaleza.

Los líderes y defensores de nuestros derechos injustamente hemos sido perseguidos y procesados judicialmente acusados de sabotaje y terrorismo por el gobierno.

La constante violación a los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas por las políticas públicas y ampliación de la frontera extractiva, ha llevado a ponernos en una situación de confrontación con el resto del pueblo ecuatoriano, al ser tildados de amenaza al desarrollo nacional.

El gobierno se aferra a un único modelo de desarrollo extractivista, sin plantear alternativas y sin reconocer las formas de vida tradicional e iniciativas que nacen de las organizaciones de las nacionalidades y pueblos indígenas, como la iniciativa "Kawsak Sacha - Selva viviente"

Expresamos:

Nuestro saludo, y exaltamos la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Sarayaku vs. Ecuador, que evidencia la afectación de derechos humanos del Estado hacia el Pueblo de Sarayaku, cuyas acciones violaron la Constitución y Tratados y Convenios Internacionales vigentes.

Que el Decreto Ejecutivo 1247 que expide el Reglamento para la ejecución de la consulta libre, previa e informada en los procesos de licitación y asignación de las áreas y bloques hidrocarburíferos", carece de validez porque nuevamente recurre a la violación a la Constitución, Tratados y Convenios Internacionales al haber sido emitido de manera inconsulta.

Que la consulta es obligatoria para los Estados, pues las leyes, los programas y proyectos, la explotación de recursos naturales, y toda decisión estatal-gubernamental que va afectar a los derechos indígenas, deben ser consultados para obtener el consentimiento.

Que la consulta debe ser un proceso previo y sin ninguna forma de manipulación ni mala fe. La Declaración de Naciones Unidas se refiere a la consulta, participación y el consentimiento libre previo e informado como derechos fundamentales y transversales para los pueblos indígenas.

Por ende y apegados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) mediante la sentencia que acaba de fallar a favor de Sarayaku, queremos decirle al gobierno nacional que nuevamente está vulnerando los derechos de los pueblos indígenas porque sin haber realizado los debidos procesos de consulta y consentimiento está iniciando la socialización de XI ronda petrolera en las provincias de Pastaza y Morona Santiago irrespetando las resoluciones que en nuestro ejercicio de autodeterminación hemos tomado; mismas que exponen lo siguiente:

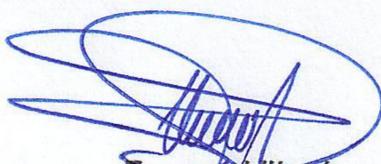
"Exige el respeto a la propuesta de las Nacionalidades Indígenas de Orellana, Pastaza y Morona Santiago de moratoria a perpetuidad de actividad petrolera en nuestros territorios en respeto a nuestra cosmovisión, nuestros derechos colectivos y los derechos de la naturaleza"¹

Así mismo, exponemos nuestra oposición a las políticas implementadas de manera inconsulta Socio Bosque y REDD, que buscan implantarse en nuestros territorios ancestrales.

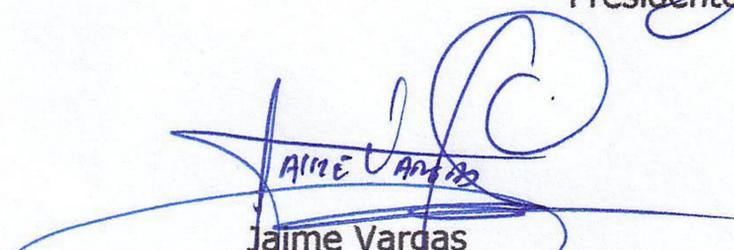
Frente a esto, nos declaramos en alerta permanente para defender nuestros derechos al territorio, a la consulta y a todas las formas de libertad de expresión. Estaremos vigilantes y activos para exigir el cumplimiento de la Sentencia de la Corte IDH en el caso Sarayaku; declaramos inconstitucional el Decreto 1247 y seguiremos las acciones legales nacionales por no haber sido consultado a los pueblos y nacionalidades indígenas; y, rechazamos la ilegal realización de procesos de socialización de la XI Ronda petrolera en nuestros territorios por no cumplir con la Constitución y los Tratados y Convenios Internacionales y exigimos sea suspendida inmediatamente.

¡Los derechos no son favores gubernamentales!

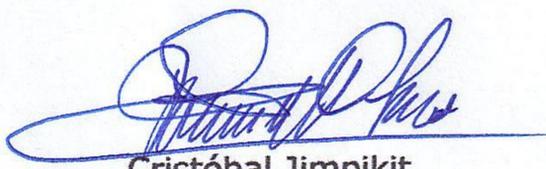
Baños, 26 de julio de 2012.



Francisco Viteri
Presidente de CONFENIAE



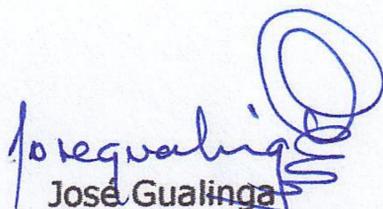
Jaime Vargas
Presidente de la Nacionalidad Achuar del Ecuador - NAE



Cristóbal Jimpikit
Presidente de la Federación de la Nacionalidad Shuar de Pastaza - FENASHP

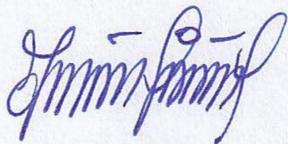


Fernando Santi
Presidente de la Nacionalidad Shiwiar del Ecuador - NASHIE

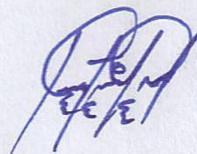


José Gualinga
Presidente del Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku - TAYJASARUTA

¹ Resolución de las Nacionalidades y Pueblos indígenas de Orellana, Pastaza y Morona Santiago frente a la política estatal petrolera y la pretensión del Gobierno Nacional de implementar la décima primera ronda petrolera en nuestros territorios ancestrales (Puyo 7 de febrero 2012).



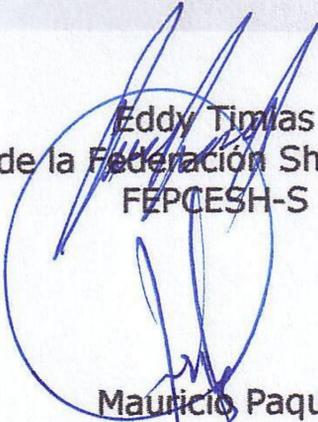
Jeremias Petsein
Coordinador General Binacional Achuar -
COBNAEP



Marco Montahuano
Nación Sapara NASE

Manuel Maiche

Presidente Nación Shuar del Ecuador - NASHE



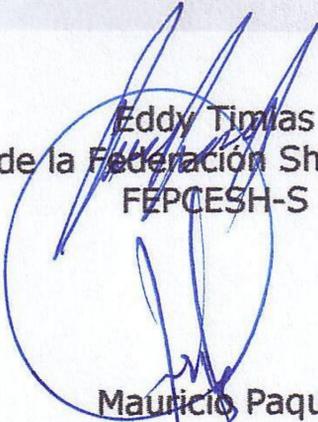
Eddy Timlas

Presidente de la Federación Shuar de Sucumbios
FEPCESH-S



Yuli Villagrana

Coordinadora de Organizaciones indígenas de la
Cuenca Amazónica - COICA



Mauricio Paqui

Dirigente de Territorio de la Confederación de
Nacionalidades Indígenas del Ecuador

ANEXO 2

Nº 1247

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que la Constitución de la República del Ecuador establece en su artículo 1 que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico;

Que el artículo 3 de la Constitución de la República determina que entre los deberes primordiales del Estado consta el planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza para acceder al buen vivir;

Que el artículo 56 de la Carta Magna, señala que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible;

Que el artículo 57 ibídem reconoce y garantiza el derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultados de manera 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;

Que el artículo 275 ibídem instituye el régimen de desarrollo como el conjunto organizado de los sistemas económicos, políticos, socio culturales, y ambientales que garantizan la realización del buen vivir, del sumak kawsay;

Que el artículo 313 ibídem determina que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia;

Que el artículo 408 ibídem determina que son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos;

N 1247

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

Que el artículo 81 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana dispone que se reconocerá y garantizará a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubio, el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada dentro de un plazo razonable;

Que el artículo 83 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana establece que 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 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; y,

En ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 147, número 13, de la Constitución de la República,

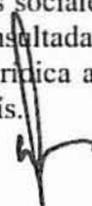
DECRETA:

Expedir el REGLAMENTO PARA LA EJECUCIÓN DE LA CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA EN LOS PROCESOS DE LICITACIÓN Y ASIGNACIÓN DE ÁREAS Y BLOQUES HIDROCARBURÍFEROS

CAPÍTULO I

De la consulta previa libre e informada

Artículo 1.- Objeto.- El presente instrumento tiene por objeto reglamentar el proceso de consulta previa que llevará a cabo la Secretaría de Hidrocarburos mediante la determinación de mecanismos de participación; identificación de los actores que intervendrán; de los procedimientos administrativos; de los beneficios sociales que podrán recibir las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultadas y las demás condiciones que permitan brindar legitimidad, seguridad y certeza jurídica a los procesos tendientes al aprovechamiento de los recursos hidrocarbúferos del país.



RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

Artículo 2.- **Ámbito de aplicación.**- La presente normativa se aplicará a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que se encuentran asentados dentro del área de influencia de los bloques o áreas que serán objeto de los procesos licitatorios o de asignación, que realice la Secretaría de Hidrocarburos, conforme las atribuciones establecidas en la Constitución y la Ley de Hidrocarburos.

Se exceptúan de esta reglamentación, la consulta ambiental que deban realizarse conforme el artículo 82 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y la normativa y reglamentación ambiental aplicable.

Artículo 3.- **Alcance de la Consulta.**- La consulta previa libre e informada como un mecanismo de participación social tiene como finalidad considerar los criterios y las observaciones de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas para contribuir en la gestión de la política pública sectorial, así como fomentar la participación de los colectivos en la toma de decisiones, para que las áreas o bloques a ser licitados o asignados, que puedan afectarles en el ámbito social, cultural o ambiental se desarrollen de manera adecuada. Por su parte, la consulta previa libre e informada generará espacios de participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades en la identificación de las necesidades de intervención por parte del Estado a través de políticas y proyectos sociales y comunitarios.

La participación social propuesta en este reglamento se rige por los principios de legitimidad y representatividad, y se define como un esfuerzo entre Instituciones Gubernamentales y la ciudadanía.

Artículo 4.- **Oportunidad.**- Conforme a los mandatos constitucionales, la consulta previa libre e informada se llevará a cabo antes del inicio de los planes o programas de asignación de bloques o áreas en el Ecuador.

Artículo 5.- **Definiciones.**- Para efectos de la aplicación del presente reglamento, es necesario considerar las siguientes definiciones:

1. **Afectación:** Impacto de una actividad sobre la comunidad o el ambiente.
2. **Área de influencia directa:** Zona o territorio potencialmente afectado por un plan o programa que implique impacto económico, social, cultural o ambiental, la misma que será definida por la Secretaría de Hidrocarburos.

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

3. **Bloque o Área:** Es la superficie terrestre y su proyección en el subsuelo o superficie marina en la cual se deben ejecutar las actividades hidrocarburíferas.
4. **Consulta Previa Hidrocarburífera:** La Consulta previa libre e informada se define como un instrumento de participación e información, que de manera obligatoria, la Secretaría de Hidrocarburos realizará, previo a la eventual adjudicación o asignación de los bloques o áreas, en sujeción a lo dispuesto en el artículo 57 de la Constitución; los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que se refieran a consulta previa u que estén debidamente ratificados por la República del Ecuador, y artículo 4 de este reglamento, y demás cuerpos legales que la normen, con la finalidad de garantizar el acceso a la información sobre el plan o programa que eventualmente podría ser desarrollados; y brindar legitimidad, seguridad y certeza jurídica a las políticas tendientes al aprovechamiento de los recursos hidrocarburíferos del país.
5. **Entidad competente:** organismo rector que desempeña un determinado rol en la estructura del Estado garantizando y ejecutando políticas públicas.
6. **Exploración de hidrocarburos:** Fase de las operaciones hidrocarburíferas que dispone de un conjunto de técnicas geológicas, geofísicas y geoquímicas que permiten ubicar y detectar la posible acumulación de hidrocarburos.
7. **Compensación social:** Resarcimiento o prestación de carácter social tendiente a reparar, compensar o remediar los efectos de una actividad.

Artículo 6.- Autoridad Competente.- La Secretaría de Hidrocarburos, entidad adscrita al Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, como institución encargada de la administración de las áreas hidrocarburíferas del Estado y asignarlas para su exploración y explotación, será la encargada de llevar a cabo los procesos de consulta previa descritos en este reglamento.

Para el efecto, la Secretaría de Hidrocarburos y el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables contarán con la participación y respaldo del Ministerio del Ambiente y la Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana, como entidades coadyuvantes respecto a los temas ambientales, sociales y culturales respectivamente.

La Secretaría de Hidrocarburos, como autoridad competente y responsable del proceso de Consulta previa libre e informada, tendrá las siguientes obligaciones:



RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

1. Realizar la convocatoria para el proceso de consulta;
2. Cubrir los costos del desarrollo de los mecanismos de participación;
3. Abrir y manejar el expediente documentado que sustente la realización de las actividades de participación;
4. Verificar la coordinación de la actividad con las entidades gubernamentales que participarán en el proceso;
5. Coordinar con las entidades competentes el acompañamiento al proceso de consulta previa, con la finalidad de brindar legitimidad, seguridad y certeza jurídica a las políticas públicas tendientes al aprovechamiento de los recursos hidrocarburíferos del país;
6. Socializar los beneficios sociales a los que podrán acceder las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas consultadas; y,
7. Garantizar, durante el proceso de ejecución del proyecto consultado, la priorización de incorporación de mano de obra local en la ejecución de los proyectos acordados y consensuados.

Artículo 7.- Sujetos de la Consulta.- Los procesos de consulta previa se dirigirán a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que se encuentren asentados dentro de las áreas de influencia, de los bloques que serán objeto de los procesos licitatorios o de adjudicación, que realice la Secretaría de Hidrocarburos.

Para el efecto se aplicarán principios de legitimidad y representatividad.

CAPÍTULO II
Del Procedimiento de Consulta

Artículo 8.- Supervisor de los procesos de consulta.- Con antelación a la convocatoria de los procesos de Consulta previa libre e informada previstos en este reglamento, el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables designará un funcionario, quien en calidad de Supervisor del Proceso, tendrá la responsabilidad de registrar el cumplimiento de las obligaciones que les corresponden a las partes en el procedimiento previsto.

El Supervisor del proceso deberá elaborar un informe y, de ser el caso, registrar los incumplimientos producidos en el proceso.

Artículo 9.- Certificación de los sujetos de la Consulta.- El Supervisor del Proceso verificará las comunidades que se encuentren en el área de influencia de los bloques o áreas

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

a licitarse. Esta información deberá constar en la estrategia que se diseñe para efectos de preparar el proceso.

Artículo 10.- De los Facilitadores Socio-Ambientales del proceso.- La Secretaría de Hidrocarburos designará a un facilitador Socio-ambiental que deberá estar calificado en el Registro de Facilitadores Ambientales del Ministerio del Ambiente.

