

## CAPÍTULO III

# EL RECONOCIMIENTO A VERTIR UN CONSENTIMIENTO PREVILO, LIBRE E INFORMADO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA, INSTRUMENTOS CONVENCIONALES Y ORGANISMOS BILATERALES DE DESARROLLO

### 3.1. Legislación Ecuatoriana

#### 3.1.1. La Constitución Ecuatoriana

La Constitución Política de 1998 reconoció el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras, participar en los beneficios que esos proyectos reporten, y recibir indemnización por los perjuicios socioambientales que los causen<sup>458</sup>. La inclusión de este reconocimiento reflejó las obligaciones contraídas por el Ecuador a nivel internacional con la ratificación del Convenio 169 de la OIT en el mismo año. Sin embargo, si bien el reconocimiento de este derecho fue un paso importante hacia la aplicación efectiva de los derechos y el reconocimiento de las reivindicaciones de los pueblos indígenas, constituyó en la práctica un simple formalismo y requisito para disfrazar la legalidad y legitimidad de la violación de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, así como también de los contratos de programas de prospección y explotación de recursos no renovables.

La omisión del alcance que dio el Convenio 169 de la OIT por parte de la

---

<sup>458</sup> Cfr. *Constitución Política de 1998*, artículo 84.5.

Constitución, propició la violación constante de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas. Sumado a ella, la falta de leyes secundarias que canalicen dicho derecho, ahondó el problema al tratamiento sobre el derecho a la consulta establecido por el Convenio, con lo que incumplió las obligaciones contraídas a nivel internacional a favor de los pueblos indígenas. Esta omisión violó además la propia Constitución que disponía “que el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución” y que “el Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes”<sup>459</sup>.

Por su parte, la Constitución aprobado en el año 2008, asimismo reconoce y garantiza a los pueblos indígenas los derechos establecidos en los pactos, convenios, declaraciones y demás IIDH<sup>460</sup>. Entre ellas reconoce y garantiza la consulta previa, libre e informada sobre los planes y programas de las actividades que se lleven respecto de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras que puedan afectar ambiental y culturalmente; la participación en los beneficios que reporten dichos proyectos y recibir indemnización por los perjuicios causados; y, dispone la obligatoriedad y oportunidad de la consulta que deben realizar las autoridades competentes<sup>461</sup>. Y la parte final de este artículo concluye disponiendo de manera expresa que “[s]i no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley”.

De la parte final del citado artículo constitucional, si bien se puede argumentar que el derecho de CPLI no está reconocido por la Constitución 2008 de forma expresa, también se puede decir que no omite en reconocer que la consulta que debe ser previa, libre e informada y realizado por las autoridades competentes obligatoria y oportunamente

---

<sup>459</sup> *Constitución Política del Ecuador 2008*, artículos 16 y 17.

<sup>460</sup> Cfr. *Constitución Política del Ecuador 2008*, art. 57. Por otro lado, el artículo 10 dispone que: “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”.

<sup>461</sup> Cfr. *ibídem*, artículo 57.7.

sobre los planes y programas de las actividades no renovables que se van a llevar en las tierras de los pueblos indígenas, tiene como propósito llegar a la obtención del CPLI respecto de dichas actividades que los afecten, y en caso de que no se logre, proceder “conforme a la Constitución y la Ley”. Por esta razón es que la propia constitución establece: “si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada”. No obstante, cabe establecer que el derecho reconocido en el artículo 57.7 queda en duda debido a que existiendo el disenso y rechazo de la comunidad consultada, será el Estado lo que diga lo contrario a las decisiones de los pueblos indígenas y de la población mayoritaria del lugar de la consulta. Este procedimiento no solo es contrario al derecho de propiedad comunitaria sino que a la vez es paradójico al establecer un medio que atenta directamente contra toda concepción de derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos en la propia Constitución al no garantizar plenamente el derecho de la propiedad comunitaria<sup>462</sup>. A ello se debe agregar la falta de una Ley en materia de consulta que canalice lo establecido por la Carta Suprema.

Los razonamientos anteriores respecto del CPLI tienen sus fundamentos. El constituyente reconoció que la consulta es un medio por las que se llega a la obtención de CPLI. Si no fuera este el caso, habría omitido la parte final del mencionado artículo y asumido la posición que tuvo en la Constitución de 1998. Esta afirmación se demostró en el capítulo anterior donde la consulta y la participación de los pueblos indígenas en estos procesos, son los medios indispensables para la consecución del CPLI. Cuyo fin no es más que llegar al consenso entre los consultantes y consultados para obtener el CPLI. No sería correcto afirmar que la consulta y la participación tienen otros propósitos, en cuyo caso este no sería un derecho reconocido a estos pueblos sino, como se expuso, un mero formalismo y un medio para disfrazar la legalidad y legitimidad de la violación de los derechos colectivos pregonados por la Constitución y los IIDH. Se debe tomar en cuenta que la Constitución establece que sus disposiciones deben ser interpretadas al tenor literal, y en caso de duda, en el sentido que más favorezcan la vigencia de los derechos

---

<sup>462</sup> Cfr. P. EGAS REYES, “La propiedad en la Constitución de 2008”, en ANDRADE, SANTIAGO, GRIJALVA, AGUSTÍN Y STORINI, CLAUDIA (Editores), *La nueva constitución...* op. cit., p. 338.

reconocidos en ella<sup>463</sup>, además de la obligación que tienen los jueces, autoridades administrativas y servidores públicos de aplicar directamente las normas prevista en la Constitución y en los IIDH que son más favorables<sup>464</sup>, lo que sin duda goza el CPLI.

Por otra parte, las obligaciones contraídos a nivel internacional hacen que el derecho de CPLI, sea exigible y vigente en el Ecuador por conducto del artículo 57 citado anteriormente porque este reconoce y garantiza los derechos colectivos de los pueblos indígenas establecidas en pactos, convenios, declaraciones y otros instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la DNUDPI. Sumado a ello, se debe reconocer que los instrumentos mencionados, por disposición de la propia Constitución en su artículo 57, forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano de acuerdo al artículo 417 y 425 de la misma<sup>465</sup>. Más aún cuando en su artículo 3.1 prevé que son deberes primordiales del Estado el de “[g]arantizar sin discriminación alguna el efectivo

---

<sup>463</sup> Cfr. *Constitución Política del Ecuador 2008*, artículo 427 y ss.

<sup>464</sup> Cfr. *ibídem*, artículo 426.

<sup>465</sup> La Corte Constitucional de Colombia ha establecido el concepto de “bloque de constitucionalidad” para interpretar los derechos y deberes consagrados en la Constitución de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En este sentido, la Corte ha entendido que “[e]l bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional”. Y ha añadido que el bloque de constitucionalidad está compuesto por la Constitución, todos los tratados sobre derechos humanos y leyes humanitarias ratificados por Colombia así como por la jurisprudencia de los órganos internacionales encargados de la interpretación de dichos tratados (los órganos de tratados de Naciones Unidas, los comités de la OIT, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos). CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-225/95*, Revisión constitucional del “Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)” hecho en Ginebra el 08 de junio de 1977, y de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo, Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero, Santa Fe de Bogotá, 18 de mayo de 1995, Sección II.1; *Sentencias T-568/99*, Acción de Tutela contra el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Alcaldía Municipal de Medellín y las Empresas Varias de Medellín por una presunta violación de los derechos al trabajo, a la organización sindical, a la asociación, la huelga y debido proceso, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, San Fe de Bogotá, D.C., 10 de agosto de 1999, Sección II.1.A; *Sentencia C-010/00*, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º (parcial), 3º (parcial), 5º, 6º (parcial), 7º literal c) y f), 8º inciso tercero, 10, 11 (parcial), 13 inciso primero, 14, 15 (parcial), 19, 20 literal f) (parcial) de la Ley 74 de 1966, “por la cual se reglamenta la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión”, Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero, Santa Fe de Bogotá, 19 de enero de 2000, parte III, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co>, consultado: 20 de octubre de 2009.

goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales...”.

En tema de conocimientos ancestrales, prácticas e innovaciones, nuestra Constitución garantiza a los pueblos indígenas a “mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas...y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora”. Esta disposición prevé que los pueblos indígenas son dueños de sus conocimientos tradicionales y propiedad intelectual derivados del desarrollo de su tecnología, recursos genéticos, medicinas, flora y fauna. Por estas razones, la Carta Magna prohíbe “toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas”. Esta prohibición se fundamenta en que la creación y los conocimientos están protegidos por normas de propiedad intelectual y conocimientos ancestrales a sus legítimos titulares que son los pueblos indígenas, y por lo mismo, rigen las mismas reglas que protegen el derecho moral y patrimonial, es decir, que las creaciones y conocimientos ancestrales se podrán obtener con el CPLI de sus titulares como cualquier invento, conocimiento o creaciones intelectuales.

Por otra parte, es de reconocimiento internacional que los pueblos indígenas no deben ser trasladados de sus territorios. Sin embargo, esta regla admite una excepción. Los pueblos indígenas excepcionalmente pueden ser trasladados y reubicados cuando son necesarios, pero solamente con su CPLI. Esta regla prevé que los pueblos indígenas tienen la libertad de tomar la decisión que más le convenga a su pueblo, y de su vida como tal. Desde esta perspectiva, nuestra Constitución garantiza a “[n]o ser desplazados de sus tierras ancestrales”, lo que demuestra que los derechos sobre la tierra y territorio conlleva envuelto este derecho, y en caso de que sea necesario por circunstancias excepcionales, solo dará lugar con el CPLI de los pueblos indígenas y siempre con la opción de regreso a su tierra.

Las consideraciones anteriores nos indican que la Constitución ecuatoriana de 2008 acoge el CPLI como un derecho de los pueblos indígenas, ya que expresa que la consulta obligatoria y oportuna que deben hacer las autoridades competentes tiene como

fin último la obtención del CPLI, considerando que los elementos consulta y participación son los medios por los que se conducen al tratamiento del CPLI de los pueblos indígenas. Si bien la Constitución no reconoce en sus disposiciones de manera expresa este derecho, además de lo anotado, por conducto de los instrumentos internacionales y los derechos que en ellos se pregonan y como parte integrante del ordenamiento jurídico ecuatoriano de acuerdo al artículo 417 y 425 hace aun más exigible al Estado ecuatoriano cuando pretenda desvirtuar la obligación contraída. Y respecto de tema de conocimientos ancestrales, prácticas e innovaciones, y el traslado de sus tierras ancestrales, está claramente establecido que no se lo procederá, a menos que con el CLPLI de los pueblos indígenas.

## **3.2. Instrumentos Convencionales**

### **3.2.1. El Convenio 169 de la OIT**

La Asamblea General de la OIT aprobó el Convenio 169 denominada Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. “El propósito de este Convenio se orienta a fortalecer la identidad de las poblaciones indígenas, dejando a un lado la orientación hacia la asimilación que caracteriza el Convenio 107”<sup>466</sup>. Abarca los derechos de los pueblos indígenas a la tierra, participación, educación, cultura y desarrollo, enmarcados dentro del contexto global de salvaguarda a su identidad, con miras a que los pueblos indígenas de la humanidad puedan gozar de los derechos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados miembros, y en consideración a la especial contribución de éstos pueblos a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales<sup>467</sup>. En su preámbulo reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a sumir el control de sus propias instituciones y forma de vida y de su desarrollo económico, mantener y fortalecer

---

<sup>466</sup> F. DÍAZ GARAYCOA, “Indígenas: Convenios internacionales y legislación nacional”, p. 35, en COLEGIO DE JURISPRUDENCIA DE LA UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO, *Iuris Dictio*, Año III, No. 6, Quito, AH Editorial, agosto de 2002.

<sup>467</sup> Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *Pueblos Indígenas y Tribales...*, op. cit.

sus identidades, lenguas y religiones.

El Convenio es uno de los instrumentos internacionales vinculantes en cuanto a la protección de los derechos de los pueblos indígenas que Ecuador aprobó en el año de 1998 a través de su Congreso Nacional. Este instrumento internacional influyó en la adopción de las disposiciones constitucionales de 1998 y 2008.