Su responsabilidad es facilitar el proceso de Consulta conforme los mecanismos establecidos en este reglamento.

Es responsabilidad del facilitador ofrecer información detallada sobre los beneficios sociales del proyecto, así como las medidas de mitigación y compensación social que se gestionarán por medio del mismo. Cada facilitador contará con información impresa de los beneficios que faciliten la comprensión de la actividad a desarrollar y sus resultados.

Artículo 11.- Convocatoria a la Consulta.- La consulta previa libre e informada será convocada por la Secretaría de Hidrocarburos, para tal efecto la convocatoria incluirá un extracto que resuma las características de la actividad, así como, el lugar, fecha, hora y metodología a seguir en el mecanismo de participación. Dentro de la convocatoria se incluirá como información técnica al menos los siguientes datos:

1. Identificación del bloque o área y ubicación geográfica;
2. Objeto de la consulta;
3. Mención general de la actividad hidrocarburífera que se llevarán a cabo;
4. Mención general del marco regulatorio que rige el proceso de consulta previa;
5. Cronograma y ubicación del proceso de consulta, así como instrumentos a ser aplicados;
6. Ubicación de la oficina de consulta, período y horario que atenderá;
7. Información de los beneficios sociales del proyecto.

La Convocatoria a Consulta se realizará en forma simultánea a través de por lo menos tres de los siguientes medios:

1. Dos publicaciones en días consecutivos en uno de los diarios de mayor circulación a nivel local;
2. Publicación a través de la página web oficial de la Secretaría de Hidrocarburos y Ministerio de Recursos Naturales No Renovables;

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

3. Pautaje de cuñas, en la radio de mayor sintonía del área de influencia donde se realizará el proceso de consulta;
4. Publicación del extracto en las carteleras de los Gobiernos Seccionales Autónomos y dependencias Gubernamentales del área de influencia;
5. Envío de comunicaciones escritas a autoridades, organizaciones y líderes comunitarios de la zona de influencia;
6. Perifoneo o envío de mensajes por altoparlantes.

Artículo 12.- Plazo para la realización de la Consulta.- El proceso de consulta previa Hidrocarburífera tendrá una duración no mayor a treinta días calendario, contados a partir de la fecha de la última publicación de la convocatoria, conforme el cronograma referencial presentado por el Facilitador Socio-ambiental e informe del Supervisor previo al inicio del proceso. Durante este plazo deberán llevarse a cabo todos los eventos de difusión de información y recolección de criterios.

Artículo 13.- Mecanismos de participación.- Sin perjuicio de otros mecanismos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador y en las leyes, en concordancia y respeto a los derechos colectivos de las nacionalidades, pueblos y comunidades involucradas en el proceso de consulta previa, se reconocen los siguientes espacios de participación:

1. Audiencias, presentaciones públicas, reuniones informativas, mesas ampliadas y foros públicos de diálogo.
2. Talleres de información y socialización.
3. Campañas de difusión a través de los medios de comunicación.
4. Todos los medios que permitan el acceso de la comunidad a la información disponible sobre actividades que puedan afectarles social, cultural o ambientalmente.
5. Reparto de documentación informativa sobre el bloque o área a ser licitado o asignado.
6. Información en páginas web institucionales.
7. Centro de información pública. (Oficina de Consulta)
8. Otros mecanismos que se establezcan para el efecto.

Estos mecanismos podrán ser utilizados por el Facilitado Socio-ambiental para cumplimiento del objeto de la consulta.

Para el caso de los mecanismos contemplados en los literales a), b), y e) será responsabilidad del facilitador Socio-ambiental diseñar la metodología para su

↓

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

implementación, la misma que, previa a su ejecución será aprobada por el Supervisor del proceso.

Los mecanismos de participación contemplados en este reglamento deberán cumplir con los siguientes requisitos:

1. Difusión de información sobre las actividades a realizar.
2. Recepción de criterios.
3. Sistematización de la información.

Artículo 14.- Oficina de Consulta.- Durante el proceso de consulta previa, la Secretaría de Hidrocarburos dispondrá de una Oficina de Consulta conforme los parámetros establecidos en este reglamento, para lo cual deberá asignar los recursos suficientes, así como equipar la misma con el personal técnico y los materiales necesarios para llevar a cabo la difusión de la información y la recolección de criterios de las comunidades y de la ciudadanía. Será responsabilidad del Supervisor del Proceso registrar por medio de un acta la apertura de la Oficina de Consulta.

La Oficina de Consulta estará ubicada en las cabeceras cantonales y/o juntas parroquiales que se encuentren en los bloques o áreas hidrocarburíferas a ser licitadas. De ser necesario se conformará también una oficina itinerante, que pueda informar a los pobladores que no puedan acceder a la Oficina de Consulta.

La Oficina de Consulta atenderá en el horario preestablecido en la convocatoria correspondiente, el cual deberá ser cumplido estrictamente por el personal técnico del organismo encargado de llevar a cabo la licitación o su delegado.

Artículo 15.- Información del plan o programa.- La Secretaría de Hidrocarburos, mediante su oficina de consulta, deberá poner a disposición de la ciudadanía inmersa en la consulta previa, al menos la siguiente información:

1. El objeto de la consulta;
2. La descripción general del proceso, en forma didáctica y apropiada;
3. La determinación de los límites geográficos de las áreas o bloques del proceso;
4. La determinación geográfica exacta del área de influencia directa de la licitación;
5. Una descripción completa y didáctica de la actividad hidrocarburífera que pueda desarrollarse una vez licitadas y contratadas las áreas correspondientes;
6. Información sobre temas socio – ambientales;

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

7. Beneficios comunitarios provenientes de la actividad petrolera; y,
8. Debe proveerse información sobre los beneficios provenientes de programas y proyectos de desarrollo social a los cuales podrán acceder las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas consultadas.

Artículo 16.- Intervención Social integral.- La Oficina de Consulta socializará previo coordinación con el Ministerio Coordinador de Desarrollo Social la viabilidad de intervenciones en las siguientes áreas:

1. Protección social:

1. Desarrollo Integral Infantil que propenderá al cuidado, nutrición y estimulación temprana de los niños y niñas de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que se encuentren dentro de las áreas de influencia de los proyectos consultados;
2. Análisis georeferenciado de la creación de Centros Infantiles del Buen Vivir, que intervenga en el desarrollo infantil de niños y niñas de hasta tres años.
3. Atención dirigida a la población adulta mayor, destinada a mejorar su calidad de vida precautelando su cuidado, nutrición, salud y recreación.
4. Atención integral a personas con discapacidad a través del suministro de ayudas técnicas, atención en salud, educación y pensión por discapacidad de ser el caso. Se continuará con el estudio y análisis de beneficiarios del bono Joaquín Gallegos Lara para las personas que sufran de discapacidad severa.
5. Atención integral y gratuita a personas con enfermedades catastróficas a través de la red de protección solidaria.
6. Fortalecimiento a los servicios de capacitación para emprendimientos productivos.

2. Salud:

1. Ubicar georeferenciadamente los centros de salud pública que faciliten el acceso gratuito a salud de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.
2. Atención y monitoreo de embarazo, parto y post-parto de las mujeres de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Las mujeres embarazadas que asistan a los controles médicos establecidos podrán acceder, de ser el caso, a beneficios adicionales para fortalecer su estado nutricional.
3. Atención gratuita a niños y niñas recién nacidos para detectar y prevenir discapacidades o enfermedades congénitas.
4. Programas de vacunación a población en riesgo.

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

5. Prevención y atención a niñas y niños con problemas de nutrición mediante chequeos médicos, capacitación a padre y madre; y, dotación de suplementos nutricionales.

3. Educación:

1. Construcción y rehabilitación de ser el caso de unidades educativas, de manera georeferenciada, que garantice el acceso gratuito a educación inicial, básica y bachillerato.
2. Infraestructura y equipamiento educativo que garantice un sistema de enseñanza basado en principios de calidad y calidez.
3. Capacitación a docentes del sistema educativo para mejorar la calidad de enseñanza y aprendizaje, garantizando el derecho a educación intercultural, incluyente, diversa y equitativa.
4. Incorporación de docentes al sistema educativo con estabilidad laboral a través del otorgamiento de nombramientos previo el respectivo concurso de méritos y oposición.
5. Alfabetización y educación continua de jóvenes y adultos con rezago educativo.

4. Hábitat, agua y saneamiento:

1. Apoyo en la titulación de predio para facilitar el acceso a la vivienda en los casos que corresponda.
2. Acceso a vivienda, nueva o para mejoramiento, a través del respectivo bono, según corresponda.
3. Prevención y atención a la población con problemas de nutrición mediante dotación de agua y alcantarillado potencializando la intervención de los Gobiernos Autónomos Descentralizados.
4. Apoyo en procesos de asentamiento y reasentamiento humano.

La posible intervención en las áreas detalladas facilitará el conocimiento de los impactos sociales del proyecto y motivará la participación de las comunidades para que el Estado proponga y defina las medidas pertinentes para compensar la generación económica que se genera a través de la exploración y explotación de los proyectos hidrocarburíferos planificados a través de otros beneficios sociales.

Artículo 17.- Comentarios de la ciudadanía.- Los sujetos de la Consulta previa podrán presentar en la Oficina de Consulta toda la información relativa a sus comentarios,

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

opiniones, recomendaciones y requerimientos de intervención territorial respecto a los planes y programas. Esta información será sistematizada por la oficina de consulta y será parte fundamental del informe del facilitador socio-ambiental asignado para el proceso.

Una vez concluido el proceso, esta información sistematizada reposará en los archivos de la Secretaría de Hidrocarburos y estará a disposición del público en general.

La Secretaría de Hidrocarburos coordinará con las instituciones pertinentes la respuesta y de ser el caso la inclusión en planes y programas de los requerimientos sociales, culturales y ambientales surgidos del proceso de consulta.

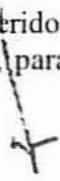
Los criterios vertidos de la consulta previa, de ser técnicos, económicamente viables y legalmente procedentes, serán considerados en la toma de decisiones de los planes y programas e incorporados en los instrumentos correspondientes.

La información de la que habla este artículo deberá ser entregada en la Oficina de Consulta mientras permanezca abierta y deberá incluir los siguientes requisitos:

1. Nombres completos y copia de la cédula de ciudadanía.
2. Identidad de la persona natural que actúa por sus propios derechos.
3. Identificación de la persona natural que ejerce la representación legal de la persona jurídica que comparece y nombramiento debidamente inscrito.
4. Determinación de criterios, comentarios, opiniones o propuestas de intervención territorial.
5. Información de dirección del domicilio.
6. Firma de responsabilidad.

Artículo 18.- Procedimiento de análisis y evaluación para la incorporación de los criterios, comentarios, opiniones, respuestas e identificación de necesidades analizadas por parte del Estado y formuladas por los sujetos del proceso.- El personal técnico de la Oficina de Consulta recibirá y verificará el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el artículo anterior de este Reglamento para la presentación de criterios, comentarios, opiniones y sugerencias. De no cumplirse con tales requerimientos se solicitará el completar la información necesaria según sea el caso.

De cumplir con los requisitos referidos, de forma inmediata, dicha información se remitirá a la Secretaría de Hidrocarburos, para que estos sean analizados conforme las siguientes reglas de clasificación:



RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

1. De haberse justificado los criterios, comentarios y opiniones deberán registrarse dentro de la documentación y del informe a ser generado por el facilitador socio-ambiental asignado para el proceso;
2. Si a criterio de la Secretaría de Hidrocarburos los comentarios u opiniones no contienen el sustento técnico jurídico suficiente, registrará y fundamentará este hecho dentro de la documentación;
3. Los registros de los criterios, comentarios, opiniones y propuestas presentados por los participantes del proceso que han sido justificados técnica o jurídicamente, total o parcialmente, según se trata en los literales precedentes, deberán ser considerados en los planes y programas. La totalidad de los registros a los que se hacen referencia en los literales a y b de este artículo constituyen información pública; y,
4. La identificación de necesidades de intervención por parte del Estado a favor de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas consultadas se alinearán a los objetivos, políticas y metas del Plan Nacional del Buen Vivir; a la Agenda Sectorial de Desarrollo Social; y, a los planes de desarrollo local.

En cualquiera de los casos anteriores, la autoridad correspondiente podrá aceptar, observar o rechazar la calificación de los criterios, comentarios, opiniones y propuestas presentada por el Supervisor del Proceso encargado de llevar a cabo los planes y programas.

Artículo 19.- Procedimiento de evaluación del proceso de consulta.- Una vez cumplido el plazo para la realización de la consulta previa y registrados los criterios, comentarios y opiniones, el facilitador Socio-ambiental, remitirá a la Secretaría de Hidrocarburos y al Supervisor del Proceso, el informe de sistematización para que se proceda a evaluar y a analizar el mismo dentro de un plazo no mayor a 15 días contados a partir de la entrega formal.

El informe de sistematización deberá especificar lo siguiente:

1. Las actividades más relevantes del proceso.
2. Los criterios, comentarios y opiniones de la ciudadanía.
3. Sistematización de criterios.
4. Análisis de los posibles conflictos sociales evidenciados y las respectivas soluciones a los mismos, en caso de haberlos.

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

De considerar que se requiere información adicional esta se solicitará a la instancia pertinente para la elaboración de un informe final, el cual será de dominio público si se lo requiere.

En caso de estar conforme con la información presentada la autoridad aprobará el informe el mismo que se incorporará como documento habilitante al proceso.

En el evento de que los ciudadanos no ejerzan su derecho a participar habiendo sido debidamente convocados o se oponga a su realización, este hecho no constituirá causal de nulidad del proceso y no suspenderá la continuación del mismo, debiendo el facilitador Socio-ambiental presentar el informe respectivo.

Artículo 20.- Conclusión del proceso.- El proceso concluirá una vez cumplidos los plazos en los cuales deberán llevarse a cabo todos los eventos de difusión de información y recolección de criterios, y una vez registrado y tramitado el expediente completo del proceso, en la Secretaría de Hidrocarburos.

Artículo 21.- Continuidad del proceso.- Si por razones motivadas no sea posible cumplir con una de las actividades contenida en este reglamento, este hecho no suspende el proceso de consulta. Sin embargo, la autoridad competente tendrá la obligación de cumplir con la totalidad de las disposiciones previstas previo a la consulta del proceso.

Artículo 22.- Formalización y registro de acuerdos y consensos.- Al final del proceso de consulta previa al que hace referencia este reglamento, podrán quedar establecidos formalmente acuerdos y consensos a los que han llegado los sujetos del proceso.

Artículo 23.- Acuerdos y consensos.- Los acuerdos y consensos que pudieran provenir del proceso de consulta, se sujetarán a los objetivos, políticas y metas del Plan Nacional del Buen Vivir, agenda sectorial de desarrollo social, planes de desarrollo local, políticas públicas de compensación e indemnización, y a la normativa aplicable e incluirán lineamientos generales y ejes de intervención prioritarios dirigidos al desarrollo sostenible de las comunidades del área de influencia del bloque.

Estos lineamientos y ejes de intervención serán considerados por la Autoridad Ambiental Nacional, e incluidos en los respectivos planes de relaciones comunitarias y plan de manejo ambiental que regirán la relación de las contratistas con su área de influencia socioeconómica.



RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

Los acuerdos o consensos referidos son de obligatorio cumplimiento para los sujetos de la consulta y para el Estado.

Artículo 24.- Impugnación del proceso.- El proceso de consulta previa podrá ser impugnado en sede administrativa, en primera instancia ante el Secretario de Hidrocarburos, y en segunda y definitiva instancia ante el Ministro Sectorial.

CAPÍTULO III

Financiamiento del Proceso de Consulta previa libre o informada

Artículo 25.- Financiamiento de la Consulta.- Los costos para cubrir el proceso de la Consulta le corresponderá asumir a la Secretaría de Hidrocarburos, para el efecto el Ministerio de Finanzas trasladará los recursos necesarios solicitados por esa entidad, para lo cual ésta, establecerá las actividades, cronogramas y presupuestos en su planificación anual la misma que será aprobada por las autoridades correspondientes.

DISPOSICIONES GENERALES

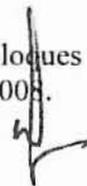
Primera.- La distribución de los beneficios económicos que se desprenda del desarrollo de actividades hidrocarburíferas está establecida en las disposiciones legales vigentes sobre la materia y, por lo tanto, no comprometen al presente reglamento.

Segunda.- Todos los procesos de participación social para proyectos específicos en materia ambiental, de conformidad con el artículo 398 de la Constitución de la República, serán ejecutados por el Ministerio del Ambiente, como lo establece el Decreto Ejecutivo 1040, publicado en el Registro Oficial N° 332 de mayo 8 de 2008 y normativa aplicable. Este tipo de procesos se exceptúan en la aplicación del presente decreto.

Tercera.- Para la correcta operación del presente reglamento se elaborará el correspondiente instructivo de aplicación.

Cuarta.- Serán inaplicables las normas de igual o menor jerarquía que se opongan al contenido, sentido y efectos del presente Decreto Ejecutivo.

Disposición Transitoria.- Se excluye del proceso de consulta previa a los bloques que han estado en explotación antes de la vigencia de la Constitución de octubre de 2008.



N 1247

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

Disposición Final.- El presente Decreto Ejecutivo entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial; y de su ejecución encárguese a la Secretaría de Hidrocarburos, a los Ministerios de Coordinación de Desarrollo Social, de Recursos Naturales No Renovables, de Ambiente y a la Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana.

Dado en el Palacio Nacional, en Quito, a **19 de Julio de 2012**



Rafael Correa Delgado
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

ANEXO 3



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME
CÔRTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU VS. ECUADOR
RESUMEN OFICIAL EMITIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA
SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 2012
(Fondo y Reparaciones)

El 27 de junio de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró, por unanimidad, que el Estado del Ecuador es responsable 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 (en adelante "Pueblo Sarayaku" o "el Pueblo" o "Sarayaku"), por haber permitido que una empresa petrolera privada realizara actividades de exploración petrolera en su territorio, desde finales de la década de los años 1990, sin haberle consultado previamente.

El Estado también fue declarado responsable por haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal, reconocidos en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana, en relación con la obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal, en los términos de los artículos 1.1 y 21 del mismo tratado, en perjuicio de los miembros del Pueblo Sarayaku. Ello en relación con actos desde las fases de exploración petrolera, inclusive con la introducción de explosivos de alto poder en varios puntos del territorio indígena.

Asimismo, el Estado fue declarado responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del Pueblo Sarayaku.

I. Antecedentes y procedimiento

El 26 de abril de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante el Tribunal la demanda contra el Estado¹. Desde el 6 de julio de 2004, y a solicitud de la Comisión, el Tribunal ordenó medidas provisionales a favor del Pueblo Sarayaku y sus miembros, de conformidad con los artículos 63.2 de la Convención y 25 del Reglamento de la Corte².

La Sentencia fue dictada una vez concluido el proceso y luego de que una delegación del Tribunal, encabezada por su Presidente, efectuara en abril de 2012, por primera vez en la historia de su

¹ La petición inicial había sido presentada ante la Comisión el 19 de diciembre de 2003 por la Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayaku (*Tayjasaruta*), el Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

² Cfr. *Asunto Pueblo Indígena Sarayaku. Medidas Provisionales respecto de Ecuador*. Resolución de la Corte de 6 de julio de 2004 (disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/sarayaku_se_01.pdf). Mediante resoluciones de 17 de junio de 2005 y de 4 de febrero de 2010, la Corte ratificó la vigencia de las medidas (resoluciones disponibles en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/sarayaku_se_02.pdf y http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/sarayaku_se_04.pdf

práctica judicial, una diligencia en el lugar de los hechos de un caso contencioso sometido a su jurisdicción, específicamente en el propio territorio Sarayaku. Durante esta diligencia, el Estado efectuó un reconocimiento de responsabilidad internacional y expresó su compromiso e interés en buscar formas de reparación³.

La Corte constató que el reconocimiento de responsabilidad fue efectuado por el Estado en términos amplios y genéricos; otorgó plenos efectos a este acto y lo valoró positivamente por su trascendencia en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en particular por haber sido efectuado en el propio territorio Sarayaku.

Además, respecto de una excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos interpuesta por el Estado, la Corte estimó que, al haber efectuado dicho reconocimiento de responsabilidad, el Estado había aceptado la plena competencia del Tribunal para conocer del presente caso, por lo que la interposición de la excepción preliminar resultaba incompatible con aquel acto. Además, el Tribunal consideró que el contenido de dicha excepción se encontraba íntimamente relacionado con el fondo del caso, por lo que la misma carecía de objeto y no era necesario analizarla.

II. Hechos

a) El Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku

El territorio del Pueblo Sarayaku se encuentra ubicado en la región amazónica del Ecuador, en el área del bosque tropical, en la provincia de Pastaza, en diferentes puntos y en las riberas del Río Bobonaza, a 400 m.s.n.m., a 65 km de la ciudad de El Puyo. Es uno de los asentamientos Kichwas de la Amazonía de mayor concentración poblacional y extensión territorial, que según censo del Pueblo se compone de alrededor de 1200 habitantes.

El territorio en donde se encuentra ubicado el Pueblo de Sarayaku es de difícil acceso. El desplazamiento entre Puyo y Sarayaku demora entre 2 y 3 días a través del río Bobonaza y aproximadamente ocho días por vía terrestre. Los Sarayaku subsisten de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales. Las decisiones sobre temas de especial trascendencia para el Pueblo se toman en la tradicional Asamblea comunitaria, denominada *Tayjasaruta*. Además, se encuentra organizado bajo un Consejo de Gobierno integrado por líderes tradicionales de cada comunidad (*kurakas* o *varayuks*), autoridades comunitarias, ex dirigentes, mayores, sabios tradicionales (*yachaks*) y grupos de asesores y técnicos de la comunidad. De acuerdo con la cosmovisión del Pueblo Sarayaku, el territorio está ligado a un conjunto de significados: la selva es viva y los elementos de la naturaleza tienen espíritus (*supay*), que se encuentran conectados entre sí y cuya presencia sacraliza los lugares.

El 12 de mayo de 1992 el Estado adjudicó, a través del Instituto de Reforma Agraria y Colonización (IERAC), en la provincia de Pastaza y en forma indivisa, un área singularizada en el título que se denominó Bloque 9, correspondiente a una superficie de 222.094 Ha. o 264.625 Ha., a favor de las comunidades del Río Bobonaza, entre las cuales corresponden a Sarayaku aproximada y tradicionalmente 135.000 Ha.

b) Contrato de participación con la empresa CGC para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el Bloque 23 de la Región Amazónica

Luego de convocada la octava ronda de licitación internacional para la exploración y explotación de hidrocarburos en el territorio nacional ecuatoriano, en la que se incluyó el llamado "Bloque 23" de la región Amazónica de la provincia de Pastaza, el 26 de julio de 1996 fue suscrito un contrato de

³ Al respecto, ver comunicado de prensa CorteIDH_CP-07/12 ESPAÑOL en el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_07_12.pdf . Además, puede observarse un video ilustrativo de esta diligencia en el siguiente enlace: <http://vimeo.com/corteidh>

participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el "Bloque 23" entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. (CGC) (en adelante "CGC" o "compañía CGC" o "empresa CGC") y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. El espacio territorial otorgado en el contrato para ese efecto comprendía una superficie de 200.000 Ha., en la que habitan varias asociaciones, comunidades y pueblos indígenas, entre ellas Sarayaku, cuyo territorio ancestral y legal abarcaba un 65% de los territorios comprendidos en el Bloque 23.

De acuerdo con las disposiciones del contrato celebrado en 1996 entre PETROECUADOR y la compañía CGC, la fase de exploración sísmica tendría una duración de cuatro años –con posibilidades de prórroga hasta por dos años– desde que el Ministerio de Energía y Minas aprobara el estudio de impacto ambiental. La Compañía CGC subcontrató a otra empresa para la realización de un plan de impacto ambiental para la prospección sísmica, el cual fue realizado en mayo de 1997 y aprobado el 26 de agosto siguiente por el Ministerio de Energía y Minas. Este estudio no incluyó a Sarayaku.

Entre abril de 1999 y septiembre de 2002 se suspendieron las actividades en el Bloque 23.

c) Hechos anteriores a la fase de prospección sísmica e incursiones en el territorio Sarayaku

En numerosas ocasiones la empresa petrolera intentó gestionar la entrada al territorio del Pueblo Sarayaku y conseguir su consentimiento para la exploración petrolera, entre otros, mediante acciones como las siguientes: a) relacionamiento directo con los miembros de las comunidades, saltando el nivel de la organización indígena; b) ofrecimiento de una caravana para atención médica a varias comunidades que conforman Sarayaku, en la cual, para ser atendidas, las personas tenían que firmar un listado, el cual posteriormente se habría utilizado como una carta de apoyo dirigida a la CGC para que continuara sus trabajos; c) pago de sueldos a personas particulares dentro de las comunidades para que reclutaran a otras personas a fin de avalar la actividad de prospección sísmica; d) ofrecimiento de regalos y de prebendas personales; e) formación de grupos de respaldo a la actividad petrolera, y f) ofrecimientos de dinero, en forma individual o colectiva.

En mayo de 2000 el apoderado de la CGC visitó Sarayaku y ofreció USD\$ 60.000,00 para obras de desarrollo y 500 plazas de trabajo para los hombres de la Comunidad. El 25 de junio de 2000 la Asamblea General de Sarayaku, incluso ante el apoderado de la empresa, rechazó su oferta. Otras comunidades vecinas firmaron convenios con la empresa. Ante la negativa de Sarayaku de aceptar la actividad petrolera de la CGC, ésta contrató en 2001 a Daymi Service S.A., un equipo de sociólogos y antropólogos dedicados a programar relaciones comunitarias. Según miembros de Sarayaku, su estrategia consistió en dividir a las comunidades, manipular a dirigentes y crear campañas de calumnias y desprestigio a líderes y organizaciones, inclusive la creación de una llamada "Comunidad de Independientes de Sarayaku" para llegar a un acuerdo.

El 2 de julio de 2002 el Ministerio aprobó la actualización del Plan de Manejo Ambiental y Plan de Monitoreo presentados por la compañía CGC para las actividades de prospección sísmica 2D en el Bloque 23. En septiembre de 2002 la compañía solicitó el reinicio de actividades.

El 22 de noviembre de 2002 la Junta Parroquial Rural de Sarayaku presentó una queja ante la Defensoría del Pueblo. Solicitaron, entre otros, que la empresa respetara el territorio y la inmediata salida del personal de las Fuerzas Armadas que brinda protección a la empresa. El 27 de noviembre de 2002 el Defensor del Pueblo del Ecuador declaró que los miembros del Pueblo Sarayaku se encontraban bajo su protección y manifestó que "[n]inguna persona ni autoridad o funcionario podrán impedir el libre tránsito, circulación, navegación e intercomunicación" de sus miembros por todas las tierras y ríos que ellos requieran,

El 28 de noviembre de 2002 el Presidente de la OPIP, representante de las 11 asociaciones del pueblo Kichwa de Pastaza, presentó un recurso de amparo constitucional ante el Juez Primero de lo Civil de Pastaza en contra de la empresa CGC y contra *Daymi Services*, subcontratista de aquélla. En dicho recurso se alegó que desde 1999 la CGC había ejecutado acciones diversas destinadas a negociar de forma aislada y separada con las comunidades. El 29 de noviembre de 2002 dicho Juez

admitió a trámite el amparo y ordenó, como medida precautoria, "suspender cualquier acción actual o inminente que afecte o amenace los derechos que son materia del reclamo", así como la celebración de una audiencia pública, la cual no se llevó a cabo. El 12 de diciembre de 2002 la Corte Superior de Justicia del Distrito de Pastaza observó "irregularidades" dentro de su trámite [y manifestó que era] preocupante la total falta de celeridad [...del] recurso, tomando en consideración las repercusiones de orden social que su objetivo implica".

d) Hechos relacionados con las actividades de prospección sísmica o exploración petrolera de la empresa CGC a partir de diciembre de 2002

A raíz de la reactivación de la fase de exploración sísmica en noviembre de 2002 y ante el ingreso de la CGC al territorio de Sarayaku, la Asociación del Pueblo Kichwa Sarayaku declaró una "emergencia", durante la cual la comunidad paralizó sus actividades económicas, administrativas y escolares cotidianas por un período de entre 4 a 6 meses. Miembros de Sarayaku organizaron seis denominados "campamentos de paz y vida" en los linderos de su territorio, constituido cada uno por 60 a 100 personas. Durante dicho período, vivieron en la selva y se agotaron los alimentos.

Entre los meses de octubre de 2002 y febrero de 2003, los trabajos de la empresa petrolera avanzaron un 29% al interior del territorio de Sarayaku. En ese período, la empresa CGC cargó 467 pozos con aproximadamente 1433 kilogramos del explosivo "pentolita", tanto a nivel superficial como a mayor profundidad. Al momento de dictar la Sentencia, los explosivos sembrados permanecen en el territorio de Sarayaku.

El 6 de febrero de 2003 la Asociación de la Industria Hidrocarburífera del Ecuador informó que la CGC declaró un estado de "fuerza mayor" y suspendió los trabajos de exploración sísmica.

En relación con las afectaciones al territorio Sarayaku, la empresa destruyó al menos un sitio de especial importancia en la vida espiritual de los miembros del Pueblo Sarayaku, en el terreno del *Yachak* Cesar Vargas. Del mismo modo, la empresa abrió trochas sísmicas, habilitó siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua, y ríos subterráneos, necesarios para consumo de agua de la comunidad; taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku. Los trabajos de la petrolera ocasionaron la afectación y suspensión, en algunos periodos, de actos y ceremonias ancestrales culturales del Pueblo Sarayaku.

e) Alegados hechos de amenazas y agresiones en perjuicio de miembros de Sarayaku

Entre febrero de 2003 y diciembre de 2004 fueron denunciados una serie de hechos de presuntas amenazas y hostigamientos realizados en perjuicio de líderes, miembros y un abogado de Sarayaku.

El 4 de diciembre de 2003 unos 120 miembros del Pueblo Sarayaku habrían sido agredidos por miembros de otro pueblo indígena, en presencia de agentes policiales, cuando se dirigían a una "marcha por la paz y la vida" que se realizaría dos días después en Puyo. Resultaron heridos varios miembros de Sarayaku. Los hechos fueron denunciados e insuficientemente investigados.

f) Hechos posteriores a la suspensión de actividades de la empresa CGC

Desde agosto de 2007 el Estado realizó varias gestiones para proceder al retiro de la pentolita del territorio Sarayaku, en relación con las medidas provisionales ordenadas por la Corte. A la fecha de emisión de la Sentencia, el Estado habría retirado 14 kg. de la pentolita enterrada en superficie.

El 19 de noviembre de 2010 PETROECUADOR firmó con la empresa CGC un Acta de Terminación por mutuo acuerdo del contrato de participación para la exploración y explotación de petróleo crudo en el Bloque 23.

III. Fondo

A. *La obligación de garantizar el derecho a la consulta en relación con los derechos a la propiedad comunal indígena e identidad cultural del Pueblo Sarayaku*

La Corte reiteró que 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. Por ello, la protección de su derecho a la propiedad es necesaria para garantizar su supervivencia física y cultural y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados. Si bien no estaba en duda la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku sobre su territorio, cuya posesión ejerce en forma ancestral e inmemorial, la Corte consideró pertinente destacar el profundo lazo cultural, inmaterial y espiritual que aquél mantiene con su territorio, en particular, las características específicas de su "selva viviente" (*Kawsak Sacha*) y la relación íntima entre ésta y sus miembros, que no se limita a asegurar su subsistencia, sino que integra su propia cosmovisión e identidad cultural y espiritual.

La Corte estableció que el reconocimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada 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.

La Corte establece 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 el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está en particular reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios.

Diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, a través de su normatividad interna y por medio de sus más altos tribunales de justicia, han incorporado los estándares sobre la importancia de la consulta o de la propiedad comunitaria. Además, varios tribunales internos de Estados de la región que han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT se han referido al derecho a la consulta previa de conformidad con las disposiciones del mismo. Otros tribunales de países que no ratificaron dicho Convenio se han referido a la necesidad de llevar a cabo consultas previas. En el caso del Ecuador, la normatividad interna hoy en día tiene plenamente reconocido el derecho a la consulta. La obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional.

Está claramente establecida, pues, 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.

El Tribunal estableció que 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, implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, en particular sus normas e instituciones, de tal forma que la consulta pueda llevarse a cabo efectivamente de conformidad con los estándares internacionales en la materia.

De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, 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. 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.

La empresa CGC inició actividades de prospección sísmica a partir de julio de 2002, con posterioridad a la fecha en la que el Estado adquirió el compromiso internacional de garantizar el derecho a la consulta con la ratificación en 1998 del Convenio N° 169 de la OIT y después de que se consagraron constitucionalmente los derechos colectivos de los Pueblos indígenas, al entrar en vigor la Constitución Política del Ecuador de 1998. Dado que el Convenio N° 169 de la OIT aplica en relación con los impactos y decisiones posteriores originados en proyectos petroleros, aún cuando éstos hubieran sido contratados con anterioridad a la entrada en vigor del mismo, es indudable que al menos desde mayo de 1999 el Estado tenía la obligación de garantizar el derecho a la consulta previa al Pueblo Sarayaku, en relación con su derecho a la propiedad comunal e identidad cultural, para asegurar que los actos de ejecución de la referida concesión no comprometieran su territorio ancestral o su supervivencia y subsistencia como pueblo indígena.

Aplicación del derecho a la consulta del Pueblo Sarayaku en este caso

La Corte observó la forma y sentido en que el Estado tenía la obligación de garantizar el derecho a la consulta del Pueblo Sarayaku y si los actos de la empresa concesionaria, que el Estado señaló como formas de "socialización" o de búsqueda de "entendimiento", satisfacen los criterios mínimos y requisitos esenciales de un proceso de consulta válida a comunidades y pueblos indígenas en relación con sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural. Es deber del Estado –y no de los pueblos indígenas– demostrar efectivamente, en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas.

a) La consulta debe ser realizada con carácter previo

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. Lo anterior puede incluir medidas legislativas y, en este supuesto, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa.

El Estado no realizó ninguna forma de consulta con Sarayaku, en ninguna de las fases de ejecución de los actos de exploración petrolera y a través de sus propias instituciones y órganos de representación. En particular, el Pueblo no fue consultado antes de que se construyeran helipuertos, se cavaran trochas, se sembraran explosivos o se destruyeran zonas de alto valor para su cultura y cosmovisión.

b) La buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo

Las consultas deberán ser llevadas a cabo 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. Además, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas. La buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros y 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.

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.

Durante el proceso el Estado alegó que la compañía petrolera CGC buscó, con posterioridad a la firma del contrato, un "entendimiento" o forma de "socialización" con las comunidades para lograr la realización de sus actividades contractuales y que además se realizó un estudio de impacto ambiental. En esos términos, de la posición sostenida inicialmente por el Estado ante este Tribunal se desprende que autoridades estatales pretendieron avalar tales acciones de la empresa petrolera como formas de consulta.

En este caso el Estado no sólo reconoció que no realizó la consulta sino que, aún si se aceptara la posibilidad de que tal proceso de consulta pueda ser delegado en terceros particulares, el Estado tampoco indicó qué tipo de medidas habría adoptado para observar, fiscalizar, monitorear o participar en el proceso y garantizar así la salvaguarda de los derechos del Pueblo Sarayaku. Además de lo anterior, se observó que el Estado apoyó la actividad de exploración petrolera de la empresa CGC al proveerles seguridad con miembros de sus fuerzas armadas en determinados momentos, lo cual no favoreció un clima de confianza y respeto mutuo.

Por otro lado, los actos de la empresa, al pretender legitimar sus actividades de exploración petrolera y justificar sus intervenciones en el territorio Sarayaku, dejaron de respetar las estructuras propias de autoridad y representatividad a lo interno y externo de las comunidades.

La falta de consulta por parte del Estado, en momentos de alta tensión en las relaciones intercomunitarias y con las autoridades estatales, favoreció por omisión un clima de conflictividad, división y enfrentamiento entre las comunidades indígenas de la zona, en particular con el Pueblo Sarayaku.

c) La consulta adecuada y accesible

Las consultas a Pueblos indígenas deben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus propias tradiciones. Si bien no hay un único modelo de procedimiento apropiado, éste debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como contextualmente la naturaleza de las medidas consultadas.

En el presente caso, la compañía petrolera pretendió relacionarse directamente con algunos miembros del Pueblo Sarayaku, sin respetar la forma de organización política del mismo. Así, de la posición sostenida por el Estado ante este Tribunal se desprende que aquél pretendió delegar *de facto* su obligación de realizar el proceso de consulta previa en la misma empresa privada que estaba interesada en explotar el petróleo que existiría en el subsuelo del territorio Sarayaku, por lo que estos actos no pueden ser entendidos como una consulta adecuada y accesible.

d) Estudio de Impacto Ambiental

En relación con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental, el artículo 7.3 del Convenio Nº 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. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas".

El Estado debía garantizar que no se emitiera ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realizaran un estudio previo de impacto social y ambiental para evaluar el posible daño o impacto que el proyecto podía tener, así como asegurar que los miembros del pueblo

tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, con conocimiento y de forma voluntaria. 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.

En el presente caso, la Corte observó que el plan de impacto ambiental: a) fue realizado sin la participación del Pueblo Sarayaku; b) fue realizado por una entidad privada subcontratada por la empresa petrolera, sin que conste que el mismo fue sometido a un control estricto posterior por parte de órganos estatales de fiscalización, y c) no tomó en cuenta la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades de desarrollo previstas podían tener sobre el Pueblo Sarayaku.

e) La consulta debe ser informada

Según fue señalado, la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, lo cual requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante.

En el presente caso, no se demostró que el alegado "entendimiento" llevado a cabo por la compañía petrolera hubiese incluido la presentación de la información contenida en el estudio de impacto ambiental, ni que el mismo hubiese servido para permitir al Pueblo Sarayaku participar de manera activa en un proceso de diálogo adecuado. Tampoco fue demostrado que la alegada "socialización" del estudio se encuentre relacionada con una actividad de consulta al Pueblo Sarayaku, ni que el mismo hubiese servido de base para informarle sobre las ventajas y desventajas del proyecto en relación con su cultura y forma de vida, en el marco de un proceso de diálogo destinado a llegar a un acuerdo.

En este sentido, hay elementos para concluir que las constatadas faltas en el proceso de consulta debida por parte del Estado, aunada a las numerosas acciones de la empresa para fragmentar a las comunidades, propiciaron enfrentamientos entre las comunidades del Bobonaza y afectaron sus relaciones inter-comunitarias.

En conclusión, la Corte constató 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. 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.

El derecho a la identidad cultural

La Corte reiteró que al desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podrían estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros. 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 en 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.

Bajo el principio de no discriminación, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural (o a la cultura) 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 por los ordenamientos jurídicos internos. 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.

En el presente caso, no fue controvertido que la empresa destruyó o afectó zonas de alto valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku u ocasionó la suspensión de algunos actos y ceremonias ancestrales culturales, todo lo cual significó una vulneración a su cosmovisión y creencias culturales. 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 y cosmovisión, así como a la conservación de las características propias de su cultura y de su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos.

*

El Estado, al no consultar al Pueblo Sarayaku sobre la ejecución del proyecto que impactaría directamente en su territorio, 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 vida 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.

B. Derechos a la vida e integridad personal

Desde que fueron ordenadas las medidas provisionales en este caso en junio de 2005, la Corte ha observado con particular atención la colocación de más de 1400 kg. de explosivos de alto poder (pentolita) en el territorio Sarayaku, por considerar que tal hecho constituye un factor de grave riesgo para la vida e integridad de sus miembros. En virtud de ello, la Corte ordenó al Estado que retirara dicho material explosivo, disposición que se mantuvo vigente hasta la fecha y que el Estado cumplió de manera parcial. Hasta el momento, el Estado ha extraído entre 14 y 17 kgs de los 150 kgs que se encontrarían en superficie. Por ende, ha sido un riesgo claro y comprobado, que correspondía al Estado desactivar, por lo que el incumplimiento de su obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku, permitiendo la siembra de explosivos en su territorio, ha significado que el Estado es responsable de haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal de los miembros del Pueblo Sarayaku, reconocidos en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención, en relación con la obligación de garantía del derecho a la propiedad comunal, en los términos de los artículos 1.1 y 21 de aquel tratado.

C. Derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial

Además de reiterar su jurisprudencia relativa a la obligación de los Estados de proveer recursos, el Tribunal observó que fueron interpuestas varias denuncias en relación con alegadas agresiones u amenazas a integrantes del Pueblo Sarayaku. La Corte observó que no se iniciaron investigaciones en cinco de los seis hechos denunciados y que, en cuanto a la investigación iniciada, se evidencia inactividad procesal con posterioridad a la realización de algunas diligencias. Por ello, el Tribunal encontró que en este caso las autoridades estatales no actuaron con la debida diligencia, por lo que el conjunto de las investigaciones no constituyó un medio efectivo para garantizar el derecho a la integridad personal, contenido en el artículo 5.1 de la Convención, en relación con la obligación del Estado de garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros del Pueblo Sarayaku afectados en determinados hechos.

Por otro lado, en lo que se refiriere al recurso de amparo interpuesto por la OPIP el 28 de noviembre 2002, el Tribunal observó que el tribunal de alzada constató irregularidades en el trámite del recurso y ordenó subsanarlas, pero no consta que lo señalado por ese tribunal de alzada fuera cumplido a cabalidad por el juez respectivo y, por ende, que dicha providencia fuera efectiva, por lo que el recurso quedó inconcluso y careció de efectividad. Tampoco consta que la medida precautoria ordenada fuera ejecutada.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte estima que el Estado no garantizó un recurso efectivo que remediara la situación jurídica infringida, ni garantizó que la autoridad competente prevista decidiera sobre los derechos de las personas que interpusieron el recurso y que se ejecutaran las providencias, mediante una tutela judicial efectiva, en violación de los artículos 8.1, 25.1, 25.2.a y 25.2.c de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del Pueblo Sarayaku.

IV. Reparaciones

Por último, además de considerar que la Sentencia constituye *per se* una forma de reparación, el Tribunal dispuso diversas medidas de restitución, satisfacción, garantías de no repetición, compensaciones e indemnizaciones.

El Estado debe: a) neutralizar, desactivar y, en su caso, retirar la pentolita en superficie y enterrada en el territorio del Pueblo Sarayaku, con base en un proceso de consulta con el Pueblo, en los plazos y de conformidad con los medios y modalidades señalados en los párrafos 293 a 295 de la Sentencia; b) consultar al Pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio; c) adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades; d) implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos obligatorios que contemplen módulos sobre los estándares nacionales e internacionales en derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, dirigidos a funcionarios militares, policiales y judiciales, así como a otros cuyas funciones involucren relacionamiento con pueblos indígenas; e) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso; f) realizar publicaciones de la Sentencia; y g) pagar las cantidades fijadas por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos. Además, se dispuso que el Estado debe rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, sin perjuicio de los plazos dispuestos para el retiro de la pentolita.

*

La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

La composición de la Corte para la emisión de esta Sentencia fue la siguiente: Diego García-Sayán (Perú), Presidente; Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica), Vicepresidente; Leonardo A. Franco (Argentina); Margarette May Macaulay (Jamaica); Rhadys Abreu Blondet (República Dominicana); Alberto Pérez Pérez (Uruguay); y Eduardo Vío Grossi (Chile).

ANEXO 4

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES SOBRE SUS TIERRAS ANCESTRALES Y RECURSOS NATURALES

Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

IX. DERECHOS A LA PARTICIPACIÓN, LA CONSULTA Y EL CONSENTIMIENTO

A. La obligación general

273. Los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios^[640], tomando en consideración la especial relación entre los pueblos indígenas y tribales y la tierra y los recursos naturales^[641]. Esta es una manifestación concreta de la regla general según la cual el Estado debe garantizar que “los pueblos indígenas sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos”^[642], teniendo en cuenta que esta consulta debe “estar dirigida a obtener su consentimiento libre e informado”^[643], según se dispone en el convenio 169 de la OIT^[644] y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas^[645]. La consulta y el consentimiento no se limitan a asuntos que afecten los derechos de propiedad indígenas, sino que también son aplicables a otras acciones administrativas o legislativas de los Estados que tienen un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas^[646].

274. El derecho a la consulta, y el deber estatal correlativo, se vinculan con múltiples derechos humanos^[647], y en particular se conectan con el derecho a la participación consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana, tal y como fue interpretado por la Corte Interamericana en el caso YATAMA vs. Nicaragua^[648]. El artículo 23 reconoce el derecho de “[t]odos los ciudadanos” a “participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”. 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 o pueden incidir en sus derechos...desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”^[649].

275. Además del derecho a la participación del artículo 23, el derecho a ser consultado es fundamental para el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales sobre las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente^[650]. Para la CIDH, “uno de los elementos centrales para la protección de los derechos de propiedad de los indígenas, es el requisito de 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”^[651].