Este Convenio, en la parte I resalta la participación de los pueblos indígenas en las diferentes acciones que debe cumplir y llevar los gobiernos para la protección de los derechos. Dentro de éste ámbito impone la consulta a estos pueblos como una cuestión previa para la aplicación de sus disposiciones. Así, los artículos 2.1, 6 y 7 señalan la participación, la consulta y decisión de prioridades. Con esta previsión confiere a los pueblos indígenas de ocupar un papel protagónico dentro de la toma de decisiones<sup>468</sup>.

En particular, el derecho a la consulta se encuentra establecido en su artículo 6.1. El artículo impone a los Estados consultar a los pueblos indígenas mediante procedimientos adecuados y a través de sus representantes cada vez que se prevén tomar medidas legislativas o administrativas que pueden afectar directamente, la misma que debe ser efectuado de buena fe y de manera apropiada con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Por su lado, el artículo 7.1 prevé el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera y controlar en la medida de lo posible, su desarrollo económico, social y cultural. Además prevé la participación en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional que puedan afectar directamente.

El artículo 16 es explícito en exigir el consentimiento libre y con pleno conocimiento de causa de los pueblos en el caso de traslado y reubicación de sus tierras, pero siempre que sean excepcionalmente necesarias las circunstancias que lo exigen, y siempre con la posibilidad de regresar a sus tierras tradicionales.

Los textos de los artículos precedentes trazan el marco normativo a la que deben

---

<sup>468</sup> Cfr. F. DÍAZ GARAYCOA, “Indígenas: Convenios internacionales...”, op. cit. p. 35.

regirse los Estados que lo han ratificado en cuanto se refiere a la consulta, participación, decisión de prioridades de desarrollo, traslado y reubicación de los pueblos indígenas de sus tierras. El derecho a la consulta que establece este cuerpo normativo internacional no termina en el simple proceso informativo, pues este no será suficiente porque la consulta es el mecanismo a través de la cual los pueblos indígenas, con relación al Estado, tienen la posibilidad de ejercer su derecho de autodeterminación establecido en el artículo 7.1 del Convenio<sup>469</sup>, en la cual reconoce el derecho a decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo. Esto significa que el derecho a la consulta no es un fin en sí mismo.

Así, la consulta que deben ser llevados de buena fe y con procedimientos adecuados a las circunstancias, no tiene otra finalidad que llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas<sup>470</sup>. De ello, por la explicitud del contenido del Convenio respecto de que la consulta debe orientarse a lograr el consentimiento, no son admisibles interpretaciones que pretenden que si se realiza la consulta, el resultado de la misma no representa una obligación para el Estado, sino es un mero criterio informador de la decisión<sup>471</sup>; y si este es el caso, “se basaría en la ficción del mandato general que la sociedad concede al gobernante a través del sufragio para que decida por ella”<sup>472</sup>. De esta forma, la disposición establecida por el artículo 6 del Convenio prevé la capacidad de decisión de los pueblos indígenas, de tal manera que este instrumento reconoce la importancia de este derecho para los pueblos indígenas y los compromisos asumidos por los Estados en instrumentos internacionales<sup>473</sup>. Al respecto, la OIT ha sostenido que los elementos de buena fe, representatividad y adopción de decisiones mediante metodologías propias de los pueblos indígenas son fundamentales

---

<sup>469</sup> Cfr. N. WRAY, “La consulta como un derecho político de los pueblos indígenas”, p. 45, en COLEGIO DE JURISPRUDENCIA DE LA UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO, *Juris Diction*, Año III, No. 6, Quito, AH Editorial, agosto de 2002

<sup>470</sup> Al respecto se ha sostenido que “el CPLI reconocido en el Convenio 169, es de naturaleza compleja y termina siendo, en la práctica, un derecho relativo en la medida que no otorga el veto absoluto. Convive con el derecho soberano de los Estados en las decisiones sobre el uso y aprovechamiento de los recursos naturales: se trata de una obligación por medio de la cual el Estado debe proveer todos los medios necesarios para obtener el consentimiento de los pueblos indígenas”. A. ALAYZA MONCLOA, *No pero sí: comunidades y minería...*, op. cit., p. 125.

<sup>471</sup> Cfr. M. MELO. *Consulta previa, ambiente y petróleo...*, op. cit. p. 26.

<sup>472</sup> *Ibidem*.

<sup>473</sup> Cfr. N. WRAY, “La consulta como un derecho político...”, op. cit., p. 45.

para el CPLI, por lo que la consulta y participación son cuestiones centrales en la aplicación del Convenio, lo que no solo concierne a proyectos de desarrollo sino también en la gestión de asuntos públicos<sup>474</sup>.

En tema de traslado y reubicación de sus tierras, el Convenio también reconoce de forma explícita el CPLI de los pueblos indígenas, pero cuando sea excepcionalmente necesarias.

De los antecedentes anotados, se observa que CPLI es acogido por el Convenio 169 de la OIT como un derecho de los pueblos indígenas, la misma que se alcanza a través de consultas de buena fe, procedimientos apropiados, y no se agota en el mero proceso informativo como se concibe.

### **3.2.2. El Convenio sobre Diversidad Biológica**

El Convenio sobre Diversidad Biológica (en adelante CDB)<sup>475</sup> es uno de los cuerpos normativos internacionales vinculantes que protege los derechos de los pueblos indígenas en cuanto a sus conocimientos ancestrales, prácticas e innovaciones. El CDB fue adoptado el 5 de junio de 1992. Este instrumento resalta el valor intrínseco de diversidad biológica como el interés común de la humanidad, y reconoce la estrecha relación y tradicional dependencia de muchos pueblos indígenas tienen basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales<sup>476</sup>. No obstante, a pesar de que existe un Convenio internacional los aspectos antes mencionados, cada vez los pueblos indígenas han sido usurpados de sus derechos de conocimientos ancestrales, y en mayoría de los casos, sin su autorización, llevados particularmente a cabo por las grandes empresas

---

<sup>474</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, *Informe del Seminario internacional sobre metodologías...*, op. cit., párrafo 24.

<sup>475</sup> Adoptado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrado en Río de Janeiro, de 3 a 14 de junio de 1992. Ecuador firmó esta Convención el 9 de junio de 1992.

<sup>476</sup> Cfr. CDB, preámbulo.

farmacéuticas y de bioprospección<sup>477</sup>.

El CDB, si bien reconoce el derecho soberano del Estado sobre sus propios recursos genéticos, este también impone obligaciones de conservación y el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas a sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales sobre los recursos biológicos.

El reconocimiento de derecho realizado a los pueblos indígenas se encuentra establecido en el artículo 8, j), en donde pide a las Partes que promuevan los conocimientos, las innovaciones y las prácticas tradicionales pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, centrados en el respeto, la preservación y el mantenimiento de los conocimientos, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas. Esta disposición ha sido muy debatida por la Conferencia de las Partes (en adelante CPCDB), órgano encargado de examinar la aplicación del Convenio.

Dentro de la CPCDB, esta disposición ha sido interpretada en varias ocasiones por algunas Partes y en diversas decisiones de la Conferencia como CPLI, pero otras han negado esta posibilidad. Sin embargo, la Secretaría del CDB respecto del apartado j) del artículo 8, ha sostenido que éste exige que los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales solamente se utilicen con su “aprobación”, lo que implica que se requiere su CPLI<sup>478</sup>. Desde esta perspectiva, lejos de ir a las normas interpretativas de Tratados establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>479</sup>, la terminología adoptado por el CDB es un reconocimiento al derecho de CPLI de los pueblos indígenas, ya que los fines de la Convención entre otras, es la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y sus componentes mediante un acceso

---

<sup>477</sup> Se entiende “bioprospección” al “proceso de búsqueda y evaluación que permite identificar, seleccionar y aislar componentes útiles de la biodiversidad... Es la exploración de la Biodiversidad biológica y del saber indígena, asociado a ella, para facilitar la selección y extracción de recursos genéticos y bioquímicos”. Definición obtenida de CENTRO DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN AMBIENTAL DE NORTE AMÉRICA, A. C., CICEANA, *Bioprospección*, disponible en: <http://www.ciceana.org.mx/contenido.php?cont=197>, consultado: 03 de abril de 2009.

<sup>478</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, *Informe del Seminario internacional sobre metodologías...*, op. cit., párrafo 33.

<sup>479</sup> *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, artículos 31 y 32.

adecuado a esos recursos<sup>480</sup>, y dentro de este contexto, el instrumento reconoce la estrecha relación y tradicional de dependencia que muchos pueblos indígenas tienen basados en los recursos biológicos<sup>481</sup>.

El derecho de CPLI está activamente estudiado en amplias discusiones de partes interesadas en la cuestión. Para la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (en adelante OMPI), el CPLI es una protección defensiva en la que pudiera impedirse cualquier utilización de conocimientos tradicionales, y en especial, la adquisición de derechos de propiedad intelectual respecto de esos conocimientos y sus derivados, o servir de apoyo a formas positivas de protección, mediante las cuales una comunidad tendría el derecho de autorizar cualquier utilización o comercialización de sus conocimientos; todos ellos, como la decisión de si documentar o revelar sus conocimientos sólo puede y debe ser adoptada por la Comunidad correspondiente<sup>482</sup>. Ya con el avance que ha logrado el CPLI en las discusiones, la OMPI afirma que el CPLI ya se aplica de diferentes formas a la protección de los conocimientos tradicionales, y uno de estos está contemplado de forma implícita en las disposiciones de instrumentos jurídicos internacionales como el artículo 8(j) del CDB y la Sección IV. C de los Directrices de Bonn (en adelante DB)<sup>483</sup>.

Además de lo anterior, el artículo 15.5 del CDB prevé que “[e]l acceso a los recursos genéticos<sup>484</sup> estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa”. La previsión hecha por el artículo 15.5 demuestra que es por medio del CPLI, que los solicitantes tienen acceso a los recursos genéticos siempre y cuando obtengan la autorización del Estado que tiene recursos solicitados. Sin embargo, el acceso a los

---

<sup>480</sup> Cfr. CDB, artículo 1.

<sup>481</sup> Cfr. ibídem, preámbulo.

<sup>482</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, *Informe del Seminario internacional sobre metodologías...*, op. cit., párrafo 30.

<sup>483</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI), *Taller internacional sobre metodologías referentes al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas (17 a 19 de enero de 2005)*, Nota de información preparada por la Secretaría de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 10 de enero de 2005, disponible en: [http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/workshop\\_FPIC\\_WIPO\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/workshop_FPIC_WIPO_es.pdf), consultado: 10 de enero de 2009.

<sup>484</sup> Según la definición de CDB, se entiende por recurso genético al material genético de valor real o potencial

recursos genéticos presenta discusión cuando estos están en propiedad de particulares y cuando los conocimientos tradicionales, prácticas e innovaciones están asociados a los recursos genéticos.

Al respecto, los pueblos indígenas consideran ser propietarios de los recursos genéticos existentes en sus territorios, y en consecuencia, el CPLI pregonado por el artículo 15.5 de CDB también debe ser un derecho de los pueblos indígenas<sup>485</sup>. Desde esta perspectiva, los países de la Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN) han manifestado cierto reconocimiento positivo de los recursos genéticos en cuanto propiedad de los pueblos indígenas, ya que han decidido que en los contratos principales sobre los recursos genéticos debía incluirse como anexo un contrato sobre recursos genéticos y conocimientos tradicionales concertado con los pueblos indígenas; de otro modo, podría declararse nulo el contrato principal<sup>486</sup>. Sin embargo de lo anterior, el CDB ha sido claro en señalar que el Estado tiene el derecho soberano sobre sus propios recursos biológicos. Pero como se observa, los mismos Estados han reconocido con propiedad este derecho a los pueblos indígenas como una expresión de sus derechos sobre su tierra, territorios y recursos, traducidas estas en el poder de decisión que tienen los pueblos indígenas, consecuentemente, al derecho de CPLI.

Por otro lado, el acceso a los recursos genéticos cuando se encuentra asociado con conocimientos tradicionales, prácticas e innovaciones no presenta dificultades para el tratamiento, ya que el CDB es expreso en reconocer el CPLI de los pueblos indígenas en este tema. En este sentido, el aludido instrumento reconoce y valora los derechos y la facultad para decidir de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos, innovaciones y

---

<sup>485</sup> Cfr. R. DE LA CRUZ, *Descripción de la comprensión corriente...*, op. cit., párrafo 26.