276. El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones que puedan afectarlos se relaciona directamente con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura puede resultar afectada por tales decisiones^[652]. El Estado debe respetar, proteger y promover las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas y tribales, por ser éstas un componente intrínseco de la identidad cultural de las personas que conforman tales pueblos^[653]. La obligación estatal de desarrollar procesos de consulta respecto de decisiones que afecten al territorio se vincula directamente, así, a la obligación estatal de adoptar medidas especiales para proteger el derecho a la identidad cultural, basado en una forma de vida intrínsecamente ligada al territorio^[654].

277. Cualquier decisión administrativa que pueda afectar jurídicamente los derechos o intereses de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios debe estar basada en un proceso de participación plena: “los artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana obligan especialmente a los Estados miembros a garantizar que toda determinación de la medida en que los reclamantes indígenas mantienen intereses en las tierras de las que han poseído tradicionalmente título y que han ocupado y utilizado, se base en un proceso de total información y mutuo consentimiento de parte de la comunidad indígena en su conjunto. Esto requiere, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad estén plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente”^[655].

278. Hay múltiples decisiones que se relacionan con los territorios ancestrales y por lo tanto exigen que el Estado consulte a los pueblos indígenas o tribales afectados; dada la multiplicidad de asuntos que pueden afectar directamente a los territorios ancestrales, habrá una igual diversidad de modalidades de aplicación práctica.

279. En el caso Saramaka, la Corte interamericana dio ejemplos de la gama de medidas estatales que requieren consulta previa, cuando ordenó al Estado de Surinam que consultara con el pueblo Saramaka “al menos acerca de los siguientes seis asuntos”:

1. el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo sobre el territorio del pueblo Saramaka;
2. el proceso de otorgamiento a los miembros del pueblo Saramaka del reconocimiento legal de su capacidad jurídica colectiva, correspondiente a la comunidad que ellos integran;
3. el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka al territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado;
4. el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas u otras requeridas para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres;
5. en relación con los estudios previos de impacto ambiental y social; y
6. en relación con cualquier restricción propuesta a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de los planes de desarrollo o inversión propuestos dentro de, o que afecten, el territorio Saramaka.^[656]

280. En otros casos, la CIDH ha precisado que está sujeta a consulta previa, efectiva e informada la adopción de medidas relacionadas con los procesos de acceso y goce efectivo del territorio ancestral^[657], así como el establecimiento de las fronteras del territorio indígena a través de los procesos de delimitación y demarcación efectivas^[658]. La adopción en el derecho doméstico de las medidas legislativas, administrativas u otras que sean necesarias para delimitar, demarcar y titular o de otra forma aclarar y proteger el territorio en el que el pueblo indígena tiene un derecho de propiedad comunal, también debe ser realizada mediante consultas plenamente informadas, de conformidad con sus prácticas consuetudinarias de uso de la tierra y sin perjuicio para otras comunidades indígenas^[659]. La Corte Interamericana ha exigido consultas previas y el logro de un consenso con los pueblos indígenas o tribales en casos de “elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos”, los cuales “no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos

interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario”¹⁶⁶⁰¹.

281. Está sujeta a consulta previa y a la obtención del consentimiento del pueblo respectivo toda decisión que pueda afectar, modificar, reducir o extinguir los derechos de propiedad indígenas; en criterio de la CIDH, “los artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana obligan especialmente a los Estados miembros a garantizar que toda determinación de la medida en que los peticionarios indígenas mantienen intereses en las tierras por las que han poseído tradicionalmente un título y han ocupado y usado, se base en un proceso de consentimiento previamente informado de parte de la comunidad indígena en su conjunto”¹⁶⁶¹¹. Para la CIDH, los principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los pueblos indígenas incluyen el derecho a que su título relativo a la propiedad y uso de territorios y recursos “sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien”¹⁶⁶²¹. En virtud de los artículos II (derecho a la igualdad), XVIII (derecho al debido proceso y a un juicio justo) y XXIII (derecho a la propiedad) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los Estados están obligados a adoptar “medidas especiales para garantizar el reconocimiento del interés particular y colectivo que los pueblos indígenas tienen en la ocupación y el uso de sus tierras y recursos tradicionales y su derecho a no ser privados de ese interés excepto con un previo consentimiento plenamente informado, en condiciones de [igualdad] y previa una justa compensación”¹⁶⁶³¹.

282. Las consultas informadas y el consentimiento informado también figuran en la jurisprudencia de los organismos basados en tratados de la ONU. El Comité de Derechos Humanos ha reconocido que el goce de los derechos culturales de los pueblos indígenas, incluyendo los que se asocian al uso de la tierra y los recursos naturales, “puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan”¹⁶⁶⁴¹. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha llamado a los Estados a devolver las tierras y territorios que tradicionalmente han sido de propiedad, uso u ocupación de los pueblos indígenas y tribales cuando han sido privados de ellos sin su consentimiento libre e informado¹⁶⁶⁵¹.

283. El deber de consulta, consentimiento y participación cobra especial vigencia, regulada minuciosamente por el derecho internacional, en la realización de planes o proyectos de desarrollo o inversión o la implementación de concesiones extractivas en territorios indígenas o tribales, cuando tales planes, proyectos o concesiones puedan afectar los recursos naturales que allí se encuentran. La participación de los pueblos indígenas a través de sus propias instituciones y formas propias de organización es requerida antes de la aprobación de planes o proyectos de inversión o desarrollo de los recursos naturales. La importancia de este tema, y su protagonismo central en el panorama indígena actual de las Américas, exige una mirada específica a profundidad, que se realiza en la sección subsiguiente del presente Estudio.

284. De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT, artículo 6, los Estados deben consultar a los pueblos indígenas “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”¹⁶⁶⁶¹. Asimismo, el Convenio clarifica que dichas consultas deberán ser llevadas a cabo “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”¹⁶⁶⁷¹. El artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas regula genéricamente el deber de consulta en los siguientes términos: “Los

Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesadas 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”.

285. La consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo. Los procedimientos de consulta, en tanto forma de garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar en los asuntos susceptibles de afectarles, deben “propender por la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños”^[668]. El procedimiento de consulta no puede agotarse en el cumplimiento de una serie de requisitos *pro forma*. Incluso en los supuestos en los que el consentimiento de los pueblos indígenas no sea un requisito necesario, los Estados tienen el deber de prestar la debida consideración a los resultados de la consulta o, en su defecto, proporcionar razones objetivas y razonables para no haberlos tomado en consideración.

286. El derecho a la participación en los procesos decisorios que puedan afectar los territorios ancestrales corresponde a los miembros individuales de dichos pueblos, y a los pueblos como un todo. La CIDH ha enfatizado que “los intereses colectivos de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales no [excluyen] la participación de personas individuales en el proceso. La Comisión ha declarado, por el contrario, que todo pronunciamiento sobre la medida en que los pueblos indígenas pueden mantener intereses en las tierras a las que tradicionalmente han tenido título y que han ocupado y usado debe basarse en un proceso de consentimiento plenamente informado y mutuo por parte de la comunidad indígena en conjunto”^[669]. Los procesos de obtención del consentimiento previo e informado de la comunidad en su conjunto exigen “como mínimo, que todos los miembros de la comunidad sean plena y precisamente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y cuenten con una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente”^[670]. El requisito de participación plena de los pueblos indígenas y tribales en la determinación, por las autoridades administrativas, de sus derechos o intereses de propiedad territoriales, se desconoce cuando hay miembros de tales pueblos que no han tenido la oportunidad de jugar un rol pleno o efectivo en la selección, autorización o instrucción de quienes actúan a nombre del pueblo frente a las autoridades^[671]; cuando las reclamaciones correspondientes son promovidas por una determinada banda, clan o segmento del pueblo correspondiente, sin mandato aparente de las demás bandas, clanes o segmentos del mismo^[672]; o cuando no se desarrollan consultas apropiadas entre los miembros de todo el pueblo al momento de adoptar decisiones sustanciales sobre dichos derechos o intereses, en particular cuando dichas decisiones conllevan la extinción de los derechos sobre los territorios ancestrales^[673].

287. Sin perjuicio de lo anterior, la representación de estos pueblos durante los procesos de consulta debe ser la que determine el propio pueblo afectado de conformidad con su tradición, y habiendo tenido en cuenta la voluntad de la totalidad del pueblo canalizada a través de los mecanismos consuetudinarios correspondientes. En relación con el deber estatal de desarrollar procesos de consulta con el pueblo Saramaka, la Corte Interamericana estableció que “los Saramaka deben determinar, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, cuáles miembros de la tribu estarán involucrados en dichas consultas”^[674], y quiénes les representarán ante el Estado para estos propósitos: “Al declarar que la consulta se debe realizar ‘de conformidad con sus costumbres y tradiciones’, la Corte reconoció que 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”^[675]. La Corte concluyó que “consecuentemente, el pueblo Saramaka debe

informar al Estado quién o quiénes lo representarán en cada uno de los procesos de consulta señalados anteriormente. El Estado deberá consultar con tales representantes a fin de cumplir con lo ordenado por el Tribunal. Una vez realizada la consulta, el pueblo Saramaka dará a conocer al Estado las decisiones tomadas al respecto, así como sus fundamentos^[676].

288. Al consultar en relación con el derecho de propiedad comunal, los Estados no han de causar perjuicio a otras comunidades indígenas^[677]. La ausencia prolongada de títulos efectivos de propiedad indígenas ha conducido en muchos países a un alto nivel de inseguridad jurídica en torno a los derechos que ostentan las comunidades indígenas sobre sus tierras y territorios tradicionales, lo que en ocasiones se ha traducido en conflictos de propiedad entre las propias comunidades indígenas^[678]. En este contexto, la Corte Interamericana ha tomado en consideración los reclamos legítimos que puedan ostentar comunidades indígenas vecinas sobre las mismas áreas geográficas, y ha estipulado que en los procesos de demarcación, los límites exactos de los territorios indígenas “sólo pueden determinarse previa consulta con dichas comunidades vecinas”^[679], con su participación y consentimiento informado^[680].

B. Participación en relación con las decisiones sobre recursos naturales

289. Los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a “participar en los procesos de diseño, ejecución y evaluación de los proyectos de desarrollo que se llevan a cabo en sus tierras y territorios ancestrales”^[681], y el Estado debe garantizar que “los pueblos indígenas sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos”^[682], teniendo en cuenta que esta consulta debe “estar dirigida a obtener su consentimiento libre e informado”^[683]. Los Estados, al otorgar concesiones de exploración y explotación de recursos naturales para utilizar bienes y recursos comprendidos dentro de los territorios ancestrales, deben adoptar medidas adecuadas para desarrollar consultas efectivas, previas al otorgamiento de la concesión, con las comunidades que puedan ser potencialmente afectadas por la decisión^[684]. El derecho de toda persona a participar en el gobierno (art. 23, CADH), aplicado a los pueblos indígenas en el marco de los proyectos de desarrollo que se realicen en las tierras, territorios y recursos naturales que usan u ocupan, se traduce en procedimientos previos, libres e informados de consulta, tal como dispone el Convenio 169 de la OIT^[685]. La explotación de los recursos naturales en territorios indígenas sin la consulta y consentimiento de los pueblos indígenas afectados viola su derecho a la propiedad^[686] y su derecho a participar en el gobierno.

290. Existe por lo tanto un deber estatal de consultar y, en casos específicos, de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en relación con los planes o proyectos de desarrollo, inversión o explotación de los recursos naturales en territorios ancestrales: los Estados deben “garantizar, de conformidad con sus obligaciones internacionales sobre la materia, la participación de los pueblos indígenas y las comunidades afectadas en los proyectos de exploración y explotación de los recursos naturales, mediante consultas previas e informadas con miras a la obtención del libre consentimiento de los mismos en el diseño, ejecución y evaluación de dichos proyectos, así como la determinación de los beneficios y la indemnización por los daños, según sus propias prioridades de desarrollo”^[687]. A través de tales procesos de consulta previa, debe garantizarse la participación de los pueblos indígenas y tribales “en todas las instancias de decisión de los proyectos de explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios, desde su diseño, licitación y concesión, hasta su ejecución y evaluación”^[688].

291. La realización de los procesos de consulta es una responsabilidad del Estado, y no de otras partes, tales como la empresa que busca obtener la concesión o el contrato de

inversión. En muchos de los países que forman parte del sistema interamericano, se ha transferido la responsabilidad estatal de desarrollar la consulta previa a empresas privadas, generando una privatización *de facto* de la responsabilidad del Estado. Los procesos de negociación resultantes con las comunidades locales, así, con frecuencia no toman en consideración un marco de derechos humanos, porque los actores corporativos son, por definición, entidades no imparciales que buscan generar ganancias. La consulta con los pueblos indígenas es un deber de los Estados, que debe ser cumplido por las autoridades públicas competentes.^[689]

292. Los contenidos mínimos del deber de consulta, tal y como han sido elaborados por la jurisprudencia interamericana y los instrumentos y la práctica internacionales, definen la consulta no como un acto singular, sino como un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo.

293. Los procedimientos de consulta previa “deben efectuarse con respecto a los grupos que pueden resultar afectados, o bien porque poseen la tierra o territorio respectivo, o bien porque el reconocimiento de los mismos se encuentra en proceso de reivindicación”^[690]. En otras palabras, los pueblos indígenas y tribales que carecen de títulos formales de propiedad sobre sus territorios también deben ser consultados respecto del otorgamiento de concesiones extractivas o la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión en sus territorios^[691]. Aplicando esta regla, en el caso *Awas Tingni* la Corte Interamericana concluyó que el Estado “ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la comunidad Mayagna Awas Tingni”, por haber “otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes”^[692].

294. La elaboración de los principios que dotan de contenido básico el deber estatal de consulta es el resultado de la “interpretación evolutiva” de la Corte del artículo 21 de la Convención Americana, que toma en cuenta los desarrollos más amplios en el contexto del régimen internacional de derechos humanos y en las normas y en la jurisprudencia de los Estados miembros de la OEA. De hecho, en su elaboración del deber de consultar, la Corte cita expresamente las disposiciones del Convenio 169 y de la Declaración de Naciones Unidas, así como la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y los informes del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.

295. El Convenio 169 de la OIT refleja el deber estatal de consultar en relación con la explotación de los recursos naturales de titularidad estatal susceptibles de afectar a los intereses de los pueblos indígenas. Según el texto del Convenio, “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 las tierras”^[693]. El deber estatal de consulta en relación con la exploración o explotación de los recursos naturales se guía, en el contexto del Convenio, por las reglas generales que recoge su artículo 6, según el cual los Estados deberán consultar a los pueblos indígenas “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”^[694]. Asimismo, el Convenio clarifica que dichas consultas deberán ser llevadas a cabo “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”^[695].

296. El artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas regula genéricamente el deber de consulta en los siguientes términos: “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”.

297. De la inobservancia de los principios que definen el contenido esencial del deber de consultar resulta el surgimiento de responsabilidad internacional en cabeza del Estado. De hecho, en el caso *Saramaka*, la falta de aplicación del deber de consulta y de otras garantías conexas fue el principal argumento de la Corte Interamericana para llegar a concluir que había habido una violación del derecho de propiedad de dicho pueblo y determinar las correspondientes reparaciones^[696].

Marco regulatorio adecuado

298. El cumplimiento del deber estatal de consulta debe regularse en el ordenamiento jurídico interno a través de medidas legislativas o administrativas (artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana), de tal manera que se garantice plenamente el principio de legalidad y la certeza jurídica a todos los actores implicados. Sin embargo la ausencia de regulación no exime al Estado de dicho deber. Los Estados deben aprobar legislación “que desarrolle los derechos individuales de los indígenas, que garantice mecanismos de participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones de índole política, económica y social que afecten sus derechos y que incremente su participación política en la adopción de decisiones a nivel nacional”^[697]; para estos efectos, los Estados deben prescribir reglas y requisitos claros para el proceso de las consultas, que incluyan por ejemplo “la información que debe ser compartida con las comunidades afectadas o el alcance del apoyo comunitario necesario para permitir el otorgamiento de la licencia”^[698]. En la mayoría de los casos, el derecho a la consulta se viola por la ausencia o las limitaciones de los mecanismos legislativos y administrativos que regulan el deber de consultar. Los órganos de control de la OIT han desarrollado el deber de consultar en relación con las disposiciones del Convenio 169, que estipula la obligación de los Estados de “desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”^[699], entre otras a través de “la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados”^[700].

299. La ausencia de directrices jurídicas claras para el procedimiento de consulta supone, en la práctica, un serio obstáculo para el cumplimiento del deber estatal de consulta. En ausencia de un marco jurídico sobre esta obligación, algunos Estados Miembros de la OEA han recurrido a la aplicación del derecho ambiental general, que frecuentemente incorpora requisitos de información y audiencias públicas para permitir la participación local en relación con los proyectos de inversión y desarrollo, generalmente en la fase de elaboración de los estudios de impacto social y ambiental. Sin embargo, a la luz de los estándares interamericanos de derechos humanos, los mecanismos de este tipo son usualmente insuficientes para acomodar los requisitos de la consulta a los pueblos indígenas, concebida como un mecanismo especial de garantía de sus derechos e intereses de conformidad con los criterios establecidos por los órganos del Sistema en aplicación de los estándares internacionales^[701].

300. Los Estados también tienen la obligación general de consultar a los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas que les pueden afectar directamente, particularmente en relación con la reglamentación legal de los procedimientos de consulta^[702]. El cumplimiento del deber de consultar a los pueblos indígenas y tribales sobre la definición del marco legislativo e institucional de la consulta previa, es una de las medidas especiales requeridas para promover la participación de los pueblos indígenas en la adopción de las decisiones que les afectan directamente.

301. Es importante notar que, si bien la jurisprudencia interamericana y la práctica internacional han desarrollado los contenidos mínimos del deber estatal de consultar, no existe una fórmula única aplicable en todos los países para cumplir con este deber^[703]. El artículo 34 del Convenio 169 incorpora explícitamente el principio de flexibilidad en la aplicación de sus disposiciones: “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”.

La consulta previa

302. La consulta, para ser previa, debe llevarse a cabo durante la fase exploratoria o de planificación del proyecto, plan o medida correspondiente, con suficiente antelación al comienzo de sus actividades de ejecución. Los procedimientos de consulta se deben desarrollar “antes de diseñar y ejecutar proyectos de explotación de recursos naturales en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas”^[704].

303. Como lo indicó la Corte Interamericana en su fallo sobre el caso Saramaka, la consulta con los pueblos indígenas o tribales debe realizarse durante las primeras etapas del plan o proyecto de desarrollo o inversión o de la concesión extractiva: “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”^[705]. En el mismo sentido se ha pronunciado el Relator Especial de la ONU, al precisar que “en todos los casos en que se aplique el deber de celebrar consultas su finalidad deberá ser obtener el consentimiento o el acuerdo de los pueblos indígenas afectados. De ahí que las consultas deban realizarse en 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”^[706].

304. En cuanto a los proyectos y concesiones de explotación o extracción de los recursos naturales en territorios indígenas, la consulta debe realizarse desde que se realiza la evaluación misma del otorgamiento de la concesión: los Estados deben garantizar, de antemano, la participación efectiva del pueblo indígena o tribal afectado, a través de sus métodos tradicionales de toma de decisiones, tanto en relación con el proceso de evaluación del otorgamiento de concesiones en su territorio, como en la adopción de las decisiones correspondientes^[707]. Este también es el sentido del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, que requiere a los Estados que lleven a cabo consultas con los pueblos indígenas “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”^[708]. El carácter previo de la consulta en estos supuestos se ve también confirmado por la Declaración de Naciones Unidas, que aclara que la consulta debe realizarse “antes de aprobar cualquier proyecto que afecta a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos”^[709].

La consulta culturalmente adecuada

305. Para la Corte Interamericana, el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas debe cumplirse de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, a través de procedimientos culturalmente adecuados y teniendo en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones^[710]. En términos generales, “todos los asuntos relacionados al proceso de consulta con el pueblo [correspondiente], así como aquellos relacionados a los beneficiarios de la ‘justa indemnización’ que se debe compartir, deberán ser determinados y resueltos por el pueblo [respectivo] de conformidad con sus costumbres y normas tradicionales”^[711]; “al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo [correspondiente] 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”^[712]. Los Estados deben permitir la participación efectiva de los pueblos indígenas y tribales, de conformidad con sus tradiciones y costumbres, en los procesos de toma de decisiones respecto de las concesiones extractivas o de los planes o proyectos de desarrollo o inversión; se violan los artículos 21 y 1.1 de la Convención Americana al no hacerlo^[713]. Según ha explicado la Corte Interamericana, “las consultas deben realizarse (...) a través de procedimientos culturalmente adecuados”^[714], se debe consultar con los pueblos “de conformidad con sus propias tradiciones”^[715], y “la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo [correspondiente] para la toma de decisiones”^[716].

306. La regla de adecuación cultural de la consulta exige que la representación de los pueblos indígenas sea definida de conformidad con sus propias tradiciones; según la Corte Interamericana en el caso del pueblo Saramaka, “al declarar que la consulta se debe realizar ‘de conformidad con sus costumbres y tradiciones’, la Corte reconoció que 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”^[717]. En consecuencia, “el pueblo Saramaka debe informar al Estado quién o quiénes lo representarán en cada uno de los procesos de consulta señalados anteriormente. El Estado deberá consultar con tales representantes a fin de cumplir con lo ordenado por el Tribunal.”^[718] Estos requisitos tienen una clara base normativa en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, el Convenio 169 de la OIT requiere que las consultas se lleven a cabo “mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”^[719]. En términos similares, la Declaración de Naciones Unidas exige que las consultas se celebren “por medio de sus instituciones representativas”^[720].

307. Reafirmando los criterios de flexibilidad y la necesidad de tomar en cuenta las circunstancias específicas tanto de las razones de la consulta como de los diferentes pueblos interesados, los órganos de control de la OIT han señalado que, dada la diversidad de los pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa^[721].

La consulta informada

308. Los procesos de otorgamiento de concesiones extractivas o de implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión exigen la provisión plena de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto a las comunidades consultadas, antes de y durante la consulta^[722]. Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan “conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”^[723]. Para la Corte Interamericana, “este deber

requiere que el Estado acepte y brinde información^[724], e “implica una comunicación constante entre las partes”^[725]. El carácter informado de la consulta conecta con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto social y ambiental con carácter previo a la ejecución de planes de desarrollo o inversión o de concesiones extractivas susceptibles de afectar a estos pueblos^[726].

309. El derecho a participar en los procesos de toma de decisiones relacionados con planes o proyectos de inversión y desarrollo o concesiones extractivas, y el derecho de acceso a la información, son dos elementos básicos para “respaldar y acrecentar la capacidad de las personas para salvaguardar y reivindicar”^[727] los derechos a la vida y a la integridad personal en situaciones de riesgo ambiental grave, y así contribuir a “lograr una protección eficaz contra las condiciones ecológicas que constituyen una amenaza para la salud humana”^[728]. Tal y como lo ha explicado la CIDH, “el acceso a la información es un prerrequisito para la participación pública en la toma de decisiones y para que los individuos puedan seguir de cerca y responder a las acciones del sector público y el privado. Las personas tienen derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, de conformidad con lo que prescribe el artículo 13 de la Convención Americana”^[729]. Por ello, la CIDH ha recomendado a los Estados: “dado que el derecho de participar en la toma de decisiones y el de iniciar recursos judiciales eficaces requieren acceso a la información, la Comisión recomienda que el Estado tome medidas para mejorar los sistemas de divulgación de información sobre las cuestiones que afectan a la población, así como para dar más transparencia y oportunidades de participación del público en los procesos cuyas repercusiones inciden en los habitantes de los sectores en desarrollo”^[730].

310. La jurisprudencia interamericana en este punto es plenamente coherente con los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas. En este ámbito, el Convenio 169 de la OIT establece que las consultas de los proyectos de exploración o explotación de los recursos naturales deben tener como finalidad “determinar si los intereses de esos pueblos ser[án] perjudicados, y en qué medida”^[731]. El derecho de los pueblos indígenas a ser plenamente informados sobre el contenido y finalidad, así como sobre los posibles impactos negativos y positivos de los planes o proyectos de inversión o desarrollo o de las concesiones extractivas en sus territorios tradicionales, se deriva del derecho de estos pueblos “a determinar y elaborar las prioridades y estrategias del desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos”^[732].

311. En analogía con las garantías aplicables en otros procedimientos judiciales o administrativos en los que participen los pueblos o individuos indígenas, la consulta informada exige a los Estados adoptar medidas para asegurar que los miembros de los pueblos o comunidades indígenas “puedan comprender y hacerse comprender..., facilitándoles, si fuera necesario, intérpretes”^[733].

312. Del mismo modo, puede requerirse que el Estado suministre a dichos pueblos otros medios, que pueden incluir asistencia técnica e independiente, con miras a que los pueblos indígenas tengan la capacidad de adoptar decisiones plenamente informadas^[734].

313. La consulta informada también exige a los Estados garantizar que en el marco de los procedimientos de consulta previa “se establezcan los beneficios que serán percibidos por los pueblos indígenas afectados, y las posibles indemnizaciones por los daños ambientales, siempre de conformidad con sus propias prioridades de desarrollo”^[735].

314. La complejidad y magnitud de los proyectos o planes de inversión o desarrollo o de las concesiones extractivas de los recursos naturales puede requerir la

celebración de reuniones previas de información. Dichas reuniones, sin embargo, no deben confundirse con el tipo de negociación y diálogo requeridos por un proceso de consulta genuino.

La consulta de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo.

315. El proceso de consulta con los pueblos indígenas debe llevarse a cabo de buena fe, y en todos los casos debe tener el objetivo de alcanzar un acuerdo, o de recibir el consentimiento informado de los pueblos indígenas a los planes de desarrollo o inversión o las concesiones extractivas que puedan afectar su derecho de propiedad sobre las tierras, territorios y recursos naturales^[736]. Al decir de la Corte Interamericana, “las consultas deben realizarse de buena fe”^[737], y “deben tener como fin llegar a un acuerdo”^[738]. Como regla general, los Estados deben “garantizar, a través de procedimientos claros de consulta, que se obtenga su consentimiento previo, libre e informado para la consecución de dichos proyectos”^[739]. La obligación primaria de los Estados es la de asegurar, en consonancia con el Convenio 169, “que todo proyecto de infraestructura o de explotación de recursos naturales en área indígena o que afecte su hábitat o cultura, sea tramitado y decidido con participación y en consulta con los pueblos interesados con vistas a obtener su consentimiento y eventual participación en los beneficios”^[740].

316. El deber de consultar con el fin de obtener el consentimiento se reitera en varias disposiciones específicas de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas^[741]. En relación con los proyectos de inversión o desarrollo de los recursos naturales, el artículo 32 dispone: “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 los recursos minerales, hídricos o de otro tipo.”^[742]

317. El énfasis puesto por la regulación internacional y regional sobre la buena fe en el cumplimiento del deber estatal de consulta a los pueblos indígenas busca establecer una garantía frente a los procesos de consulta meramente formales, una práctica desafortunadamente frecuente que ha sido denunciada consistentemente por los pueblos indígenas. Los procesos de consulta no equivalen al cumplimiento de una serie de requisitos *pro forma*^[743]. La CIDH ha explicado que los procedimientos de consulta, en tanto medios para garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar en los asuntos que pueden afectarles, deben estar diseñados para “propender por la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños”^[744].

318. La consulta de buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes que actúen con su autorización o aquiescencia. En demasiados casos, las consultas a los pueblos indígenas se llevan a cabo en climas de hostigamiento e incluso de violencia perpetrada por guardias de seguridad privados contratados por las empresas responsables de los proyectos y, a veces, por las fuerzas de seguridad públicas.

319. La buena fe también 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, sea a través de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales.

320. En este sentido, la consulta de buena fe requiere el establecimiento de un clima de confianza mutua entre las partes, basado en el principio de respeto mutuo. Como señaló un Comité Tripartito del Consejo de Administración de la OIT, "considerando que el establecimiento de mecanismos eficaces de consulta y participación contribuyen a prevenir y resolver conflictos mediante el diálogo...el Comité subraya la necesidad de desplegar esfuerzos para intentar generar consensos en cuanto a los procedimientos, de facilitar su acceso dándoles amplia difusión y de crear un clima de confianza con los pueblos indígenas que propicie un diálogo productivo"^[745]. Esto implica, entre otras, que "[p]ara lograr un clima de confianza y respeto mutuo en las consultas, el procedimiento consultivo en sí debe ser resultado del consenso. El Relator Especial [de la ONU] ha observado que, en muchos casos, los procedimientos de consulta no son efectivos ni gozan de la confianza de los pueblos indígenas porque estos no son incluidos debidamente en las deliberaciones que dan lugar a la definición y aplicación de los procedimientos de consulta"^[746].

321. En tanto proceso que involucra a dos partes, la consulta de buena fe tiene asimismo una serie de implicaciones para los propios pueblos indígenas. Como partes en procesos de negociación y diálogo de buena fe en el marco del deber estatal de consultar, los pueblos indígenas tienen la responsabilidad primaria de participar activamente en dichos procesos. Ahora bien, las responsabilidades de los pueblos indígenas en relación con la consulta no pueden ser interpretadas de forma tal que se limiten sus derechos humanos o el ejercicio de formas pacíficas de protesta social.

322. La Corte Interamericana ha citado el caso Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda^[747], en el cual el Comité de Derechos Humanos "decidió que se podría restringir el derecho a la cultura de una población indígena conforme al artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuando la comunidad misma haya participado en la decisión de restringir dicho derecho. El Comité consideró que 'la aceptación de las medidas que afecten o interfieran con las actividades económicas con significado cultural de una minoría dependerá de si los miembros de la minoría en cuestión han tenido la oportunidad de participar en el proceso de la toma de decisión en relación con dichas medidas y si continuarán beneficiándose de su economía tradicional'"^[748].

El deber de acomodo

323. Un elemento constitutivo de la negociación y el diálogo entre las autoridades y los pueblos indígenas en el marco de los procedimientos de consulta, es que la finalidad de estos procedimientos debe ser alcanzar un acuerdo y el consentimiento informado de los pueblos indígenas^[749].