<sup>486</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, *Informe del Seminario internacional sobre metodologías...*, op. cit., párrafo 34.

<sup>486</sup> COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES, *Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos (Decisión 391)*, Comisión del Acuerdo de Cartagena, Caracas, Venezuela, 2 de julio de 1996, artículos 7, 16, 34, 35, 41 a), 45 c).

<sup>486</sup> Cfr. COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA (CAN), *Régimen Común sobre Propiedad Industrial (Decisión 486)*, Lima, Perú, 14 de septiembre de 2000, artículos 3, 25 i), 75 h).

prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados<sup>487</sup>. En este caso, el derecho soberano del Estado se ve restringido cuando la misma no puede ser propietario de los conocimientos tradicionales, práctica e innovaciones que tienen y han desarrollado los pueblos indígenas desde tiempos inmemoriales en contacto con su tierra, territorio y recursos en ámbitos de salud, conservación, y otros. En definitiva, la autorización de acceso a recursos genéticos no implica necesariamente la autorización para utilizar los conocimientos asociados. Vista desde este punto, el artículo 8, j) prevé obtener el CPLI a los pueblos indígenas cuando sus conocimientos tradicionales, práctica e innovaciones están conexos con las materias que trata el CDB, pues es un derecho vital en la medida en que este derecho está relacionado con derechos territoriales, sociales y culturales y es una expresión del derecho a la libre determinación<sup>488</sup>.

Las previsiones hechas por los artículos 8, j) y 15 de CDB han sido desarrolladas por las denominadas DB<sup>489</sup>, instrumento adoptado por la CPCDB. Las limitaciones que presenta este instrumento es que es solamente una guía y de carácter voluntario. Sin embargo, reflejan la interpretación y el alcance que se ha dado a los artículos 8. j) y 15 respecto de las obligaciones que han contraído las partes del CDB.

Las DB al respecto de CPLI son claras al expresar que

[r]espetando los derechos legítimos de las comunidades indígenas y locales asociados a los recursos genéticos a los que se gana el acceso, o cuando se tiene el acceso a los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos genéticos, debería obtenerse el consentimiento fundamentado previo de esas comunidades indígenas y locales y la aprobación e intervención de los que sustentan los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, todo ello de conformidad con sus prácticas tradicionales, con las políticas nacionales de acceso y a reserva de las leyes nacionales<sup>490</sup>.

---

<sup>487</sup> Cfr. COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN), *Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos...*, op. cit. artículo 7.

<sup>488</sup> Cfr. R. DE LA CRUZ, *Descripción de la comprensión corriente...*, op. cit., párrafo 27.

<sup>489</sup> CONFERENCIA DE LAS PARTES AL CONVENIO SOBRE DIVERSIDAD BIOLÓGICA, *Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de su utilización*, VI Conferencia (7-19 de abril de 2002), Decisión VI/24, La Haya – Holanda, 2000.

<sup>490</sup> *Ibidem*, parte IV, C. 31.

De esta disposición se observa que, si bien los Estados tienen el derecho soberano sobre los recursos biológicos, y como tal puede conceder el CPLI a la parte interesada sobre el acceso a los recursos genéticos, éste no la tiene sobre los derechos asociados a los recursos genéticos como conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas, como lo hemos sostenido anteriormente. En este sentido, el CPLI que provea el Estado sobre el acceso a los recursos genéticos está condicionado al CPLI de los pueblos indígenas cuando éste está asociado a sus derechos. A ello se debe sumar la propiedad sobre estos recursos que han reconocido los Estados, donde a los contratos principales sobre los recursos genéticos debe incluir como anexo un contrato sobre recursos genéticos y conocimientos tradicionales concertado con los pueblos indígenas, cuyo incumplimiento acarea la nulidad de la misma.

La DB establece por otra parte que, el CPLI será a reservas de las leyes nacionales. Al respecto, debemos precisar que este derecho es elevado a nivel constitucional en el Ecuador. La Constitución prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos, prácticas e innovaciones tradicionales de estos pueblos. A nivel regional ha sido adoptada en el Régimen Común sobre Acceso a Recursos Genético (en adelante Decisión 391) de la CAN dentro de su artículo 7<sup>491</sup>.

Finalmente, los Directrices Akwé: Kon<sup>492</sup> establecidas para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares, de conformidad con el artículo 8, j) de CDB, reconocen el CPLI de los pueblos indígenas. Este instrumento, como las DB, es también de carácter voluntario. Sin embargo, como el propio instrumento lo reconoce, su finalidad, a más de servir como orientación a las Partes y gobiernos en el desarrollo y aplicación de sus regímenes de

---

<sup>491</sup> “Artículo 7.- Los Países Miembros, de conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados”.

<sup>492</sup> CONFERENCIAS DE LAS PARTES DEL CONVENIO DE DIVERSIDAD BIOLÓGICA, *Directrices Akwé: Kon*, Decisión VII/16, Artículo 8(j) y disposiciones conexas, Kuala Lumpur, Malaysia 9 - 20 febrero 2004

evaluación de impactos, es un instrumento que debe ser tomado en cuenta siempre que se propongan proyectos de desarrollo que hayan de realizarse, o que probablemente repercutan en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas por las comunidades indígenas y locales.

Respecto del CPLI de los pueblos indígenas, manda que “[e]n el caso de divulgación de conocimientos [tradicionales] secretos o sagrados, deben asegurarse el consentimiento fundamentado previo y las medidas de protección adecuadas”<sup>493</sup>. Por otra parte, a pesar de que subordina el requerimiento de CPLI a la previsión del régimen legal nacional, reconoce que en el proceso de evaluación debe considerarse la obtención del consentimiento a los pueblos indígenas, las mismas que deberán comprender los derechos, conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales; el uso de los idiomas y procesos adecuados; la asignación de tiempo suficiente y el suministro de información precisa, factual, y legalmente correcta. Las modificaciones de la propuesta de desarrollo inicial requerirán un nuevo consentimiento fundamentado previo de las comunidades indígenas y locales afectadas<sup>494</sup>.

En último lugar, los Directrices, de manera explícita, requiere el respeto de las leyes consuetudinarias y los derechos de propiedad intelectual respecto a sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales en todas las circunstancias relacionadas con el desarrollo. Por lo tanto, tales conocimientos deberían solamente utilizarse con el CPLI de los propietarios de los conocimientos tradicionales<sup>495</sup>. De los textos de este instrumento, el CPLI de los pueblos indígenas es de requerimiento obligatorio por parte de quienes quieren acceder a los derechos colectivos de propiedad intelectual. Es un condicionamiento que cualquier otro derecho de propiedad intelectual exige.

Como podemos constatar, en el acceso y la participación en los beneficios en materia de recursos genéticos y conocimientos tradicionales conexos, ha sido reconocido el derecho de CPLI por la CDB a los pueblos indígenas. Así, el derecho de CPLI forma

---

<sup>493</sup> CONFERENCIAS DE LAS PARTES DEL CONVENIO DE DIVERSIDAD BIOLÓGICA, *Directrices Akwé: Kon...*, op. cit., párrafo 29.

<sup>494</sup> Cfr. ibídem, párrafo 53.

<sup>495</sup> Cfr. Ibídem, párrafo 63.

ya parte habitual de la normativa que regula el acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales conexos. Y partiendo de lo dispuesto por la CDB ha sido desarrollo en la Constitución ecuatoriana<sup>496</sup>, en la Decisión 391 de la CAN, el propio DB y Directrices de Akwé: Kon.

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

Los pueblos indígenas han sido sujeto de violaciones históricas a lo largo de los años, ya sean como individuos o como pueblos en aspectos sociales, culturales, económicos, políticos y jurídicos. Esta situación ha hecho que las reivindicaciones de reconocimientos, en todo el mundo, lleven al surgimiento de un conjunto de opiniones relativas a los derechos de estos pueblos basados en principios arraigadas de la normativa y la política internacional de derechos humanos promovidos por procesos internacionales y regionales de establecimiento de normas, por la práctica de los órganos, mecanismos y organismos especializados en derechos humanos, conferencias internacionales y reunión de expertos; además de prácticas estatales y reformas constitucionales, legislativa e institucionales en el plano nacional. Desde esta perspectiva, la reciente DNUDPI condensa el entendimiento ampliamente compartido respecto de los derechos de estos pueblos que ha ido acumulando sobre la base de las fuentes existentes de normas

---

<sup>496</sup> Es importante resaltar que en nuestro ordenamiento jurídico no hay un Ley que regule los derechos de conocimientos y saberes ancestrales de los pueblos indígenas, y menos aún del derecho de CPLI que tienen dichos pueblos. No obstante, no ha sido el mismo caso en la legislación comparada. Así, en la legislación peruana la Ley sobre la Conservación y el Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica, en su artículo 23 ha reconocido “la importancia y el valor de conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas, para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. Asimismo, se reconoce la necesidad de proteger estos conocimientos y establecer mecanismos para promover su utilización con el consentimiento informado de dichas comunidades, garantizando la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización”. Por su lado, el artículo 24 establece que “los conocimientos, innovaciones y práctica de las comunidades campesinas, nativas y locales asociados a la diversidad biológica, constituyen patrimonio cultural de las mimas, por ello, tienen el derecho sobre ellos y la facultad de decidir sobre su utilización”. Ley 26839, Promulgado el 8 de julio de 1997 y publicado el 16 de julio de 1997, Lima-Perú.

internacionales de derechos humanos<sup>497</sup>.

La DNUDPI es uno de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos indígenas más actuales adoptado por la AGNU que recoge las demandas de los pueblos indígenas y entendimiento respecto de los derechos de estos pueblos. Luego de más de veinte años de negociaciones y debates multilaterales con la participación de los Estados, pueblos indígenas y expertos independientes surgieron en el plano internacional un conjunto de opiniones comunes<sup>498</sup> sobre los derechos de los pueblos indígenas que desembocó en la adopción de la DNUDPI por parte de la AGNU en septiembre de 2007 por Resolución 61/295, con una votación de una mayoría abrumadora de 143 votos a favor, 4 en contra<sup>499</sup> y 11 abstenciones. Los países que votaron en contra de la aprobación de la DNUDPI, aunque no estuvieron conformes con artículos específicos y procesos de adopción de este instrumento, en sus explicaciones de emisión de votos expresaron una aceptación general de los principios y valores básicos establecidos en la Declaración<sup>500</sup>.

La DNUDPI tiene como propósito eliminar las desigualdades existentes y su objetivo final es que algún día este instrumento sea irrelevante<sup>501</sup>. Esta afirmación está recogida en su preámbulo al establecer que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y como tales tienen el derecho a ser diferentes, considerarse a sí mismo diferente y ser respetados como tales. Al tenor de esta afirmación, rechaza todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o

---

<sup>497</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos...*, op. cit. párrafo 18.

<sup>498</sup> Cfr. *ibídem*, párrafo 35.

<sup>499</sup> Estos países fueron Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda.

<sup>500</sup> El gobierno de Canadá expresó que apoyaba el espíritu de la Declaración, pero no estaba a favor de su aprobación porque dicho instrumento contenía disposiciones que son fundamentalmente incompatibles con el marco constitucional de Canadá. En particular manifestó que no reconoce la necesidad de Canadá de equilibrar los derechos indígenas a las tierras y los recursos con los derechos de los demás. Por su parte, el gobierno de Australia expresó que no puede haber prioridad del derecho consuetudinario de las tribus sobre la legislación nacional debido a que una ley es para todos los australianos, y no se debe consagrar en ley las prácticas que no son aceptables en el mundo. Cfr. BBC NEWS, *Indigenous rights outline by UN: The United Nations General Assembly has adopted a non-binding declaration on the rights of indigenous peoples after 22 years of debate*, Special Reports, Thursday, 13 September 2007, disponible en: [http://news.bbc.uk/2/hi/in\\_depth/6993776.stm](http://news.bbc.uk/2/hi/in_depth/6993776.stm), consultado: 20 de diciembre de 2009.

<sup>501</sup> Cfr. S. JAMES ANAYA, *Porqué no debería de existir una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Ponencia presentada en el 52º Congreso de Americanistas, Sevilla, junio de 2006, disponible en: <http://www.undg.org/docs/9511/01.-James-Anaya.doc>, consultado: 11 de marzo de 2009, p. 1.

individuos o por razones de origen nacional, diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales porque no tienen asidero científico, jurídico, moral y social. Además, el instrumento reconoce que los pueblos indígenas “han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses”. Esta declaratoria pone de relieve el objetivo fundamental reparador y una justificación básica<sup>502</sup> para la adopción de la Declaración.

La DNUDPI reconoce varios derechos a los pueblos indígenas que constituyen “las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo”<sup>503</sup>. La DNUDPI reconoce los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Así, dentro de los derechos individuales fundamentales reafirma el de la igualdad y la no discriminación, a la vida y la integridad personal, a la libertad, a la nacionalidad y el acceso a la justicia, y exhorta prestar una particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, mujeres, jóvenes, niños y los discapacitados. Dentro de los derechos colectivos, la DNUDPI reconoce el derecho de autogobierno y las instituciones políticas, jurídicas, sociales y culturales autónomas; la integridad cultural, incluido los objetos culturales y espirituales, idiomas y otras expresiones culturales; las tierras, territorios y recursos naturales; los servicios sociales y el desarrollo; los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos<sup>504</sup> de los pueblos indígenas. La DNUDPI, además garantiza a gozar como pueblos de los derechos individuales fundamentales básicos como el derecho de no discriminación, igualdad, libertad, y al disfrute pleno de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Este tratamiento extensivo revela que los pueblos indígenas gozan como individuos y como pueblos de los derechos reconocidos a los individuos y a los pueblos, y lo reconoce y

---

<sup>502</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos...*, op. cit. párrafo párrafo 36.

<sup>503</sup> DNUDPI, artículo 43.

<sup>504</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos...*, op. cit. párrafo 38

garantiza en ese sentido.

Como se observa, la DNUDPI establece varios derechos de carácter individual y colectivo a los pueblos indígenas. El derecho de la libre determinación<sup>505</sup> es reconocido como un derecho colectivo, en términos que reitera lo establecido por los PIDH en sus artículos 1. Desde la perspectiva de DI, el derecho de la libre determinación reconocido a los pueblos indígenas es considerado compatible con el principio de la integridad territorial y unidad política de los Estados. Así lo confirma el artículo 46.1. Además, este instrumento dentro del ejercicio del derecho a la libre determinación, reconoce el derecho a la autonomía o al autogobierno de los pueblos indígenas en cuestiones internas y locales. Junto a ello, establece también el reconocimiento de que la libre determinación entraña al mismo tiempo una participación y una interacción con las estructuras sociales más amplias en los países en que viven, y en esa medida, la DNUDPI pregona el derecho de los pueblos indígenas a “participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”<sup>506</sup> y a ser consultados en relación con las decisiones que los afecten, sean estos la aplicación y adopción de medidas legislativas o administrativas, a fin de obtener su CPLI<sup>507</sup>.

La DNUDPI también instituye el derecho a las tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido los pueblos indígenas; además a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las mismas. Reconoce la obligación de obtener el CPLI sobre planes y programas que puede afectar a sus tierras o territorios y recursos<sup>508</sup>. Desde este punto, prevé la obligación de los Estados de celebrar consultas y cooperación de buena fe con los pueblos indígenas a través de sus propias instituciones representativas antes de aprobar cualquier proyecto que afecten a sus tierras o territorios y otros recursos a fin de obtener el CPLI<sup>509</sup>.

La DNUDPI establece una disposición reparadora respecto de su derecho a la

---

<sup>505</sup> Cfr. *DNUDPI*, art. 3.

<sup>506</sup> *DNUDPI*, artículos 5 y 18.

<sup>507</sup> Cfr. *ibídem*, artículo 19.

<sup>508</sup> Cfr. *ibídem*, artículo 32.

<sup>509</sup> Cfr. *ibídem*, artículo 32.2.

tierra, territorio y recurso al instituir que los pueblos indígenas tienen el derecho a la restitución o una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído, ocupado o utilizado que fueron confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su CPLI<sup>510</sup>. En el mismo sentido dispone respecto de bienes culturales, intelectuales, religiosas y espirituales privados sin su CPLI o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres<sup>511</sup>. Además el derecho de los pueblos indígenas a no ser desplazados de sus tierras o territorios sin su CPLI, ni sin un acuerdo sobre una indemnización justa y equitativa, pero siempre que sea posible, la opción de regreso<sup>512</sup>.

Dentro de los artículos anotados, el CPLI está expresamente reconocido y garantizado en uno de los instrumentos internacionales específicos que tratan sobre los derechos de los pueblos indígenas, lo que revela que el CPLI cubre todos los ámbitos que pueden afectar la vida de estos pueblos, y por lo tanto, reconoce los derechos para proteger a los titulares de esos derechos. La DNUDPI, “lejos de establecer derechos especiales, apunta a reparar las consecuencias actuales de la denegación histórica del derecho a la libre determinación y de otros derechos humanos fundamentales consagrados en instrumentos internacionales de aplicación general”<sup>513</sup>. No establece un trato especial y favorable a los pueblos indígenas sino un trato diferente<sup>514</sup>. La DNUDPI no anuncia ni

---

<sup>510</sup> Cfr. *IDNUDP*, artículo 28.1.

<sup>511</sup> Cfr. *ibídem*, artículo 11.2.

<sup>512</sup> Cfr. *ibídem*, artículo 10.

<sup>513</sup> NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos...*, op. cit., párrafo 36.

<sup>514</sup> Al respecto, la COIDH ha dicho que “es un principio establecido en el derecho internacional que el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida”, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, 2007, op. cit., párrafo 103. Por su parte, la CIDH ha indicado que “en el derecho internacional general y en el derecho interamericano específicamente, protecciones especiales para los pueblos indígenas pueden ser necesarios para que estos ejerzan sus derechos plenamente y con igualdad ante el resto de la población. Adicionalmente, puede que se requieran protecciones especiales para los pueblos indígenas con el fin de garantizar su supervivencia física y cultural, lo cual es un derecho protegido en varios convenios e instrumentos internacionales”, *Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Ecuador*, 1997, op. cit.. En el mismo sentido, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, en su artículo 1.4 señala que “[l]as medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades

crea derechos especiales distintos a los derechos fundamentales que son de aplicación universal sino profundiza esos derechos desde las circunstancias culturales, históricas, sociales y económicas específicas de los pueblos indígenas, entre las que se incluyen los derechos humanos de aplicación general en ámbitos como la cultura, la salud o la propiedad, que se reconocen en otros instrumentos internacionales y son de aplicación universal<sup>515</sup>.

La DNUDPI refleja el entendimiento ampliamente compartido respecto de los derechos de estos pueblos que ha ido acumulando a lo largo de los años, en donde los órganos y mecanismos de derechos humanos de la ONU, “han desempeñado un papel crucial en la promoción y la protección de los derechos de los pueblos indígenas, al mismo tiempo que han contribuido al desarrollo de un entendimiento normativo común sobre el contenido mínimo de tales derechos”<sup>516</sup>. El papel llevado por la ONU ha hecho que los Estados se manifiesten según las reglas observadas, con el sentimiento de obligatoriedad, mediante una práctica seguida, que ha confluído en la positivización de estas en la DNUDPI. Así, la DNUDPI recoge obligaciones preexistentes de los Estados en relación con los derechos humanos, como lo demuestran los órganos de la ONU creados en virtud de los tratados y mecanismos de derechos humanos; y por lo tanto, se considera que la DNUDPI encarna los principios generales del DI, y en la medida en que tienen una conexión con una pauta de práctica internacional y estatal continuada, algunos aspectos de las disposiciones de la Declaración reflejan las normas del DI consuetudinario<sup>517</sup>, y el interés y la casi la unanimidad de los Estados frente a la adopción de este instrumento a favor de los pueblos indígenas, muestra la convicción de que estos deberán ceñirse a las disposiciones de la DUDPI, e implementar éstas en su política interna e internacional. Su

---

fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial”. Nuestra Constitución, recociendo las relaciones de desigualdad y siendo un Estado constitucional de derecho y justicia, social, democrático asume un papel protagónico para eliminar o equilibrar esta desigualdad. En este sentido, establece que el ejercicio de los derechos se regirán por los principios de igualdad, y para lo cual el “Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”. Artículo 11.2, inciso 3.

<sup>515</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos...*, op. cit., párrafo 40.

<sup>516</sup> *Ibidem*, párrafo 62.

<sup>517</sup> Cfr. *ibidem*, párrafo 41.

incumplimiento no solo sería contrario al artículo 42 del mismo instrumento sino disconforme con la votación realizada a favor de su adopción.

Muestras de prácticas consistentes por parte de los Estados con respecto a los derechos reconocidos en la DNUDPI, en sus políticas internas, son el derecho a la libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas, y los derechos de tratados. Así, los tratados de autogobierno celebrados por Canadá con diferentes pueblos indígenas; la valoración e importancia del Tratado de Waitangi de 1840 en las relaciones de Nueva Zelanda con los maoríes; el reconocimiento de autonomía indígena en caso de Nicaragua, entre otros.

También podemos mencionar la jurisprudencia de la COIDH y la de la CIDH en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En los casos sometidos a la jurisdicción interamericana sobre la violación de los derechos humanos de los pueblos indígenas, han considerado que al dar la interpretación a un tratado no sólo se debe tomar en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste, sino también el sistema dentro del cual se inscribe, pues, los Tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos, y no admite una interpretación restrictiva. En consecuencia, todos estos instrumentos forman el *corpus juris* del DI de derechos humanos. De esta forma, han dicho que los instrumentos que reconocen los derechos de los pueblos indígenas pueden ser considerados al analizar casos de violación de los derechos de estos pueblos. Por ello, la COIDH y la CIDH han valorado las disposiciones de la DNUDPI aun cuando el instrumento no estaba en vigencia; el mismo criterio han tenido respecto del Proyecto de Declaración Americana sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas (en adelante PDADPI); sumado a los anteriores, el Convenio 169 de la OIT también ha sido uno de los instrumentos que ha servido como base fundamental para proteger los derechos de los pueblos indígenas. Con estos razonamientos, estos Tribunales han garantizado el derecho de propiedad sobre sus tierras a los pueblos indígenas<sup>518</sup>.

---

<sup>518</sup> Entre los casos conocidos por la COIDH están de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni V.s. Nicaragua*, 2001; *Yakye Axa v. Paraguay*, 2005; *Samboyamaxa v. Paraguay*, 2006; *Moiwana v. Surinam*, 2005;

Así, la CIDH en su informe de fondo sobre el caso *Mary y Carrie Dann v. Estados Unidos*, consideró que las disposiciones de PDADPI y otras fuentes del derecho internacional reflejan “principios jurídicos generales internacionales que han evolucionado en el sistema interamericano y son aplicables dentro y fuera del mismo”<sup>519</sup>.

Por otra parte, los actos posteriores a la adopción de la DNUDPI, como el caso de Bolivia, en donde el Senado de este país Suramericana aprobó a este instrumento como ley, incorporando como parte integrante de su ordenamiento interno, reafirman la fuerza jurídica de este instrumento.

Por su parte, la Corte Suprema de Belice, frente a las demandas de las *Comunidades Maya* del Distrito de Toledo sobre los reclamos de derechos sobre sus tierras ancestrales y recursos, ha sido del criterio de que la DNUDPI contiene los principios generales del DI que obligan al Estado de Belice, para aceptar las peticiones de dichas comunidades. Entre sus argumentos sostuvo que el voto a favor de su adopción por parte de Belice y una abrumadora votación a la DNUDPI muestran el acuerdo general creciente de los principios generales de DI respecto de los pueblos indígenas y sus derechos sobre tierras y recursos. Además observó que el artículo 42 de dicho instrumento manda a la ONU, sus órganos y los Estados, promover el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la Declaración y velar por su eficacia. Concluyendo que las demandas están protegidos por la

---

*Yatama v. Nicaragua*, 2005; y el de la CIDH, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo, Belice*, 2004, párrafos 87 y 118.

<sup>519</sup> Para llegar a la conclusión anotada, la COIDH sostuvo que “al considerar las denuncias de violaciones de la Declaración Americana, es necesario que la Comisión considere dichas denuncias en el contexto de la evolución de las normas y principios del derecho en materia de derechos humanos en las Américas y en la comunidad internacional en el sentido más amplio, reflejada en los tratados, las costumbres y otras fuentes del derecho internacional. De acuerdo con este criterio, para determinar en torno a las reivindicaciones que tiene ante sí, la Comisión considera que este cuerpo más amplio del derecho internacional incluye la evolución de las normas y principios que rigen los derechos humanos de los pueblos indígenas..., estas normas y principios abarcan distintos aspectos de derechos humanos relacionados con la propiedad, el uso y la ocupación por comunidades indígenas de sus tierras tradicionales”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)”, Informe No. 75/02 (Fondo), 27 de diciembre de 2002, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de derechos Humanos 2002*, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 1 rev. 1, Capítulo III.5, 7 de marzo de 2003, disponible en: [http://www.Cidh.oas.org/annualrep/2002ap/EEUU.111\\_40.htm](http://www.Cidh.oas.org/annualrep/2002ap/EEUU.111_40.htm), consultado: 09 de noviembre de 2009, párrafo 124, 129 y 130.

Constitución y el DI que obliga a Belice por sus compromisos adquiridos a respetar los derechos e intereses de la comunidad indígena Maya a sus tierras y recursos<sup>520</sup>.

Finalmente, se puede mencionar el fallo de la COIDH en el caso del *Pueblo Saramaka v. Surinam* del año 2007. En este caso, el Tribunal ha aplicado la DNUDPI para reconocer el derecho de propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos, y como tal, el derecho del Pueblo Saramaka al CPLI<sup>521</sup>.

Los antecedentes descritos, no solo muestra que el DNUDPI recoge los principios generales del DI y forma parte del *corpus juris*; sino también que tiene una fuerza jurídica vinculante, mismas que han sido reafirmados por las jurisprudencias nacionales e internacionales, que demuestra la configuración de una nueva realidad para los derechos de los pueblos indígenas.

En este sentido, la DNUDPI es en la actualidad la expresión investida de mayor autoridad de este entendimiento común sobre los derechos de los pueblos indígenas, y constituye a la vez, una herramienta importante en las actividades de promoción y protección de los órganos de derechos humanos de la ONU, Tribunales Nacionales e Internacionales.

Además, la DNUDPI pone de relieve el consenso internacional que existe con relación a los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas en congruencia con las disposiciones del Convenio 169 de la OIT y otras disposiciones, en las que incluyen las interpretaciones realizadas a los IIDH por los organismos y mecanismos internacionales; y como expresión de este consenso, la DNUDPI prevé un marco de acción para la protección y aplicación de estos derechos<sup>522</sup>, con lo cual demuestra que la

---

<sup>520</sup> Cfr. CORTE SUPREMA DE BELICE, *Comunidad Indígena Maya de Distrito de Toledo v. el Procurador General de Belice y el Ministro de Recursos Naturales y Medio Ambiente*, Demanda No. 171 y 172 de 2007, Demanda consolidada, 17 de octubre de 2007, disponible en: [http://www.law.arizona.edu/depts/iplp/advocacy/maya\\_belize/documents/ClaimsNos171and172of2007.pdf](http://www.law.arizona.edu/depts/iplp/advocacy/maya_belize/documents/ClaimsNos171and172of2007.pdf), consultado: 10 de noviembre de 2009, párrafos 131 al 134.

<sup>521</sup> Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam...op. cit.*, párrafos 131 al 140.

<sup>522</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos...*, op. cit., párrafo 43.

situación de los pueblos indígenas es una cuestión de interés global y de alta prioridad, por lo mismo, los derechos consagrados en la DNUDPI deben ser aplicados.

La DNUDPI si bien no tiene un carácter vinculante, establece los derechos preexistentes en los IIDH, la obligación de los Estados con respecto a ellas, y los principios generales de derecho de las naciones civilizadas. En los Estados está el deber de cumplir los compromisos asumidos respecto de los derechos reconocidos, más aun cuando estos son los protagonistas en el establecimiento de disposiciones que velan los derechos y libertades fundamentales. La votación afirmativa hecha para la aprobación de la DNUDPI obliga a los Estados como el Ecuador, a cumplir y reconocer los deberes asumidos en dicho instrumento, como el derecho de la libre determinación y consecuentemente, el derecho de CPLI de los pueblos indígenas.

El artículo 57 de la Constitución ecuatoriana, garantiza a los pueblos indígenas, los derechos colectivos reconocidos entre otras en los convenios, pactos, declaraciones y demás IIDH. Por lo tanto, las declaraciones como la adoptada por la AGNU referentes a los derechos de los pueblos indígenas, constituyen no solo exigibles sino de ineludible cumplimiento. El incumplimiento será una violación directa de la misma Constitución. Asimismo, la DNUDPI es parte integrante del ordenamiento jurídico ecuatoriano de acuerdo al artículo 417 de la Constitución, y como tales, deben ser observados por el Estado ecuatoriano como una normativa constitucional más dentro de sus disposiciones. A esta observancia se debe sumar la previsión de las normas constitucionales que establecen que se aplicarán los principios *pro homine*, no restricción de derechos, aplicabilidad directa y cláusula abierta de las disposiciones establecidas en IIDH si las mismas son contrarios a la Constitución, lo que significa que aun en casos en que la normativa internacional de derechos humanos sean contrarios a la Carta Suprema, siempre se acogerá los principios que primen la plena vigencia de los derechos humanos; y con mayor fundamento, cuando estas establecen disposiciones más favorables. Y de la lectura del artículo 84 se desprende que las leyes y disposiciones normativas tienen que adecuarse a los tratados internacionales y otros, para garantizar la dignidad de los pueblos indígenas.

En este sentido, se puede afirmar que los derechos reconocidos en IIDH, como el

derecho de la libre determinación y el CPLI establecido en la DNUDPI “son plenamente justiciables”<sup>523</sup>, de aplicación directa y de oficio<sup>524</sup>, y de inmediato cumplimiento y aplicación<sup>525</sup>. Las comunidades y pueblos son titulares y gozan de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales<sup>526</sup>, y estos derechos y principios son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía<sup>527</sup>. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los IIDH, no excluye los derechos derivados de la dignidad de las comunidades, pueblos y nacionalidades para su pleno desenvolvimiento<sup>528</sup>. Por lo tanto, los derechos reconocidos en la DNUDPI deben ser cumplidos en su totalidad. Ecuador adquirió obligaciones respecto de estos pueblos en instrumentos internacionales al resaltar el alto compromiso del Gobierno con la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y expresó el compromiso de aplicar e implementar la Declaración en todas las políticas estatales<sup>529</sup>. De esta forma, Ecuador se sometió a las disposiciones de la DNUDPI al dar su voto favorable para su adopción, y por lo mismo, se obligó a cumplir a cabalidad. A lo anterior se debe agregar que, la Constitución como la norma suprema, una expresión de la voluntad del pueblo que quiere vivir en armonía y respeto de los derechos, y las obligaciones adquiridas a nivel internacional de velar por su pueblo, debe ser respetada y cumplida.

De lo anterior, las disposiciones de la DNUDPI contienen obligaciones ya contraídas por los Estados en virtud de otros instrumentos de derechos humanos<sup>530</sup>, y representa un compromiso asumido por la ONU y sus Estados miembros de conformidad

---

<sup>523</sup> *Constitución Política del Ecuador 2008*, artículo 11, inciso 2.

<sup>524</sup> Cfr. *ibídem*, artículo 11. 3 y 426, inciso 2.

<sup>525</sup> Cfr. *Constitución Política del Ecuador 2008*, artículo 426, inciso 3.

<sup>526</sup> Cfr. *ibídem*, artículo 10

<sup>527</sup> Cfr. *ibídem*, artículo 11.6

<sup>528</sup> Cfr. *ibídem*, artículo 11.7

<sup>529</sup> Cfr. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración del Sr. Riofrío (Ecuador)*, Sexagésimo primer periodo de sesiones, 108 sesión plenaria, A/61/PV.108, Nueva York, N.U., 2007, disponible en: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/504/68/PDF/N0750468.pdf?OpenElement>, consultado: 11 de marzo de 2009, p. 10.

<sup>530</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos...*, op. cit., párrafo 86.

con la CNU<sup>531</sup> para promover y proteger los derechos humanos de modo no discriminado, y constituye parte del *corpus iuris* que velan los derechos y libertades fundamentales. La DNUDPI no es más que el cumplimiento de esas obligaciones asumidas. Y el cumplimiento de dichas obligaciones debe ser conducido por los Estados mediante la reformas normativos, asuntos estos pregonado de alguna manera por la Constitución ecuatoriana en su artículo 57. La DNUDPI refleja más que una obligación, una voluntad del Estado de poner en práctica. Este compromiso se revela en su artículo 42 en donde se establece de forma expresa que tanto la ONU, sus órganos de tratado, los órganos especializados así como los Estados deben promover el respeto y plena aplicación de sus disposiciones.

Y por otro lado, por conducto de la jurisprudencia nacional e internacional, este instrumento ha cobrado fuerza vinculante que obliga a cumplir a los Estados respecto de los derechos de los pueblos indígenas; y los derechos allí dispuestos se encuentran vigentes, debido a que los órganos de tratados que aplican las convenciones de derechos humanos, interpretan a la DNUDPI como un instrumento que contiene principios generales del derecho vigente. Razones que a la vez proveen a los pueblos indígenas que, cuando ven que sus derechos no son respetados por el Estado y no son observados sus derechos reconocidos, acudir a los órganos del Sistema de Derechos Humanos de la ONU y OEA, como lo ha sido hasta ahora, para denunciar su violación y exigir su cumplimiento. La demanda no solo será el cumplimiento de sus derechos, sino también la reparación de los daños causados por su omisión, como responsabilidad internacional del Estado. Por su lado, la Constitución ecuatoriana prevé en su artículo 93 la acción por incumplimiento<sup>532</sup> para hacer efectivo los derechos conculcados.

---

<sup>531</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos...*, op. cit., párrafo 41.

<sup>532</sup> Al respecto, la CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR ha observado que el mecanismo previsto en el artículo 93 de la Constitución edifica una garantía constitucional en aras a garantizar la aplicabilidad de las normas que conforman el sistema jurídico, el cumplimiento de las sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión, cuyo cumplimiento se persigue, contenga una obligación expresa y exigible de hacer o no hacer. Su objetivo primordial es evitar que la inacción afecte los derechos constitucionales y como una garantía constitucional, prosiga la eficacia de las normas jurídicas y, a través de su aplicación, la vigencia de la normativa social y democrática en ellas

### 3.2.4. El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La propuesta de PDADPI de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) fue aprobada por la CIDH en el año de 1997<sup>533</sup>. Este esfuerzo es concordante con los fallos que han emitido la CIDH y la COIDH, en donde se han observado las constantes violaciones a los derechos de los pueblos indígenas. La CIDH y la COIDH han cumplido un rol destacado en la protección de los derechos humanos.

A través de Grupo de Trabajo de elaborar el PDADPI está siendo discutido, tomando como base la propuesta original de la CIDH, comentarios y propuestas de los Estados, pueblos indígenas y grupos interesados.

---

inmersa. La Corte ha establecido que su control se enmarca para poner límites a los poderes fácticos locales o externos, como fórmula primigenia para garantizar los derechos constitucionales de las personas, los colectivos y del entorno ambiental, como un órgano especializado que coadyuva a que nazca, crezca y se consolide el Estado Constitucional de Derechos, donde se reconoce la unicidad, universalidad e interdependencia de todos los derechos: individuales, económicos, sociales, culturales, colectivos y ambientales, para que todos los derechos sean para todas las personas. En esta medida, por medio de este mecanismo se empodera a los ciudadanos, del derecho de acudir ante la justicia constitucional para demandar al juez que ordene a la autoridad, órgano o funcionario renuente o remiso, que dé efectivo cumplimiento a lo que imperativamente dispone una ley, norma o acto administrativo de carácter general. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, *Sentencia N.º 0005-09-SAN-CC*, Caso N.º 0026-09-AN, Acción por incumplimiento planteado por Miguel Eduardo Bernaza en contra de Consejo de la Judicatura, Jueza Constitucional Sustanciadora: Dra. Nina Pacari Vega, D. M. Quito, 08 de octubre del 2009, disponible en: [http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/c\\_resol\\_nuevas.asp?ss=22&id\\_notas\\_flash=59](http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/c_resol_nuevas.asp?ss=22&id_notas_flash=59), consultado: 26 de noviembre de 2009, pp. 6 al 8. Para ANDRADE UBIDIA, un Estado constitucional de derecho y justicia que establece la Constitución implica entre otras, que el Estado tiene el deber de garantizar en todo momento la vigencia de derechos humanos, lo que no es solamente uno de los deberes primordiales del Estado, sino más aun, constituye el más alto deber del Estado el de respetar y hacer respetar los derechos garantizado en la constitución. En esta medida, el juez tiene un nuevo papel asignado por la constitución. Cfr. S. ANDRADE UBIDIA, “La función judicial en la vigente constitución de la república”, en S. ANDRADE, A. GRIJALVA Y C. STORINI (Editores), *La nueva constitución...*, op. cit., p. 240.

<sup>533</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), “Proyecto de Declaración Americana sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Proceso de preparación, consulta regional y propuestas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996*, OEA/Ser.L/V/II.95, Doc.7 rev., , 14 de marzo de 1997, disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/96span/IA1996CapIV.htm>, consultado: 08 de octubre de 2008, Capítulo IV

En Mayo 30 de 2003<sup>534</sup>, el Presidente de Grupo de Trabajo presentó el texto consolidado del PDADPI con el fin de que los Estados Miembros realicen consultas nacionales con los pueblos indígenas respectivos. Y en abril 25 de 2008<sup>535</sup>, presentó el resultado de la undécima reunión de negociaciones, con las últimas modificaciones realizadas y los aspectos por resolver.

Del texto consolidado de PDADPI se puede observar en su preámbulo el reconocimiento de los pueblos indígenas como sociedades originarias. Reafirma el derecho de los pueblos indígenas a desarrollarse de acuerdo a propias tradiciones, necesidades e intereses; reconoce la relación especial con la tierra territorios y recursos que mantienen estos pueblos, siendo estos a la vez condiciones necesarias para su supervivencia organización social, desarrollo, espiritualidad, bienestar individual y colectivo, y proclama la voluntad política de los Estados de seguir avanzando en el reconocimiento de los derechos de estos pueblos. Los antecedentes expuestos por el PDADPI adoptan el reconocimiento establecido en los IIDH con respecto a los pueblos indígenas que son básicos.

En sus artículos, el PDADPI reconoce ampliamente el derecho de CPLI de los pueblos indígenas, entre ellas establece lo relacionado con el ambiente, territorio, salud, desarrollo, patrimonio cultural, y conocimientos ancestrales. Así, el derecho de los pueblos indígenas al CPLI sobre medidas y acciones que puedan afectar el ambiente en sus tierras y territorios; así como también de áreas protegidas o de conservación de cualquier tipo, prohibiendo para la misma el traslado y reubicación forzado y restricción<sup>536</sup>. Dispone por otra parte, el derecho de CPLI en los asuntos que puedan afectar directamente sus

---

<sup>534</sup> GRUPO DE TRABAJO DE ELABORAR EL PROYECTO DE DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, *Texto consolidado presentado por el Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, disponible en: <http://www.choike.org/documentos/DeclAmerDerIndigenas.doc>, consultado: 08 de octubre de 2008.

<sup>535</sup> CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS, *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 11ª reunión de negociaciones para la búsqueda de consensos, 14 al 18 de abril de 2008, OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc. 334/08 rev. 1, Estados Unidos, Washington D.C., 2008, disponible en: <http://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/Indigenas%20sesion%20especial.asp#undecima>, consultado: 10 de enero de 2009.

<sup>536</sup> Cfr. *PDADI*, artículos XVIII: 3, 6 y 7; y XXV: 1.

derechos, como en el diseño de las instituciones que les sirvan, elaboración y ejecución de planes de las políticas públicas, programas y acciones, incluida los acuerdos que el Estado celebre con instituciones multilaterales, así como también en la adopción de medidas legislativas, administrativas y judiciales<sup>537</sup>. Respecto de conocimientos y propiedad intelectual estable la restitución o indemnización del patrimonio cultural de los que han sido privados sin su CPLI y establecimiento de medidas para garantizar que los acuerdos y regímenes nacionales e internacionales provean reconocimientos y protección a estos derechos siempre con el CPLI de los pueblos indígenas<sup>538</sup>. En cuestión de desarrollo, dispone tomar medidas necesarias respecto de decisiones referidos a planes, programas o proyectos que afecten los derechos o condiciones de vida acerca de las medidas propuestas, éstas bajo el CPLI<sup>539</sup> de los pueblos indígenas. En materia de conflicto armado prevé tomar a los Estados medidas adecuadas con acuerdo de los pueblos indígenas para proteger tierras, territorios y recursos de estos pueblos y reparación integral con el CPLI de los pueblos indígenas por los perjuicios ocasionados<sup>540</sup>.

De los artículos del PDADPI anotados se observa que el CPLI, si bien no ha alcanzado el consenso de los Estados y los pueblos indígenas, está presente a lo largo del Proyecto, lo que demuestra que este derecho está reconocido en este instrumento internacional y hay una voluntad de hacerlo, aunque puede sufrir modificaciones posteriores. Por lo tanto, este es una reafirmación de los derechos existentes que se encuentran en el instrumento interamericano e internacional sobre los derechos humanos. El desarrollo que ha dado el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en los diferentes IIDH, influenciará y finalizará adoptando los derechos demandados por los pueblos indígenas en este instrumento. A ello se debe sumar el criterio de la CIDH en considerar como un *Corpus Iuris* para la protección de los derechos humanos a pesar de ser todavía un proyecto, para decidir los casos llevados a su conocimiento.

---

<sup>537</sup> Cfr. PDADPI, artículo XXII: 3.

<sup>538</sup> Cfr. ibídem, artículo XXVIII: 3.

<sup>539</sup> Cfr. ibídem, artículo XXIX: 5.

<sup>540</sup> Cfr. ibídem, artículo XXX: 4. f).

### 3.3. Organismos Bilaterales de Desarrollo

#### 3.3.1. Las Políticas Operacionales del Banco Mundial

El BM es uno de los organismos multilaterales de desarrollo que financia proyectos que comprometen el ambiente y los derechos de los pueblos asentadas en lugares donde se llevan a cabo la explotación de recursos naturales y construcción de represas. Los tipos de proyectos que financia, exigió que el BM establezca políticas operacionales con miras a garantizar los derechos de los pueblos afectados. Así, las recomendaciones provenientes de la Comisión Mundial de Represas (en adelante CMR) y de la Revisión de las Industrias Extractivas del BM pusieron en evidencia la necesidad de que el BM adopte en sus políticas, la aplicación del CPLI respecto de los pueblos indígenas como fundamento para garantizar el disfrute de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Estas políticas establecen requisitos, procedimientos técnicos, evaluaciones sociales, culturales, ambientales, investigaciones y otros que ameritan los proyectos que deben observar sus prestatarios, clientes y el mismo BM.

Luego de recibir la información sobre las actividades que el BM lleva implementando o planificando, con el fin de que contribuya al desarrollo sostenible con identidad y a la salvaguarda de los derechos de los pueblos indígenas del mundo, el FPNUCI recomendó la revisión de su Política Operacional (en adelante OP) 4.20, con respecto a los pueblos indígenas, que a esa fecha estaba vigente. En respuesta a ello, el BM, junto con diversos actores y expertos de diversas regiones del mundo, propició un proceso de revisión y consulta de su política. Finalmente, el 10 de mayo de 2005, los directores ejecutivos aprobaron una política revisada para los pueblos indígenas, a través del instrumento de Política Operativa para Pueblos Indígenas 4.10<sup>541</sup>. Este instrumento contiene elementos obligatorios y elementos consultivos o de buena práctica, procedimientos de evaluación del impacto ambiental y social acerca de cualquier proyecto que el BM financia.

---

<sup>541</sup> BANCO MUNDIAL, *Manual de Operaciones del Banco Mundial. Políticas Operacionales: Pueblos Indígenas (OP 4.10)*, julio de 2005, disponible en: [http://lnweb90.worldbank.org/html/eswwwebsite.nsf/BillboardPictures/OP410\\_Spanish/\\$FILE/OP410Spanish.pdf](http://lnweb90.worldbank.org/html/eswwwebsite.nsf/BillboardPictures/OP410_Spanish/$FILE/OP410Spanish.pdf), consultado: 10 de marzo de 2009.

La PO 4.10 tiene como propósito contribuir a la misión de la reducción de la pobreza y el desarrollo sostenible del BM, asegurando que el desarrollo se lleve a cabo con absoluto respeto de la dignidad, derechos humanos, economías y culturas de los pueblos indígenas, pues reconoce el vínculo intrínseco que las identidades y culturas indígenas tienen con los territorios en los que habitan y los recursos naturales que de ellos dependen. Para ello, la PO 4.10 exige que en todos los proyectos se lleve un proceso de consulta previa, libre e informada.

La PO 4.10 establece que sólo otorgará financiamiento para un determinado proyecto cuando las consultas llevadas tienen un amplio apoyo por parte de la comunidad indígena afectada<sup>542</sup>. En este sentido establece que uno de los requisitos para realizar la consulta de un proyecto que afecta a los pueblos indígenas para ser financiado por el BM requiere la realización de un proceso de consulta previa, libre e informada con las comunidades indígenas afectadas en cada etapa del proyecto y en particular, durante la preparación de proyecto, para identificar las opiniones y sustentar el apoyo que recibe el proyecto por parte de la comunidad<sup>543</sup>. En esta medida instituye que sobre la base de una evaluación social para determinar los efectos negativos o positivos, las mismas que tienen que ser proporcionales a la naturaleza y dimensión de los posibles efectos del proyecto sobre los pueblos indígenas<sup>544</sup>; y sobre la consulta libre, previa e informada que debe ser incluyente, oportuno, con métodos adecuados a los valores sociales y culturales, con información pertinente y apropiado<sup>545</sup>, y si las comunidades indígenas afectadas prestan amplio apoyo<sup>546</sup>, el BM una vez constatado el proceso y resultado de la consulta<sup>547</sup>, financiará y seguirá con la tramitación del proyecto.

---

<sup>542</sup> Cfr. BANCO MUNDIAL, *Manual de Operaciones del Banco Mundial. Políticas Operacionales: Pueblos Indígenas...*, op. cit., párrafo 1.

<sup>543</sup> Cfr. ibídem, párrafos 10 y 11.

<sup>544</sup> Cfr. ibídem, párrafo 9.

<sup>545</sup> Cfr. ibídem, párrafo 10.

<sup>546</sup> Cfr. ibídem, párrafo 11.

<sup>547</sup> Cfr. ibídem.

En el mismo sentido pregona sobre el desplazamiento de los pueblos indígenas de sus territorios<sup>548</sup>, frente a los proyectos propuestos.

Dentro de la PO 4.10 adoptada por el BM sobre los pueblos indígenas, no hay una disposición expresa que prevea el derecho de CPLI de estos pueblos. No obstante, adopta un procedimiento de consulta libre, previa e informada. En este contexto, el proyecto debe ser objeto de observaciones de ciertos requerimientos establecidos por la PO 4.10 como el de contar con un amplio apoyo de la comunidad indígena sobre un proyecto sometido a consideración. Este demuestra que la consulta tiene, con todo sus procedimientos, como objetivo lograr un amplio apoyo al proyecto por las comunidades consultadas, lo que en últimas es obtener el CPLI para llevar adelante el proyecto financiado por el BM, ya que el amplio apoyo de la comunidad se demuestra o se concreta en la aprobación de la comunidad a un determinado proyecto puesto a su consideración en la consulta. Aunque el BM no ha querido reconocer<sup>549</sup>, el poder de decisión de los pueblos indígenas en los asuntos que los afecta, concuerda con los criterios ya establecidos por los IIDH y la jurisprudencia que hemos hecho alusión en capítulo anterior. No obstante, la decisión de los pueblos indígenas afectados por el proyecto, será una condición insoslayable para la presentación y aprobación de los proyectos por parte del BM. Si bien el BM no acoge el CPLI, también no define de lo que se puede entender por el término “amplio apoyo”, seguramente por las implicaciones que dicho término conlleva y la contrariedad que se puede dar con respecto a la consulta previa, libre e informada que la PO 4.10 establece.

---

<sup>548</sup> Cfr. BANCO MUNDIAL, *Manual de Operaciones del Banco Mundial. Políticas Operacionales: Pueblos Indígenas...*, op. cit., párrafo 20.

<sup>549</sup> Hay que recordar que para la negación del reconocimiento al derecho de los pueblos indígenas al CLPI, ha fundamentado que el reconocimiento obstaculiza el desarrollo de un Estado, la rápida toma de decisiones y lo que es usual, la afirmación de que no existe ningún consenso común internacional respecto a la aplicación del CLPI. A esto se debe recordar que la CIDH ha sostenido que siempre se requiere el CLPI de los pueblos indígenas para cualquier proyecto que involucre la explotación de Recursos (Caso Doce Clanes de Saramaka, párrafo 214.), más aun cuando existe normas expresas al respecto de CPLI en IIDH, como la DNUDPI. Cfr. BANCO MUNDIAL, *Draft Management Response*, OED/OEG/OEU, CAO Review, EIR Report, 26 de enero 2004, disponible en: [http://www.bankwatch.org/issues/wb-imf/eir/downloads/response\\_wbg\\_eir\\_draft\\_01-04.pdf](http://www.bankwatch.org/issues/wb-imf/eir/downloads/response_wbg_eir_draft_01-04.pdf), consultado: 9 de marzo de 2009, párrafo 41.

Por otra parte, en su PO de Evaluación Ambiental<sup>550</sup>, el BM exige que todos los proyectos propuestos para obtener financiamiento se sometan a una EIA con la finalidad de garantizar su solidez y sostenibilidad ambiental y para mejorar el proceso de toma de decisiones<sup>551</sup>. Para el BM es importante considerar el ambiente natural, salud y seguridad humana, los aspectos sociales, siendo estos el reasentamiento involuntario, poblaciones indígenas y bienes culturales dentro del proyecto a llevar. El BM no financia actividades de proyectos que contravengan las obligaciones del país que se identifiquen durante la EIA<sup>552</sup>. Sobre la base de las conclusiones y recomendaciones de la EIA depende la tramitación del proyecto requerido<sup>553</sup>. Además, la PO de Evaluación Ambiental impone realizar consultas a los grupos afectados por el proyecto y a las Organizaciones No Gubernamentales (en adelante ONGs) sobre los aspectos ambientales del proyecto y tener en cuenta sus puntos de vista, para lo cual se suministra oportunamente material pertinente antes de la consulta y en una forma y lenguaje comprensible, así como accesible a los grupos que se están consultando<sup>554</sup>.

De las políticas de EIA de BM se observa que el estricto cumplimiento de los aspectos naturales, sociales, obligaciones de los Estados, legislaciones ambientales nacionales e internacionales, la consulta pertinente y la oportuna información a los afectados del proyecto depende la tramitación y aprobación de los proyectos financiados por el BM, lo que demuestra el compromiso de esta institución de garantizar los derechos reconocidos y la toma de decisiones en los asuntos que los afecte. El establecimiento de que el BM no financiará proyectos que contravengan las obligaciones del país, demuestra que la violación del derecho garantizado en el artículo 398<sup>555</sup> y 57.7<sup>556</sup> de la Constitución

---

<sup>550</sup> BANCO MUNDIAL, *Manual de Operaciones del Banco Mundial. Políticas Operacionales: Evaluación Ambiental (OP 4.01)*, enero de 1999, disponible en: [http://lnweb90.worldbank.org/html/eswwwebsite.nsf/BillboardPictures/OP401Spanish/\\$FILE/OP401Spanish.pdf](http://lnweb90.worldbank.org/html/eswwwebsite.nsf/BillboardPictures/OP401Spanish/$FILE/OP401Spanish.pdf) consultado: 10 de marzo de 2009.

<sup>551</sup> Cfr. *ibídem*, párrafo 1.

<sup>552</sup> Cfr. *ibídem*, párrafo 3.

<sup>553</sup> Cfr. *ibídem*, párrafo 5.

<sup>554</sup> Cfr. *ibídem*, párrafo 15 y 16.

<sup>555</sup> “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.

son limitantes establecidas por el BM para su financiamiento de proyectos, lo que en definitiva demuestra que el CPLI es reconocido por el GBM a través de las legislaciones de los Estados.

En el mismo sentido, el BM<sup>557</sup> no presta apoyo a proyectos que, en su opinión, implican un grado importante de conversión o degradación de hábitats naturales. No obstante, si bien puede apoyar a proyectos con posibles repercusiones adversas a los hábitats naturales, el prestatario tiene que demostrar la capacidad para llevar adelante las medidas de conservación y mitigación apropiadas<sup>558</sup>. Además, el prestatario debe tener en cuenta los puntos de vista, las funciones y los derechos de los grupos involucrados, incluidas las ONGs y las comunidades locales<sup>559</sup>. Esta PO sobre los Hábitats Naturales reconoce la relación especial que tienen los pueblos indígenas con sus hábitats y territorio, lo que indica una vez más que la ausencia de estas garantías también es una limitante para el financiamiento de los proyectos requeridos.

### 3.3.2. Las Políticas Operacionales del Banco Interamericano de Desarrollo

El BID al igual que el BM, financia grandes proyectos, que en muchas de las veces,

---

El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley”.

<sup>556</sup> Artículo 57.- Se reconoce y garantizará 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.

<sup>557</sup> Cfr. BANCO MUNDIAL, *Manual de Operaciones del Banco Mundial. Políticas Operacionales: Hábitats Naturales (OP 4.04)*, junio de 2001, disponible en: [http://lnweb90.worldbank.org/htm1/eswwebsite.nsf/BillboardPictures/op404Spanish/\\$FILE/op404Spanish.pdf](http://lnweb90.worldbank.org/htm1/eswwebsite.nsf/BillboardPictures/op404Spanish/$FILE/op404Spanish.pdf), consultado: 10 de marzo de 2009, párrafo 4.

<sup>558</sup> Cfr. ibídem, párrafo 6.

<sup>559</sup> Cfr. ibídem, párrafo 10.

tiene graves impactos sobre los pueblos indígenas. La actitud pasiva frente a ello, ha recibido varias críticas provenientes de estos pueblos en defensa de sus derechos. Por su parte, el FPNUCI hizo suyo los planteamientos realizados por los pueblos indígenas al demandar de BID que contribuya al desarrollo sostenible con identidad y a la salvaguarda de los derechos de los pueblos indígenas de Latinoamérica y el Caribe. Frente a estas observaciones realizadas, el BID desarrolló su PO sobre los Pueblos Indígenas.

El BID, dentro de su PO<sup>560</sup> sobre los Pueblos Indígenas tiene como objetivo apoyar el desarrollo con identidad de los pueblos indígenas y salvaguardar a los pueblos indígenas y sus derechos de impactos adversos y de la exclusión financiados por el BID<sup>561</sup>. Por ello reconoce la prohibición del reasentamiento forzado y la prohibición de financiar proyectos que excluyan a las comunidades por motivos étnicos o que no respeten el derecho de los pueblos indígenas no contactados a vivir como les parezca<sup>562</sup>, y reconoce también que la jurisprudencia correspondiente del Sistema Interamericano es aplicable a todas las operaciones y actividades apoyadas por el BID<sup>563</sup>. Circunscrito dentro del primer objetivo de su PO prevé que el BID buscará apoyar las iniciativas diseñadas para promover el desarrollo social, económico, político y organizacional de dichos pueblos mediante actividades y operaciones socioculturalmente apropiadas y mecanismos innovadores, y para ser consideradas por el BID deberán contar con los procesos socioculturalmente apropiados de consulta con los pueblos indígenas involucrados, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento<sup>564</sup>.

El BID además, dentro de sus ejes estratégicos y prioridades de acción, prevé la institucionalización de mecanismos y procesos de consulta, buena fe y participación,

---

<sup>560</sup> BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *Política operativa sobre pueblos indígenas (OP-765)*, Departamento de Desarrollo Sostenible, Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario, 22 de febrero de 2006, disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=691246>, consultado: 13 de marzo de 2009.

<sup>561</sup> Cfr. *ibídem*, pte. II, 2.1.

<sup>562</sup> Cfr. *ibídem*, pte. IV, B, 4.4. f) y g).

<sup>563</sup> Cfr. *ibídem*, pte. I, 1.2, nota 4.

<sup>564</sup> Cfr. *ibídem*, pte. IV, A, 1.2, a).

concordes con el derecho de CPLI<sup>565</sup>. En los proyectos no dirigidos a los pueblos que pueden afectar negativamente, propone que antes de aprobar operaciones con impactos adversos significativos, el BID requiera los acuerdos satisfactorios o la obtención del consentimiento<sup>566</sup>. Además establece la implementación de mecanismos de consulta, negociación de buena fe y acuerdo o consentimiento<sup>567</sup>, y prevé que las operaciones dirigidas específicamente a beneficiarios indígenas requerirán la obtención de CPLI<sup>568</sup>, así como también en las etapas subsecuentes, de acuerdo a la naturaleza e intensidad de los impactos.

La PO del BID sobre los Pueblos Indígenas incorpora el concepto de desarrollo con identidad, entendido como un proceso que comprende el fortalecimiento de los pueblos indígenas, la armonía con el medio ambiente, la buena administración de los territorios y recursos naturales, la generación y el ejercicio de autoridad, y el respeto a los valores y derechos indígenas de acuerdo a su propia cosmovisión y gobernabilidad. Por lo tanto, estos condicionan el financiamiento del BID únicamente a aquellos proyectos social, ambiental y culturalmente sostenibles. El BID reconoce que es necesario identificar con antelación los impactos y afectados potenciales, por lo mismo, adoptar medidas culturalmente apropiadas y un proceso de consulta informada con las propias comunidades afectadas para buscar el CPLI.

Como se puede observar, dentro de su PO sobre Pueblos Indígenas y la Estrategia para el Desarrollo Indígena, el BID admite la inclusión del derecho de CPLI de los pueblos indígenas para garantizar la participación efectiva y poder de decisión sobre los aspectos que les afecte, y como un principio de desarrollo con identidad, circunscribe el respeto de los DESC y colectivos; además asume varias estrategias con el fin de hacer efectivo las políticas trazadas en beneficio de los pueblos indígenas, en donde una vez

---

<sup>565</sup> Cfr. BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *Política operativa sobre pueblos indígenas y Estrategia para el desarrollo indígena (GN-2387-5)*, Serie de estrategias y políticas sectoriales del Departamento de Desarrollo Sostenible, Washington, D.C., julio de 2006, disponible en: <http://www.iadb.org/sds/doc/ind-111EstrategiaS.pdf> consultado: 13 de marzo de 2009, p. 38.

<sup>566</sup> Cfr. *ibídem*, p. 43.

<sup>567</sup> Cfr. *ibídem*, p. 47.

<sup>568</sup> Cfr. *ibídem*, p. 48

más establece los criterios de consulta, participación, negociación de buena fe, para llegar al CPLI con los pueblos indígenas, expandiendo así el sentido restrictivo de la su PO respecto de CPLI.

### **3.3.3. Comisión Mundial de Represas**

En el mes de abril de 1997, auspiciado por el BM y la Unión Mundial para la Naturaleza, se reunieron en Gland, Suiza, para discutir cuestiones relacionadas con las grandes represas, en cuanto a los impactos ambientales y sociales que esto trae. El taller de trabajo reunió a 39 participantes procedentes de distintos gobiernos, sector privado, instituciones financieras internacionales, organizaciones de la sociedad civil y personas afectadas. En esta reunión se constituyó la CMR que comenzó su labor en mayo de 1998. La CMR tenía entre sus mandatos el de revisar la eficacia de las grandes represas para promover el desarrollo y formular criterios aceptables internacionalmente, para la planificación, diseño, evaluación, construcción, funcionamiento, inspección y desmantelamiento de represas.

La CMR, luego de más de dos años de preparación y con amplio proceso participativo, emitió su informe final titulado “Represas y Desarrollo: Un nuevo marco para la toma de decisiones”<sup>569</sup>. Dentro de su informe observa que si bien las represas del mundo pueden jugar un papel importante en la satisfacción de necesidades humanas, también ha traído problemas de impactos sociales y ambientales. Siendo la fragmentación y transformación de los ríos del mundo y una estimación de entre 40 y 80 millones de personas desplazadas por su construcción, como las principales consecuencias. En esta medida, el informe conforme al mandato establecido y sobre la base del estudio realizado, reconoce y recomienda la necesidad de aplicar el CPLI en las medidas y políticas en materia de desarrollo y medio ambiente, y la necesidad de reconocer y garantizar los

---

<sup>569</sup> COMISIÓN MUNDIAL DE REPRESAS, *Represas y desarrollo: Un nuevo marco para la toma de decisiones*, Reporte Final de la Comisión Mundial de Represas, noviembre 2000, disponible en: [http://www.dams.org/docs/report/other/wcd\\_sp.pdf](http://www.dams.org/docs/report/other/wcd_sp.pdf), consultado: 26 de noviembre de 2009.

derechos de los pueblos indígenas, como el derecho de participación y consulta sobre aspectos que involucren sus tierras y territorios.

Así, la CMR propone establecer al CPLI como criterio de trabajo con las comunidades indígenas<sup>570</sup>. En este sentido expresa que

[l]a aceptación pública de decisiones claves es fundamental para el desarrollo equitativo y sustentable de recursos hídricos y energéticos. La aceptación surge del reconocimiento de los derechos, de tomar en cuenta los riesgos y de proteger los derechos de todos los grupos de personas afectadas, en particular de los grupos indígenas y tribales, de las mujeres y de otros grupos vulnerables. Se utilizan procesos y mecanismos de toma de decisiones que faciliten la participación informada de todos los grupos, y conducen a la aceptación demostrable de las decisiones principales. En el caso de proyectos que afectan a grupos indígenas y tribales, esos procesos se guían por su consentimiento libre, previo y basado en información adecuada<sup>571</sup>.

Por otra parte, la CMR reconoce que los pueblos indígenas tienen varios instrumentos legales para hacer efectivo su derecho al CPLI. Entre ellos menciona el Convenio 169 de la OIT y la DNUDPI. A pesar de ello, observa que no en todos los países se cuentan con mecanismos legales. No obstante, afirma que hay otras bases legítimas para el CPLI. De esta forma, la CMR cree que la ausencia de mecanismos legales para el CPLI, no debe ser un obstáculo para que todos los países deban guiar por el concepto de CPLI, sin importar si ya ha sido decretado en una ley. Para la CMR se fundamenta en la necesidad de parte de los gobiernos de actuar de una manera justa, equitativa, y socialmente legítima y de reconocer los derechos de todos los grupos interesados y afectados, siendo suficientes las costumbres de los pueblos indígenas las que deban servir como una guía para el proceso de CPLI<sup>572</sup>. Los lineamientos establecidos por la CMR revelan que aun frente a la falta de mecanismos legales, los países deben guiarse por mecanismos extralegales para la obtención de CPLI frente a los pueblos indígenas.

---

<sup>570</sup> El consentimiento informado previo se menciona en el contexto de una prioridad estratégica (Prioridad estratégica 1: ganar la aceptación pública) y se enumera como una de las 26 pautas necesarias para la eficaz implementación de las prioridades estratégicas (Pauta 3).

<sup>571</sup> COMISIÓN MUNDIAL DE REPRESAS, *Represas y desarrollo...*, op. cit. p. 265.

<sup>572</sup> Cfr. *ibídem*, pp. 215 al 220

El informe reconoce además la necesidad de participar activamente en “todos los acuerdos negociados a lo largo del proceso, desde la evaluación de opciones hasta la implementación, operación y supervisión final”<sup>573</sup>. En este sentido afirma que los pueblos indígenas tienen “el poder de consentir a los proyectos y de negociar las condiciones bajo las cuales proceden”<sup>574</sup>. Su participación en el proceso de evaluación de opciones antes de que se tome la decisión de proceder con el proyecto<sup>575</sup>, garantiza el éxito del proyecto. Por ello, el informe establece al CPLI como un proceso continuo de búsqueda de acuerdo con las comunidades indígenas, diseñado acorde con las circunstancias particulares, las prácticas de las propias comunidades y buscando propiciar acuerdos; criterios que son conformes con lo prevenido por el Convenio 169 de la OIT.

El papel preponderante que se da al derecho de participación y el CPLI de los pueblos indígenas en el informe, se circunscribe en la noción de riesgo, la misma que tiene una importante dimensión en la comprensión de la forma y la medida en que un proyecto puede tener un impacto sobre los pueblos indígenas, ya que la práctica tradicional se limita al riesgo que los promotores o proponentes del proyecto pueden tener. El riesgo que corren los promotores o proponentes del proyecto, para CMR es voluntario pues tienen la capacidad de definir el grado y el tipo de riesgo que desean correr, y de establecer explícitamente sus límites y aceptabilidad. Pero no así los pueblos indígenas, ya que a menudo enfrenta riesgos impuestos sin su consentimiento y manejados por otros. A más de correr un riesgo involuntario, participan poco o nada en las políticas globales relativas al agua y la energía, en la elección de proyectos específicos o en el diseño y ejecución de dichos proyectos, a pesar de enfrentar a los riesgos que afectan directamente su bienestar individual y colectivo, sus medios de subsistencia, su calidad de vida, su mundo espiritual y su propia supervivencia<sup>576</sup>.

---

<sup>573</sup> COMISIÓN MUNDIAL DE REPRESAS, *Represas y desarrollo...*, op. cit., p. 216.

<sup>574</sup> *Ibidem*, p. 219.

<sup>575</sup> Cfr. *ibidem*, 221 y 222

<sup>576</sup> Cfr. COMISIÓN MUNDIAL DE REPRESAS, *Represas y desarrollo: Un nuevo marco para la toma de decisiones-Una Síntesis*, Informe de la Comisión Mundial de Represas, noviembre del 2000, disponible en: [http://www.ecosistemas.cl/1776/articles-73173\\_recurso\\_1.pdf](http://www.ecosistemas.cl/1776/articles-73173_recurso_1.pdf), consultado: 26 de noviembre de 2009, p. 26.

En consideración con lo anterior, la CMR dispone que cuando los proyectos afectan a grupos indígenas y tribales, los procesos deben ser guiados por su CPLI. Por ello, el reconocimiento de los derechos y la evaluación de los riesgos constituyen la base para la identificación y la inclusión de los implicados en la toma de decisiones relacionadas con el desarrollo de los recursos de agua y energía<sup>577</sup>.

De todo lo anotado, la CMR en su informe reconoce la importancia de obtener el CPLI de los pueblos indígenas y tribales para desarrollos que pueden afectar. Las prioridades estratégicas y las pautas dispuestas en el informe proporcionan un marco de política que deben guiar en todo proyecto a desarrollarse.

### **3.3.4. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo**

El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (en adelante PNUD) con presencia en 166, ayuda a Sistema de Naciones Unidas y a sus asociados a despertar una conciencia mayor para el logro de un desarrollo sostenible y el respeto de derechos humanos. Para ello conecta a los países con conocimientos y recursos necesarios para lograr este objetivo. Su labor se centra en ayudar a los países a elaborar y compartir soluciones en los temas de gobernabilidad y democracia, reducción de la pobreza, energía y medio ambiente y otros. El PNUD, atribuye un papel importante al desarrollo dentro del programa mundial para reducir la pobreza, enfermedad y la degradación del medio ambiente. En esta medida, dos son los objetivos generales del compromiso del PNUD con los pueblos indígenas y sus organizaciones: “a) fomentar la participación de los pueblos indígenas en todos los niveles de toma de decisiones, asegurar la coexistencia de sus sistemas económicos, culturales y sociopolíticos con otros y desarrollar la capacidad del gobierno para establecer políticas y programas de mayor inclusión; y b) integrar las

---

<sup>577</sup> Cfr. COMISIÓN MUNDIAL DE REPRESAS, *Represas y desarrollo: Un nuevo marco para la toma de decisiones-Una Síntesis...*, op. cit., p. 28.

perspectivas y conceptos de desarrollo sostenible en la labor de PNUD<sup>578</sup>.

La PNUD, al incorporar el derecho al desarrollo en su labor, fomenta la participación efectiva de los pueblos indígenas en su proceso de desarrollo e incorpora sus puntos de vista en la planificación del desarrollo y en la toma de decisiones, frente al desarrollo impuesto desde el exterior en perjuicio de su derecho al desarrollo al dañar tierras, agua y recursos naturales<sup>579</sup>.

En su política, el PNUD establece su compromiso sobre CPLI al disponer que:

Consecuente con las convenciones de las Naciones Unidas, como el Convenio 169 de la OIT, el PNUD promueve y apoya el derecho de los pueblos indígenas a dar libremente su consentimiento previo e informado respecto de los planes y programas de desarrollo que puedan afectarlos<sup>580</sup>.

Por otra parte, la PNUD, con un enfoque de desarrollo y gobernabilidad basado en los derechos humanos, fomenta el reconocimiento de los pueblos indígenas a la tierra, territorio y recursos, y a contar con leyes que protejan sus tierras<sup>581</sup>. Su política de derechos humanos reconoce el derecho de los pueblos indígenas que viven en regiones diferenciadas al desarrollo y al control de sus tierras ancestrales a la libre determinación<sup>582</sup>.

Con respecto a los conocimientos ancestrales de los pueblos indígenas, que han sido apropiados indebidamente, la PNUD promueva un debate entre países en apoyo a los intereses de los pueblos indígenas, para reconocer los derechos colectivos a los conocimientos y los recursos y la necesidad de obtener un CPLI para poder utilizarlos<sup>583</sup>.

Asimismo, respecto de los casos de reasentamientos de los pueblos indígenas, pregona la necesidad de aplicar el CPLI, en concordancia con el Convenio 169 de la

---

<sup>578</sup> PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *El PNUD y los pueblos indígenas: una política de compromiso*, 2001, disponible en: <http://www.undp.org/policy/docs/policynotes/IP%20Policy%20Spanish.pdf>, consultado: 25 de noviembre de 2009.

<sup>579</sup> Cfr. *ibídem*, párrafo 27.

<sup>580</sup> *Ibídem*, párrafo 28.

<sup>581</sup> Cfr. *ibídem*, párrafo 29.

<sup>582</sup> Cfr. *ibídem*, párrafo 30.

<sup>583</sup> Cfr. *ibídem*, párrafo 36.

OIT<sup>584</sup> para evitar que menoscaben los derechos de los pueblos indígenas o que involucren cualquier forma de asimilación o integración sin contar con el CPLI.

De esta forma, la PNDU, promueve el desarrollo basado en el principio de sustentabilidad y en el pleno respeto de derechos humanos de los pueblos indígenas frente a los proyectos que puede afectar. Dentro de su Política de Compromiso con los Pueblos Indígenas, el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas toma un lugar importante, y sobre la base de este derecho, fomenta la participación plena y la inclusión de sus criterios y decisiones en el plan de proyectos de desarrollo, entre los cuales reconoce el CPLI de estos pueblos. Los pueblos indígenas constituyen sus principales hallados hacia la búsqueda de un desarrollo con un enfoque en el respeto de los derechos humanos.

De acuerdo al análisis realizado en este capítulo, la Constitución ecuatoriana, los instrumentos convencionales, los organismos multilaterales de desarrollo han reconocido el derecho de CPLI de los pueblos indígenas en los asuntos que los afecta. Y algunos proyectos de acuerdos convencionales en materia de derechos humanos han comenzado a incorporar progresivamente el CPLI en su cuerpo normativo. Sumado a ello, la jurisprudencia de la CIDH y la COIDH han mostrado la necesidad de aplicar el derecho del CPLI en los casos que involucra los pueblos indígenas con respecto a la tierra, territorio y recursos, como lo hemos explicado anteriormente. Por su lado, los comités creados en virtud de las convenciones adoptadas por los Estados, han hecho suyos en recomendar y aplicar el CPLI frente a los derechos de los pueblos indígenas que se ven afectados por proyectos propuestos.

Si bien no existe un consenso acerca de CPLI de los pueblos indígenas, y consecuentemente la construcción de mecanismos para implementar el CPLI, la tendencia al reconocimiento y a la garantía de este derecho es cada vez mayor. Pero el proceso de CPLI debe ser diseñado de acuerdo a nuestras características para garantizar los derechos

---

<sup>584</sup> Cfr. PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *El PNUD y los pueblos indígenas: una política de compromiso...*, *op. cit.*, párrafo 41.

de los pueblos indígenas y su relación especial con la tierra, territorio y recurso, que es base de su propia existencia.