324. En la medida en que los planes o proyectos de desarrollo o inversión o las concesiones extractivas afecten de manera sustancial al derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos, el deber de consulta requiere, de todas las partes involucradas, flexibilidad para acomodar los distintos derechos e intereses en juego. El deber de los Estados es el de ajustar o incluso cancelar el plan o proyecto con base en los resultados de la consulta con los pueblos indígenas, o, en defecto de tal acomodo, el de proporcionar motivos objetivos y razonables para no haberlo hecho.

325. El no prestar la consideración debida a los resultados de la consulta en el diseño final de los planes o proyectos de inversión o desarrollo o de las concesiones extractivas va en contra del principio de buena fe que rige el deber de consultar, el cual debe permitir a los pueblos indígenas la capacidad de modificar el plan inicial. Desde otra perspectiva, las decisiones relativas a la aprobación de estos planes, que no expresen las razones que justifican la falta de acomodo de los resultados del proceso de consulta,

podrían ser consideradas contrarias a las garantías del debido proceso establecidas por los estándares del sistema interamericano de derechos humanos.

El deber de adoptar decisiones razonadas

326. El hecho de que el consentimiento de los pueblos indígenas no se exija al término de todos los procesos de consulta no implica que el deber estatal de consulta se limite al cumplimiento de procedimientos formales. Desde un punto de vista sustantivo, los Estados tienen el deber de tomar en cuenta las preocupaciones, demandas y propuestas expresadas por los pueblos o comunidades afectados, y de prestar la debida consideración a dichas preocupaciones, demandas y propuestas en el diseño final del plan o proyecto consultado.

327. Cuandoquiera que el acomodo no sea posible por motivos objetivos, razonables y proporcionales a un interés legítimo en una sociedad democrática, la decisión administrativa que apruebe el plan de inversión o desarrollo debe argumentar, de forma razonada, cuáles son dichos motivos. Esa decisión, y las razones que justifican la no incorporación de los resultados de la consulta al plan final, deben ser formalmente comunicadas al pueblo indígena respectivo^[750].

328. Como se analiza en el Capítulo X, las decisiones adoptadas deben estar sujetas a revisión por parte de las instancias administrativas y judiciales de nivel superior, a través de procedimientos adecuados y efectivos, que evalúen la validez y pertinencia de dichas razones, así como el equilibrio entre los derechos e intereses en juego.

C. El deber limitado de obtener el consentimiento previo e informado

329. Sin perjuicio del hecho de que todo proceso de consulta debe perseguir el objetivo del consentimiento, en algunos casos específicamente definidos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los estándares internacionales exigen jurídicamente que los Estados obtengan el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas con carácter previo a la ejecución de planes o proyectos que puedan afectar sus derechos de propiedad sobre las tierras, territorios y recursos naturales.

330. La Corte Interamericana ha resaltado “la diferencia entre ‘consulta’ y ‘consentimiento’ en este contexto”^[751], planteando la obligación de obtener el consentimiento en los siguientes términos: “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”^[752]. Posteriormente, en la sentencia interpretativa del caso Saramaka, la Corte añadió: “el Estado tiene el deber, desde el inicio de la actividad que se propone, de consultar activamente con el pueblo Saramaka, de buena fe, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, lo cual a su vez requiere que el Estado acepte y brinde información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible. Además, dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo Saramaka. El Tribunal enfatizó que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones”^[753].

331. La Corte ha observado que “otros organismos y organizaciones internacionales han señalado que, en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a grande escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales”^[754], citando a este respecto una decisión del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial respecto de Ecuador^[755].

332. Tal y como lo ha notado la Corte Interamericana, el Relator de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas también se ha referido a esta obligación, observando que: “[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia”^[756].

333. El requisito del consentimiento debe interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos. El deber de obtención del consentimiento responde, por lo tanto, a una lógica de proporcionalidad en relación con el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos^[757].

334. El desarrollo de los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo aquellos fijados por el sistema interamericano, hace posible identificar una serie de circunstancias donde la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas es obligatoria.

1. La primera de estas situaciones, identificada por el Relator Especial de Naciones Unidas, es la de los planes o proyectos de desarrollo o inversión que impliquen el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales, es decir, su reubicación permanente. El requisito del consentimiento en estos casos se establece en el artículo 10 de la Declaración de Naciones Unidas: “Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios, No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”^[758].
2. El consentimiento de los pueblos indígenas también se requiere, según la Corte Interamericana en el caso Saramaka, en los casos en que la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales privaría a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia.
3. Otro caso en el que, como apunta el Relator Especial, resulta exigible el consentimiento de los pueblos indígenas, es el de depósito o almacenamiento

de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas, según dispone el artículo 29 de la Declaración de Naciones Unidas^[759].

Ejemplo de aplicación: poblaciones indígenas afectadas por actividades de desarrollo en Bolivia

En su informe de 2007 sobre el estado de los derechos humanos en Bolivia, la CIDH valoró la situación de los pueblos y comunidades indígenas afectados por el desarrollo de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en sus territorios ancestrales, desde su diseño hasta su implementación, resaltando cuatro aspectos que incidían sobre el goce efectivo de sus derechos humanos: (1) en forma paralela a un proceso de titulación de tierras y territorios dilatado y obstaculizado, el Estado “ha venido adelantando un expedito proceso de concesiones a empresarios privados para la explotación de madera y la exploración minera y de hidrocarburos, incluso mientras las demandas de reivindicación de tierras se encuentran en trámite” [párr. 245]; (2) el otorgamiento de las concesiones había tenido lugar sin que se hubiesen efectuado procedimientos de consulta previa con los pueblos y comunidades interesados; (3) algunos de dichos proyectos habían generado grave contaminación ambiental, con efectos nocivos sobre la continuidad de las actividades básicas de subsistencia y sobre la salud de los miembros de las comunidades indígenas ubicadas en los territorios donde se llevaban a cabo; y (4) no existían mecanismos judiciales que permitieran a los pueblos indígenas impugnar las afectaciones a las que estaban expuestos.

En relación con la falta de consulta previa, la CIDH recordó al Estado que según el artículo 23 de la Convención Americana, los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos susceptibles de afectarlos, “derecho que, frente a los pueblos indígenas en el marco de los proyectos de desarrollo a realizarse en las tierras, territorios y recursos naturales que usan u ocupan, se materializa a través de procedimientos previos, libres e informados de consulta, tal como lo señala el Convenio 169 de la OIT” [párr. 246]. La CIDH resaltó en este sentido que “estos procedimientos deben efectuarse con respecto a los grupos que pueden resultar afectados, o bien porque poseen la tierra o territorio respectivo, o bien porque el reconocimiento de los mismos se encuentra en proceso de reivindicación” [párr. 246]. También notó la Comisión en relación con este punto que el Tribunal Constitucional de Bolivia había adoptado una decisión en junio de 2006, en la cual había restringido el alcance del derecho a la consulta previa, al haber declarado inconstitucional la expresión “lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios” de la Ley de Hidrocarburos, por considerar –según explicó la Comisión- que “la consulta a los pueblos indígenas no debe entenderse en el sentido de requerirse una autorización para desarrollar actividades de explotación pues el subsuelo pertenece al Estado y el interés de la mayoría no puede verse afectado por la ausencia de consentimiento de los pueblos indígenas”, señalando además que “la finalidad de la consulta es cuantificar los daños y no obtener el consentimiento” [citado en el párr. 247]. A este respecto, la Comisión se refirió al alcance de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa a la luz de la jurisprudencia interamericana y enfatizó que “el procedimiento de consultas en el sentido de garantizar el derecho a la participación de los pueblos indígenas en los asuntos susceptibles de afectarles, tiene un alcance mucho más amplio y debe propender por la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños. Por el contrario, debe garantizarse la participación de los pueblos indígenas, a través de dicha consulta, en todas las instancias de decisión de los proyectos de explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios, desde su diseño, licitación y concesión, hasta su ejecución y evaluación. Asimismo, se debe garantizar que en el marco de tales procedimientos, se establezcan los beneficios que serán percibidos por los pueblos indígenas afectados y las posibles indemnizaciones por los daños ambientales, siempre de conformidad con sus propias prioridades de desarrollo” [párr. 248]. En tal medida, la CIDH lamentó que “además de que en la práctica no se llevan a cabo procedimientos de consulta antes de diseñar y ejecutar proyectos de explotación de recursos naturales en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas, la anterior decisión restrinja, vía jurisprudencia, el alcance de su participación por medio de la consulta, no obstante el artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT que regula el tema se encuentra incorporado a la legislación boliviana desde el momento de su ratificación”. [par. 249] Por tales razones, la CIDH recomendó al Estado que “garantice, de conformidad con sus obligaciones internacionales sobre la materia, la participación de los pueblos indígenas y las comunidades afectadas en los proyectos de exploración y explotación de los recursos naturales, mediante consultas previas e informadas con miras a la obtención del libre consentimiento de los mismos en el diseño, ejecución y evaluación de dichos proyectos, así como la determinación de los beneficios y la indemnización por los daños, según sus propias prioridades de desarrollo” [párr. 297 – Recomendación 5].

En relación con los daños ambientales, las afectaciones de las actividades básicas de subsistencia y el daño a la salud causados por los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales, la CIDH describió dos ejemplos emblemáticos sobre los que había sido informada: por una parte, la fuerte contaminación del Río Pilcomayo en los departamentos de Potosí y Tarija con desechos tóxicos de metales y otros elementos, que estaba afectando a los pueblos indígenas por la disminución de sus actividades de agricultura, pesca y otras, así como impactando la salud de personas que, por necesidad, continuaban ingiriendo alimentos contaminados – situación de especial vulnerabilidad para los niños, niñas y mujeres en edad fértil. Por otra parte, la contaminación de las quebradas y cuerpos de agua del Bosque Seco Chiquitano por los desechos del proyecto de gasoducto lateral a Brasil, que había afectado gravemente el territorio ancestral del pueblo indígena Chiquitano. Con respecto a ambos casos, la CIDH recordó al Estado que “el derecho a una vida en condiciones dignas se encuentra incluido en la Convención Americana” [párr. 253], y que “teniendo conocimiento de la grave situación que están padeciendo las

personas que viven en zonas aledañas a ríos y quebradas contaminadas como consecuencia de los proyectos de explotación de recursos, es su deber adoptar todas las medidas que tenga a su alcance para mitigar los daños que se están produciendo en el marco de las concesiones por él otorgadas, así como imponer las sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de las normas ambientales y/o penales respectivas. La falta de medidas en tal sentido, no obstante el pleno conocimiento de la gravedad de la situación, ha sido entendida por la Corte Interamericana como una fuente de responsabilidad internacional frente a las afectaciones a la vida e integridad personal derivadas de dichas condiciones” [párr. 253]. En consecuencia, recomendó al Estado que “en el marco de los proyectos que se encuentran en curso, implemente mecanismos de participación a efectos de determinar los daños ambientales que se están causando y las afectaciones a las actividades básicas de subsistencia de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas que viven en los lugares de ejecución de dichos proyectos. Esto con la finalidad de que, en caso de afectaciones a su vida y/o integridad personal, se suspenda inmediatamente la ejecución de los proyectos y se impongan las sanciones administrativas y penales correspondientes. En caso de dar continuidad a los proyectos, el Estado debe garantizar la participación de los afectados en los beneficios derivados de los mismos y determinar y hacer efectivas las indemnizaciones por tales daños” [párr. 297 – Recomendación 6]. La Comisión también observó a este respecto que la conflictividad social en Bolivia resulta incrementada por las tensiones entre los pueblos indígenas y el Estado y las empresas concesionarias de estos proyectos “dado que, por un lado, la sostenibilidad de los mismos no es medida con anterioridad a partir de mecanismos de participación efectiva de las personas y grupos afectados con independencia de que tengan un título de propiedad reconocido por el Estado en su favor, y por otro, las normas de tipo ambiental e incluso penales, son deliberadamente incumplidas sin que el Estado imponga las sanciones respectivas” [párr. 254]. Igualmente, la CIDH conceptuó que los problemas observados parten de la falta de aplicación efectiva de la legislación que incorporó el Convenio 169 de la OIT al ordenamiento interno; y precisó que para resolverlos, “un punto importante es su incorporación de manera transversal a la legislación que regula todo el proceso de diseño, concesión e implementación de proyectos relacionados con la explotación de los recursos naturales, sin que la falta de dicha reglamentación pueda constituirse en excusa para no aplicar la norma internacional que como se dijo, es parte de la legislación interna y es autoejecutable” [párr. 255]. En este último sentido, la CIDH recomendó al Estado que “incorpore a la legislación interna sobre proyectos de desarrollo las disposiciones del Convenio 169 de la OIT sobre la materia y adopte las medidas para su implementación efectiva” [párr. 297, Recomendación 4].

Finalmente, en relación con la falta de mecanismos judiciales para impugnar las afectaciones descritas, la CIDH explicó que con ello se exacerbaba el estado de indefensión de los pueblos indígenas; y precisó que, si bien existe la acción penal por incumplimiento de normas ambientales, se había recibido información en el sentido de que “las pocas acciones penales iniciadas con respecto a estos hechos, se han visto dilatadas y obstaculizadas tanto por la inactividad de las fiscalías como por presiones externas”. [par. 256] También indicó que no existen medios judiciales de naturaleza cautelar a los cuales recurrir en situaciones extremas susceptibles de afectar el derecho a la vida, ni acciones judiciales de naturaleza colectiva para los casos de grupos afectados por la misma situación. Por ello la CIDH recomendó al Estado “garantizar el acceso a un recurso judicial adecuado y efectivo para la impugnación de daños ambientales de manera colectiva para que, en adición a la acción penal, se disponga de un mecanismo de naturaleza judicial para obtener una respuesta inmediata en aquellas circunstancias en las cuales se están causando daños irreparables a grupos de personas” [párr. 297 – Recomendación 7].

INDICE | ANTERIOR | PRÓXIMO

^[640] CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1058.

^[641] CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1071.

^[642] CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr.158.

^[643] CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr.158.

^[644] El Convenio No. 169 de la OIT obliga a los Estados a consultar con los pueblos indígenas, de buena fe y con el objetivo de llegar a un acuerdo u obtener su consentimiento, sobre asuntos que les afectan en distintos contextos; ver los arts. 6.1, 6.2, 15.2, 22.3, 27.3 y 28 del Convenio. En los términos de un Comité Tripartito del Consejo de Administración la OIT, “el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio No. 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo” [Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (No. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), párr. 31. Citado por: ONU – Consejo de Derechos

Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, par. 39.]

^[645] Ver, entre otros, los artículos 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38 de la Declaración de la ONU.

^[646] El Relator Especial de las Naciones Unidas ha formulado la obligación general en los términos siguientes: “De conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y con el Convenio No. 169 de la OIT, los Estados tienen el deber de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos especiales y diferenciados sobre los asuntos que les conciernen, con la finalidad de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Basado en el entendimiento de la marginación relativa y las condiciones desfavorables de los pueblos indígenas en relación con los procesos democráticos normales, este deber dimana del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios de soberanía popular y de gobierno por consentimiento y es un corolario de los principios conexos de derechos humanos. // El deber de celebrar consultas se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por la población general del Estado, y en tales casos el deber se aplica en relación con los pueblos indígenas que se ven particularmente afectados y respecto de esos intereses particulares. El deber de celebrar consultas no solo se aplica cuando la medida propuesta se refiere a derechos sustantivos ya reconocidos en el derecho interno, como los derechos relativos a las tierras”. ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrs. 62-63.

^[647] El Relator Especial de la ONU ha explicado que “[e]ste deber es un corolario de un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, entre ellos el derecho a la integridad cultural, el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad (...). De manera más fundamental, ese deber deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular. (...) En consonancia con esos principios, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados.” ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 41.

^[648] Corte IDH, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

^[649] Corte IDH, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 225.

^[650] CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 155.

^[651] CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142.

^[652] CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1050.

^[653] CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1050.

^[654] CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1050.

^[655] CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 140.

^[656] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 16 [notas al pie omitidas]. Ver también Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 194(c).

^[657] CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 240.

^[658] CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 132.

^[659] CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 197 – Recomendación 1.

^[660] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 151. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 135.

^[661] CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142.

^[662] CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 130.

^[663] CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 131.

^[664] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23: Los derechos de las minorías (Artículo 27 del PIDCP), 08/04/94, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev. 1/Add.5, párrafo 7; citado en CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 130, nota al pie No. 99.

^[665] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial - Recomendación general N° 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248 (1997), párr. 5. Citada en: CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 130, nota al pie No. 99.

^[666] Convenio 169 de la OIT, artículo 6(1)(a).

^[667] Convenio 169 de la OIT, artículo 6.2.

^[668] CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248.

^[669] CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 165.

^[670] CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142.

^[671] CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 140.

^[672] CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 140.

^[673] CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 140.

^[674] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 15.

^[675] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 18.

^[676] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 19. [nota al pie omitida]

^[677] CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 193, y párr. 197 – Recomendación 1.

^[678] Véase, e.g., Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia), Resolución de 7 de mayo de 2008, párrs. 16, 20. (refiriéndose a los conflictos entre la Comunidad Awas Tingni y otras comunidades indígenas como obstáculo para el proceso de delimitación, demarcación y titulación de la comunidad peticionaria).

^[679] Corte IDH, *Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párr. 133.

^[680] Corte IDH, *Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párr. 210.

^[681] CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr.157.

^[682] CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr.157.

^[683] CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr.157.

^[684] CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 143.

¹⁶⁸⁵ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 246. CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 26.

¹⁶⁸⁶ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), de octubre de 2004, párr. 144.

¹⁶⁸⁷ CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, Recomendación 5. Ver también: CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 297, Recomendación 5.

¹⁶⁸⁸ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248.

¹⁶⁸⁹ El Relator Especial de la ONU ha precisado que “[f]recuentemente las cuestiones que deben consultarse surgen cuando los gobiernos otorgan concesiones a empresas privadas para extraer recursos naturales, construir presas o realizar otros proyectos de desarrollo en tierras indígenas o en sus inmediaciones. A este respecto, el propio Estado tiene la responsabilidad de realizar o garantizar que se realicen debidamente consultas, incluso cuando, en la práctica, es una empresa privada la que promueve o realiza las actividades que pueden afectar los derechos y las tierras de los pueblos indígenas. De conformidad con principios bien fundados de derecho internacional, el deber del Estado de proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas, incluido su deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas interesados antes de realizar las actividades que los afecten, no es un deber que pueda eludirse delegándolo a una empresa privada u otra entidad. Además, al igual que en otros contextos, las consultas sobre actividades de extracción o de otro tipo relacionadas con el desarrollo y que afecten a pueblos indígenas deben hacerse tan pronto como sea posible y en todas las etapas del proceso de adopción de decisiones y, en todo caso, antes de que se otorguen las concesiones a las empresas privadas. // El Relator Especial ha observado varios casos en que el Estado transfiere las obligaciones sobre las consultas a la empresa privada que interviene en un proyecto. Tal delegación a una empresa privada de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, además de que no absuelve al Estado de la responsabilidad que le incumbe en última instancia, puede no ser conveniente e incluso ser problemática, dado que los intereses de la empresa privada son en general fundamentalmente lucrativos y, por lo tanto, no pueden estar en plena consonancia con el interés público ni con el interés superior de los pueblos indígenas afectados.” El Relator concluyó, por ende, que “Incluso cuando, en la práctica, son las empresas privadas las que promueven o llevan a cabo las actividades que afectan a los pueblos indígenas, como la extracción de los recursos naturales, sigue incumbiendo a los Estados la responsabilidad de celebrar las consultas adecuadas o de garantizar su realización.” ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrs. 54-55, 72.

¹⁶⁹⁰ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 246.

¹⁶⁹¹ El Relator Especial de la ONU ha indicado en este sentido que “[e]l deber de celebrar consultas no está limitado a las circunstancias en que una medida propuesta pueda afectar o afecte en el futuro un derecho ya reconocido o derivado de un contrato. El Relator Especial observa con preocupación que algunos Estados, de hecho o de manera deliberada, han adoptado la posición de que las consultas directas con los pueblos indígenas en relación con la actividad de extracción de recursos naturales o con otros proyectos de repercusiones importantes sobre el medio ambiente, como las presas, solo se requieren cuando las tierras en que se realizan las actividades en cuestión han sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno. Esta posición es infundada ya que, de la misma manera que ocurre con el derecho a la libre determinación y con los principios democráticos, y debido a las condiciones generalmente vulnerables de los pueblos indígenas, el deber de celebrar consultas con ellos se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales. A este respecto, un comité tripartito del Consejo de Administración de la OIT afirmó explícitamente que: ‘la consulta prevista en el párrafo 2 del artículo 15, procede respecto de los recursos de propiedad del Estado que se encuentren en las tierras que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera, tengan o no título de propiedad sobre los mismos’ [Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (No. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), párr. 48]. Es posible imaginar fácilmente innumerables maneras en que los pueblos indígenas y sus intereses puedan verse afectados por proyectos de desarrollo o por iniciativas legislativas en casos en que carezcan del correspondiente derecho.” ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 44.

¹⁶⁹² Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 153.

¹⁶⁹³ Convenio 169 de la OIT, artículo 15.2.

¹⁶⁹⁴ Convenio 169 de la OIT, artículo 6(1)(a).

¹⁶⁹⁵ Convenio 169 de la OIT, artículo 6.2.

¹⁶⁹⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 156.

¹⁶⁹⁷ CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 39 – Recomendación 1.

¹⁶⁹⁸ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 143.

¹⁶⁹⁹ Convenio 169 de la OIT, artículo 2.1.

¹⁷⁰⁰ Convenio 169 de la OIT, artículo 33.2.

¹⁷⁰¹ Según ha apuntado la Corte de Constitucionalidad de Colombia, “la participación [de los pueblos indígenas] no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental...sino que tienen una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades”. Sentencia de Tutela T-652, de 10 de noviembre de 1998. En el caso del Perú, el Tribunal Constitucional ha señalado que el Decreto Supremo 012-2008-EMM, que regula la participación ciudadana en relación con las actividades hidrocarburíferas, no cumple con los requisitos previstos por el Convenio 169 para la consulta de los pueblos indígenas. Tribunal Constitucional, Expediente 03343-2007-PA-TC, párr. 32 Cfr. Respuesta de CAAAP, DAR y CARE-Perú, p. 13 (“el procedimiento de participación ciudadana no reviste para los [pueblos indígenas] el carácter de consulta”).

¹⁷⁰² Cfr. Convenio 169 de la OIT, artículo 6.1(a) (los Estados deberán “consultar a los pueblos interesados...cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”); Declaración de Naciones Unidas, artículo 19 (“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados...antes de adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten”). Según el Relator Especial de la ONU, “[n]o obstante el carácter necesariamente variable de los procedimientos de consulta en los diversos contextos, los Estados deben definir en la ley los procedimientos de consulta requeridos para determinadas categorías de actividades, como las de extracción de recursos naturales, que se realizan en territorios indígenas o que los afectan. Dichos procedimientos, previstos en leyes o reglamentos o en mecanismos especiales de consulta, deben por su parte ser elaborados en consulta con los pueblos indígenas.” ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 67.

¹⁷⁰³ En este sentido se ha pronunciado el Relator Especial de la ONU, al explicar que “[n]o existe una fórmula específica para consultar a los pueblos indígenas aplicable a todos los países en todas las circunstancias”, y que “[l]as características específicas del proceso de consultas requerido por el deber de celebrar consultas variará necesariamente en función de la naturaleza de la medida propuesta y del alcance de su impacto sobre los pueblos indígenas”. ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrs. 37, 45.

¹⁷⁰⁴ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 249.

¹⁷⁰⁵ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133.

¹⁷⁰⁶ ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 65.

¹⁷⁰⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 147.

¹⁷⁰⁸ Convenio 169, artículo 15.2.

¹⁷⁰⁹ Declaración de Naciones Unidas, artículo 32.2.

¹⁷¹⁰ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 131.

¹⁷¹¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 27.

¹⁷¹² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133.

¹⁷¹³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 154.

¹⁷¹⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133.

¹⁷¹⁵ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133.

¹⁷¹⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133.

¹⁷¹⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 18.

¹⁷¹⁸ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 19. Ello implica también que “la decisión acerca de quién debe ser consultado en relación con cada uno de los asuntos mencionados anteriormente (...) debe ser adoptada por el pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones. El pueblo Saramaka comunicará al Estado quién o quiénes deben ser consultados, dependiendo del asunto que así lo requiera” [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 22].

¹⁷¹⁹ Convenio 169, artículo 6.1.

¹⁷²⁰ Declaración de Naciones Unidas, artículo 32.

¹⁷²¹ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF), GB.295/17; GB.304/14/7 (2006), párr. 42.

¹⁷²² CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142.

¹⁷²³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133.

¹⁷²⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133.

¹⁷²⁵ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133.

¹⁷²⁶ En palabras del Relator Especial de la ONU, “en los casos relativos a explotación de recursos naturales o proyectos de desarrollo que afecten tierras indígenas, para que los pueblos indígenas interesados puedan adoptar decisiones libres e informadas sobre el proyecto en consideración es necesario que reciban información objetiva y completa sobre todos los aspectos del proyecto que los afecta, incluidas las repercusiones del proyecto sobre su vida y su entorno. A este respecto, es esencial que el Estado haga estudios sobre el impacto ambiental y social a fin de que se puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever. Los grupos indígenas interesados deben conocer esos estudios de impacto en las primeras etapas de las consultas, tener tiempo suficiente para entender las conclusiones de los estudios y poder presentar sus observaciones y recibir información acerca de cualquier preocupación que planteen.” ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 53.

¹⁷²⁷ CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

¹⁷²⁸ CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

¹⁷²⁹ CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

¹⁷³⁰ CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

¹⁷³¹ Convenio 169, artículo 15.2.

¹⁷³² Convenio 169, artículo 7.1.

¹⁷³³ Convenio 169, artículo 12.

¹⁷³⁴ Convenio 169, artículo 12. El apoyo técnico a los pueblos indígenas en el contexto de los procedimientos de consulta puede también interpretarse como uno de los requisitos de la provisión de medios para que los pueblos indígenas puedan ejercer plenamente su derecho a la autonomía. Convenio 169, Artículo 6.1.(c). El Relator Especial de la ONU indica en este sentido que “por lo general los pueblos indígenas se encuentran en desventaja en cuanto a influencia política, recursos financieros, acceso a la información y educación pertinente con respecto a las instituciones estatales o las partes del sector privado, como las empresas, que son sus contrapartes

en las consultas. (...) los Estados deben tratar debidamente de superar el desequilibrio de poder, garantizando a los pueblos indígenas la asistencia financiera, técnica y de otro tipo que necesiten y haciéndolo sin utilizar dicha asistencia como palanca o para influir en las posiciones de los indígenas en las consultas." ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrs. 50-51.

¹⁷³⁵¹ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248.

¹⁷³⁶¹ El Relator Especial de la ONU ha precisado en esta línea que "[e]n todos los casos en que una medida propuesta afecte los intereses particulares de los pueblos indígenas, la obtención de su consentimiento deberá ser, en cierta medida, una finalidad de las consultas. (...) esta exigencia no confiere a los pueblos indígenas un 'poder de veto' sino que, más bien, establece la necesidad de elaborar procedimientos de consulta con el fin de hacer todo lo posible por lograr el consenso de todas las partes interesadas. (...) Esos principios [de consulta y consentimiento] han sido concebidos para crear un diálogo en que los Estados y los pueblos indígenas puedan trabajar de buena fe con miras al logro del consenso y procuren seriamente llegar a un acuerdo satisfactorio. (...) el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas y los principios conexos ha surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia. Al mismo tiempo, los principios de consulta y consentimiento no confieren a los pueblos indígenas un derecho a imponer unilateralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público. Los principios de consulta y consentimiento están más bien encaminados a evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que, en lugar de ello, se procure llegar a un entendimiento mutuo y adoptar decisiones por consenso." ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrs. 48-49.

¹⁷³⁷¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133.

¹⁷³⁸¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133.

¹⁷³⁹¹ CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr.165.

¹⁷⁴⁰¹ CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 39 – Recomendación 5.

¹⁷⁴¹¹ Declaración de Naciones Unidas, artículos 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38.

¹⁷⁴²¹ *Ibid.*, artículo 32.2.

¹⁷⁴³¹ Según ha explicado el Relator Especial de la ONU, los términos de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas en este punto "sugieren que se hace más hincapié en que las consultas sean negociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables y se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones." ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 46.

¹⁷⁴⁴¹ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248.

¹⁷⁴⁵¹ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), GB.294/17/1; GB.299/6/1 (2005), párr. 53.

¹⁷⁴⁶¹ ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 51.

¹⁷⁴⁷¹ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda* (sesión setenta, 2000), ONU Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, 15 de noviembre de 2000, párr. 9.5.

¹⁷⁴⁸¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 130.

¹⁷⁴⁹¹ La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas clarifica que los Estados deben celebrar consultas con estos pueblos "a fin de a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado". Declaración de Naciones Unidas, arts. 19, 32. Por su parte, el Convenio 169 estipula que las consultas deben tener "la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas". Convenio 169, artículo 6.2.

¹⁷⁵⁰¹ Según ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "las decisiones que adopten los órganos internos, que puedan afectar los derechos humanos, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes...Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas." Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 5 de Agosto de 2008, Serie C N° 182, párr. 78(e). Asimismo, la Corte ha subrayado que la fundamentación motivada de las decisiones judiciales o administrativas es la garantía que "otorga credibilidad [a] las decisiones jurídicas en una sociedad democrática", "proporciona la posibilidad de criticar la resolución y un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores" y, en consecuencia, es "una de las «debidas garantías» incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso". Corte IDH, Caso Tristán Donoso vs. Panamá, Sentencia de 27 de enero de 2007, Serie C, No. 193, párrs. 152-153.

¹⁷⁵¹¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134.

¹⁷⁵²¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134.

¹⁷⁵³¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 17.

¹⁷⁵⁴¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 136.

¹⁷⁵⁵¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, "Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención, Observaciones Finales respecto del Ecuador", 2003, ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16.

¹⁷⁵⁶¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 135.

¹⁷⁵⁷¹ El Relator Especial de la ONU ha explicado en esta línea que "la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas. La Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento. Esas situaciones incluyen el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (arts. 10 y 29, párr. 2, respectivamente)." ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, par. 47.

¹⁷⁵⁸¹ Ver, en el mismo sentido, el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT.

¹⁷⁵⁹¹ Declaración de Naciones Unidas, artículo 29.2 ("Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado").