

CAPITULO II

EL DERECHO DE CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO

“Muchos Pueblos Indígenas, de acuerdo con nuestras instrucciones originales, aprenden asimismo a poner en práctica lo que pudiera llamarse un principio del Consentimiento Libre, Previo e Informado. Pedimos permiso a los animales, plantas, minerales, rocas, aguas y espíritus antes de usar un lugar, cosechar los alimentos o medicinas, cavar la tierra, cazar o pescar con fines alimentarios o ceremoniales. Asimismo, se puede entender el principio de CLPI, como la obligación de pedir permiso antes de iniciar una acción que pudiera afectar las vidas o el bienestar de los demás”⁹⁴.

2.1. Nociones Generales

2.1.1 Naturaleza

El CPLI es un derecho general para hacer efectivo otros derechos de los pueblos indígenas; abarca todas las cuestiones relacionadas con la vida de estos pueblos. Constituye el ejercicio del derecho fundamental de la libre determinación de los pueblos, y “con tratados y derechos de los pueblos indígenas respecto de tierras, territorios y recursos

⁹⁴ INTERNATIONAL INDIAN TREATY COUNCIL, *Los Pueblos Indígenas y el Derecho al Consentimiento Libre, Previo e Informado*, julio de 2008, disponible en: www.treatycouncil.org/PDFs/FPIC_ES_110908WEB.pdf, consultado: 20 de octubre de 2008, p. 2.

naturales”⁹⁵. Instituye la configuración de los derechos de los pueblos indígenas a establecer y decidir sus propias prioridades de desarrollo a nivel económico, social y cultural en asuntos que les afecte, lo que es traducido como el “derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos”⁹⁶. En este sentido, debe ser utilizado para crear una cultura de respeto y comprensión recíproca en las relaciones entre pueblos indígenas, Estados y el sector privado en proyectos de desarrollo que afecten a las tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas y a su modo de vida⁹⁷.

Como se encuentra estipulado en los PIDH y la DNUDPI, en virtud del derecho de la libre determinación, los pueblos indígenas “determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”⁹⁸. De este modo, el derecho de CPLI es una expresión del derecho de autodeterminación que estos pueblos poseen. El CPLI reconoce las formas tradicionales de organización de los pueblos indígenas, entre los que se establece los procesos y formas autónomas de tomar las decisiones en los asuntos de su propio desarrollo en bienestar de todos sus miembros, lo que permite vivir en condiciones diferentes pero con identidad propia, que son características particulares que mantienen desde sus orígenes.

Estas características peculiares y la situación particular de los pueblos sometidos a dominación colonial u otras formas de dominación u ocupación extranjeras, dan derecho a los mismos a adoptar cualquier medida legítima, encaminada a realizar su derecho inalienable a la libre determinación. Pues, la denegación del derecho a la libre determinación constituye una violación de los derechos humanos, por lo que la realización

⁹⁵ NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, *Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas* (Nueva York, 17 a 19 de enero de 2005), Cuarto período de sesiones, 16-27 de mayo de 2005, E/C.19/2005/3, Nueva York, N.U., 2005, disponible en: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/243/29/PDF/N0524329.pdf?OpenElement>, consultado: 25 de septiembre de 2008, párrafo 15.

⁹⁶ DNUDPI, artículo 3.1.

⁹⁷ Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, *Informe del Seminario internacional sobre metodologías...op. cit.*, párrafo 43.

⁹⁸ Cfr. *DPAV*, parte I. 2.

efectiva de este derecho⁹⁹ es imprescindible para garantizar los mismos.

El CPLI por ello significa, el consenso-aprobación de los pueblos indígenas determinado en conformidad con los regímenes de derecho y prácticas consuetudinarias en ejercicio de su derecho a la autodeterminación. En ciertos casos, los pueblos indígenas pueden expresar su consentimiento a través de otros procedimientos e instituciones adoptadas por ellas, pero que sin importar la naturaleza del proceso, tienen el derecho de negar o retener su consentimiento hasta que cumplan ciertas condiciones. El consentimiento debe ser obtenido sin coacción, antes de iniciar las actividades, y a través de un proceso que sea entendible para los pueblos indígenas y las comunidades afectadas¹⁰⁰.

El CPLI permite por otra parte que los pueblos indígenas y los proponentes del proyecto expongan sus preocupaciones al conocimiento, para identificar soluciones a los problemas antes de que los pueblos indígenas afectados decidan si otorgar o no su consentimiento¹⁰¹.

El CPLI como expresión del derecho a la autodeterminación de los pueblos no encierra en sí mismo el cumplimiento de las demandas exigidas por dichos pueblos sino que ello constituye un elemento previo para gozar de otros derechos fundamentales que tienen los pueblos indígenas¹⁰². De este forma, el CPLI no deber ser “solamente como un voto sí o no, o como un poder de veto para una sola persona o grupo”, sino más bien un “proceso mediante el cual los pueblos indígenas, comunidades locales, gobiernos y

⁹⁹ Cfr. *ibídem*.

¹⁰⁰ Cfr. F. MACKAY, *El Derecho de los Pueblos Indígenas al Consentimiento Libre, Previo e Informado y la Revisión de las Industrias Extractivas del Banco Mundial*, Forest Peoples Programme, 28 de junio de 2004, disponible en: http://www.forestpeoples.org/documents/prv_sector/eir/eir_ips_fpic_jun04_sp.pdf, consultado: 11 de abril de 2008, p. 17.

¹⁰¹ Cfr. *Ibídem*.

¹⁰² Para WESSENDORF, las políticas de desarrollo tienen un impacto limitado sobre los pueblos indígenas debido a que dichas políticas no toman en cuenta las causas estructurales de marginación que están directamente relacionados a la falta de reconocimiento, protección, garantías de cumplimiento de sus derechos humanos, individuales y colectivos. Por ello, el CPLI es una condición básica para el respeto al derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación. Cfr. K. WESSENDORF, *Mundo Indígena 2008*, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA), Tarea Asociación Gráfica Educativa, Copenhague, abril de 2008, pp. 579 y 580.

compañías llegan a acuerdos mutuos en un foro que ofrezca suficiente influencia para negociar las condiciones bajo las cuales se pueda avanzar y un resultado que deje a la comunidad en mejores circunstancias”. Y ello lleva a que los proponentes del proyecto en los procesos de consentimiento “deben tomar distintas formas en diferentes ámbitos culturales”, pero, “siempre deben ser emprendidos de una manera que incorpore y requiera el CPLI de los pueblos indígenas y comunidades locales”¹⁰³.

En cuestión de acceso a los recursos genéticos, a más de que el CPLI no debe ser considerado como un mero formalismo para proteger los recursos genéticos o prevenir impactos socio-ambientales, sino como un mecanismo para garantizar el derecho a tomar decisiones informadas. Desde el punto de vista de los derechos humanos, como los DESC, implica que las comunidades que poseen este derecho deben estar informadas acerca de los posibles impactos de una decisión, e implica que aquellas pueden decidir si aceptan o no la utilización del recurso genético o del conocimiento o práctica conexas. Además involucra establecer acuerdos sobre la distribución de los beneficios resultantes de los contratos¹⁰⁴ que rigen los recursos genéticos.

Por estas consideraciones, los pueblos indígenas tienen el derecho a ser consultados y participar en la toma de decisiones y dar su CPLI, pues el consentimiento es el principal determinante de la existencia de “una licencia social” y demostración de aceptación pública para el proyecto en el caso de comunidades locales para operar, y una herramienta importante para decidir si se debe apoyar una operación¹⁰⁵.

¹⁰³ E. SALIM, *Hacia un Mejor Equilibrio: El Grupo del Banco Mundial y las Industrias Extractivas*, Informe Final de la Reseña de las Industrias Extractivas, CEE, Bankwatch Network, Vol. I, Yakarta, 12 de enero de 2004, disponible en: http://bankwatch.ecn.cz/eir/reports/vol1_sp.pdf, consultado: 20 de noviembre de 2008, p. 54

¹⁰⁴ Cfr. UNIÓN MUNDIAL PARA LA NATURALEZA (UICN) *Consentimiento Informado Previo (CIP): Un Derecho de las Mujeres*, Conferencia de las Partes del Convenio de Diversidad Biológica, Octava sesión, Curitiba, Brasil, disponible en: http://www.generoyambiente.org/admin/admin_biblioteca/documentos/CIP%20un%20derecho%20de%20las%20mujeres.pdf, consultado: 07 de abril de 2008, pp.1 y 2.

¹⁰⁵ Cfr. E. SALIM, *Hacia un Mejor Equilibrio...*, op. cit., pp. 23 y 54.

2.2. Componentes

El CPLI compone de cuatro elementos, las mismas que tienen un gran alcance en los procesos encaminadas hacia la obtención del consentimiento y su puesta en práctica. Estos elementos son: el Consentimiento, Previo, Libre e Informado¹⁰⁶.

2.2.1. Consentimiento

El Consentimiento es el primer elemento de este derecho. Se entiende por aquella como la manifestación de un acuerdo claro y convincente, con arreglo a las estructuras para la toma de decisiones de los pueblos indígenas en cuestión, lo que incluye los procesos tradicionales de deliberación¹⁰⁷, esto implica que los pueblos indígenas tienen el pleno conocimiento de causa y consecuentemente, las implicaciones que acarrea dar su consentimiento¹⁰⁸. Por ello, habrá consentimiento a cualquier acuerdo cuando los pueblos indígenas han entendido suficientemente sobre las actividades y proyectos propuestos.

Se reconoce que el proceso para llegar a una decisión de consentimiento comprende el proceso de consulta y participación efectiva de los pueblos indígenas en todos los aspectos de la evaluación, planeamiento, implementación, monitoreo y cierre del

¹⁰⁶ Para el desarrollo de las políticas de CPLI y operativizar la misma, sugiere identificar tres subprocesos: “1. El fortalecimiento de la participación del Estado (leyes, instituciones, políticas y acciones); 2. El fortalecimiento de la participación de las comunidades (derechos, organización y capacidades); y 3. La negociación e implementación de los intereses locales y nacionales a lo largo del ciclo del proyecto. Generalmente el ciclo del proyecto incluye los siguientes elementos: identificación del proyecto, preparación y evaluación, implementación y monitoreo. Los dos primeros subprocesos no dependen del proyecto; más bien desarrollan las condiciones necesarias para permitir que el proyecto se lleve a cabo exitosamente, lo cual está directamente relacionado con la existencia de la propuesta de un proyecto (el tercer subproceso)”. S. METZ, *Consentimiento previo e informado y áreas protegidas. Estudio de caso: Cordillera del Cóndor Ecuador*, Center for International Environmental Law (CIEL), Washington, DC, marzo de 2006, disponible en: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/default/files/consentimiento_areas_protegidas_caso_cordillera_el_condor.pdf, consultado: 02 de octubre de 2009, pp. 21 y 22.

¹⁰⁷ Cfr. INTERNATIONAL INDIAN TREATY COUNCIL, *Los Pueblos Indígenas...*, op.cit., p. 1.

¹⁰⁸ Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO (OIT), *Turismo sostenible con comunidades indígenas, mercado y sostenibilidad*, Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos, Documento de Trabajo No. 138, La Paz, 23 y 24 de julio de 2001, Lima, Oficina Internacional del Trabajo, 2001, disponible en: http://www.oitandina.org.pe/documentos/ecuador_dt140_turismo_sostenible_estado_comunidad_y_empresa_frente_al_mercado_el_caso_de_ecuador.pdf, consultado: 13 de marzo de 2008, p. 27

proyecto, y como tales son componentes fundamentales. En definitiva, la observancia de este elemento implica que todo el proceso de CPLI deberá contemplar “la consulta y participación de los pueblos indígenas afectados, incluyendo la divulgación, plena y legalmente correcta, de toda la información relativa a los desarrollos propuestos, de manera accesible y comprensible para los mismos”¹⁰⁹, su inobservancia será la negación o revocación del consentimiento de la ejecución de un proyecto; pues, la consulta y participación constituyen elementos centrales de toda la labor del proyecto hacia la obtención del CPLI¹¹⁰. El cumplimiento de dichos requerimientos garantizará los derechos de los pueblos indígenas.

Si bien los elementos previo, libre e informado son componentes de este derecho, vienen al mismo tiempo a constituir como condicionantes para la obtención del consentimiento a los pueblos indígenas. Por ello, habrá consentimiento siempre y cuando cumpla estos tres elementos, es decir, el consentimiento debe ser previo, libre e informado.

2.2.2. Previo

El elemento previo envuelve el de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y proyectos y que se hayan respetado las exigencias cronológicas de los procesos de consulta con los pueblos indígenas¹¹¹, a ello se debe entender que se permita el tiempo suficiente para la recopilación de la información necesaria para el proceso de pleno debate antes de que inicie un proyecto, y para que esa decisión no sea tomada sin ninguna prisa. Por lo tanto,

¹⁰⁹ F. MACKAY, *El Derecho de los Pueblos Indígenas...*, op. cit. pp. 40 y 41

¹¹⁰ Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, *Informe recibida del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales: Organización Internacional de Trabajo*, Séptimo periodo de sesiones, 21 de abril a 2 de mayo de 2008, E/C.19/2008/4/Add.5, Nueva York, N.U., 2008, disponible en: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/225/50/PDF/N0822550.pdf?OpenElement>, consultado: 25 de septiembre de 2008, párrafo 56.

¹¹¹ Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, *Informe del Seminario internacional sobre metodologías...*, op. cit., párrafo 43.

no comenzará un proyecto sin que haya concluido dicho proceso por completo y que el acuerdo haya perfeccionado. El establecimiento de tiempo suficiente, garantiza que los pueblos indígenas y comunidades entiendan la información recibida, solicitar mayor información o explicación, buscar consejo y para determinar o negociar las condiciones. Sin embargo, los tiempos establecidos pueden variar dependiendo de los factores¹¹² que se presente en el proceso de la obtención del CPLI.

2.2.3. Libre

Se ha entendido que el consentimiento libre “implica que no hay coerción, intimidación ni manipulación”¹¹³, lo que en últimas significa la ausencia de cualquier tipo de amenaza o represalias implícitas frente a la decisión final de un no, e incentivos monetarios, a menos que sea parte de un acuerdo final mutuo, como táctica para dividir a la comunidad¹¹⁴. Constituye así, en un principio general de derecho que dispone que, la obtención del consentimiento a través de estos procedimientos sea inválida.

Sin embargo, las disposiciones legislativas y administrativas no son cumplidas a cabalidad y en estricto ajuste a derecho. Por ello, para garantizar la obtención del consentimiento libre, es necesario prever mecanismos con funciones verificadoras que observen que la misma sea obtenida en cumplimiento a los requerimientos establecidos. De esta manera, se prevé que una de las maneras de garantizar la obtención del consentimiento libre es establecer que el proponente del proyecto no sea a la vez la entidad responsable encargada de obtener el consentimiento. Se debe encargar esta función a los organismos que son reconocidos constitucionalmente, independientes y elegidos directamente por los pueblos indígenas, sin perjuicio de que los mismos puedan ejercer los mecanismos judiciales para la reparación frente a los malos manejos en el proceso de CPLI¹¹⁵. Agregado a ello, al momento de poner en práctica estos mecanismos,

¹¹² Cfr. F. MACKAY, *El Derecho de los Pueblos Indígenas...*, op. cit., p. 39

¹¹³ *Ibidem*, párrafo 46, letra i).

¹¹⁴ Cfr. INTERNATIONAL INDIAN TREATY COUNCIL, *Los Pueblos Indígenas...*, op. cit., p. 1.

¹¹⁵ Cfr. F. MACKAY, *El Derecho de los Pueblos Indígenas...*, op. cit. p. 38.

deberán observar a los diferentes pueblos y comunidades existentes en el país, las instituciones tradicionales y consuetudinarias, pues dependiendo de ello, se logrará garantizar los derechos reconocidos¹¹⁶.

2.2.4. Informado

Todo proceso de CPLI requiere la consulta y participación¹¹⁷ de los pueblos indígenas, en las que se incluye la divulgación plena y legalmente correcta de toda la información referente al proyecto o actividad propuesta de forma accesible y comprensible para dichos pueblos. De esta forma, el consentimiento informado comprende la proporción de información que abarque, al menos, los aspectos siguientes:

- a. La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto;
- b. Las razones u objetos del proyecto o actividad;
- c. La duración del proyecto o actividad;
- d. Los lugares y las zonas que se verán afectados;
- e. Evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluyendo los **posibles** riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que

¹¹⁶ Para garantizar los derechos de los pueblos indígenas en el proceso de CPLI, se ha establecido los estándares mínimos que deben observar, entre las que se ha establecido: reconocimiento claro del derecho a la propiedad y otros derechos a la tierras, territorios y los recursos de los pueblos indígenas; mecanismos claros y aceptables para la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones; acuerdos que no exijan la renuncia a los derechos, y que brinden contratos vinculantes y aplicables, con mecanismos para arbitrar disputas y facilitar la ejecución conjunta al igual que la implementación conjunta de medidas correccionales; monitoreo y evaluación conjuntos que hagan uso completo del conocimiento indígena; opciones para la distribución de los beneficios; mecanismos que garanticen la administración transparente y equitativa de fondos para el beneficio de la comunidad; establecimiento de mecanismos independientes de seguimiento para asegurar el cumplimiento; contratos mutuamente acordados, formales y aplicables legalmente, que sean vinculantes para todas las partes y que se puedan hacer cumplir a través de las cortes nacionales. Cfr. M. COLCHESTER Y F. MACKAY, *Forjando un espacio de negociación. Pueblos indígenas, representación colectiva y derecho al consentimiento previo, libre e informado*, Forest Peoples, Oaxaca, agosto de 2004, disponible en: http://www.forestpeople.org/documents/law_hr/fpic_ips_feb06_sp.pdf, consultado: 02 de octubre de 2009, pp. 29 y 30.

¹¹⁷ La CIDH ha sostenido que los derechos de consulta, participación y acceso a la información están claramente establecidos en derecho internacional de derechos humanos. Entre ellos los artículos 13, 23 y 25, en conjunto con el artículo 8.1 y 8.2. Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, OEA/Ser.I/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997, disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Ecuador-sp/Indice.htm>, consultado: 14 de enero de 2009, capítulo IX

respete el principio de precaución. f. El personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto, incluidos los pueblos indígenas, el personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas; g. Procedimientos que puede entrañar el proyecto¹¹⁸. La disponibilidad de toda la información relevante deberá reflejar todas las opiniones y puntos de vista de los pueblos indígenas para que este sea una información imparcial y equilibrada que revele los riesgos y beneficios potenciales de un proyecto¹¹⁹. Además, aparte de la información que debe ser precisa, clara, accesible y comprensible, debe ser realizado en el idioma propio de la comunidad.

Todo proceso de CPLI estará fundamentado en las actividades específicas para las cuales se haya concedido toda la información y consecuentemente el consentimiento por parte de los pueblos indígenas. Si bien los pueblos indígenas pueden conceder el consentimiento a un conjunto de actividades a las que ellos hayan sido informados, cualquier cambio a la misma requerirá el CPLI de los pueblos indígenas, ya que éste envuelve una nueva actividad a la que ellos no han tenido información, participación y consulta de forma previa y libre¹²⁰. Por lo tanto, este elemento cubre la concesión de la información y registros relacionados a la política, programa, proyecto o actividad y estudios de los impactos relacionado con los pueblos indígenas. Si el consentimiento que debe ser informado no es observado por parte de los entes consultantes, o si lo hay, es una información equivocada o falsa, será causal de denegación o revocación del consentimiento para que un determinado proyecto o actividad propuesta¹²¹ se desarrolle o continúe; sin perjuicio de que dichos pueblos pueden entablar las acciones correspondientes al respecto.

En el campo de acceso a los recursos genéticos, la información juega un papel protagónico, pues es uno de los aspectos claves de participación en el proceso de

¹¹⁸ Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, *Informe del Seminario internacional sobre metodologías...* op. cit., párrafo 46.

¹¹⁹ Cfr. INTERNATIONAL INDIAN TREATY COUNCIL, *Los Pueblos Indígenas...*, op. cit., p.1.

¹²⁰ Cfr. F. MACKAY. *El Derecho de los Pueblos Indígenas...*, op. cit. p. 37

¹²¹ Cfr. *ibídem*, p. 40

consentimiento informado porque este no solo implica información relacionada con un convenio o contrato específico, sino un proceso más integrado y sostenido que involucra desarrollo de capacidades y acceso a documentación relacionada con convenios, derechos, instrumentos y marcos jurídicos relevantes; mismos que deben ser oportunas, transparentes y comprensibles y debe ir incluido en todos los procesos de participación¹²². En este campo, se ha establecido diferencias entre la “información de fondo y la información para efectos de tomar decisiones; entre informar para concertar e informar para consultar; entre consultar para legitimar una decisión tomada de antemano y consultar e informar para promover la toma de decisión autónoma”¹²³ en los procesos de CPLI, debiendo ser aquellos transparentes, imparciales y legítimos.

El CPLI involucra entonces que debe ser efectuado con suficiente antelación al comienzo o autorización de todas las actividades que los afectan o que se desarrolle dentro de sus territorios de los pueblos indígenas, siendo estos en las fases de evaluación, planificación, aplicación, vigilancia, evaluación y clausura de un proyecto¹²⁴ o actividad. Para ello, la información debe ser precisa, clara, accesible y comprensible, lo que significa que sea realizado en el idioma propio de la comunidad. Además, debe ser obtenido de la institución o persona a las que los pueblos indígenas han indicado y autorizado para que lo haga en nombre del pueblo o la comunidad afectada, y siempre respetando los procesos de adopción de decisiones de aquellos. El fortalecimiento de este derecho depende de la adopción de procesos de impugnación y revisión del proceso, y la determinación de la omisión de los elementos de este derecho podría conducir a la negación o revocación del consentimiento prestado.

¹²² Cfr. UNIÓN MUNDIAL PARA LA NATURALEZA (UICN), *Consentimiento Informado Previo (CIP): Un Derecho de las Mujeres...*, op. cit., p.1.

¹²³ *Ibidem*, p. 4.

¹²⁴ Cfr. INTERNATIONAL INDIAN TREATY COUNCIL, *Los Pueblos Indígena...*, op. cit., p.1.

2.3. Ámbitos de Aplicación

Por principio general del derecho de los pueblos indígenas, el CPLI debe ser llevado y obtenido mediante procedimientos adecuados “antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten”¹²⁵ o proyectos que afecte a sus tierras o territorios y recursos¹²⁶. Esto incluye, el reconocimiento de CPLI en todos los proyectos y sus fases, y en medidas estatales susceptibles de afectar la vida de estos pueblos, ya que se fundamenta en que son “derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su concepción de la vida, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos”¹²⁷.

Sin embargo, se ha establecido que el CPLI se requiera en la aplicación de dos tipos de medidas o proyectos: los que están destinados concretamente a los pueblos indígenas; y los que afectan a esos pueblos, sin estar destinados directamente a ellos. Esta previsión está atada al presupuesto que indica que los pueblos indígenas tienen el derecho de ejercer su derecho reconocido en todas las medidas y proyectos dentro de sus territorios; es decir, engloba la obtención del consentimiento en todos los asuntos que los afecte de forma directa e indirecta, ya sean proyectos o medidas adoptadas o propuestas.

Las medidas y proyectos que están destinados concretamente a los pueblos indígenas encuentran su fundamento en normas constitucionales e internacionales de derechos humanos. Los derechos humanos, ya sea individual o colectivo, son intrínsecos e inherentes a la naturaleza del ser humano, y por esa naturaleza, no admite que las mismas sean vulneradas de forma alguna.

A todos los seres humanos les son connaturales las libertades y derechos fundamentales, entre las que se encuentran el derecho a la vida, igualdad y libertad; y consecuentemente, otros derechos que se derivan del contenido de un derecho general como las aludidas.

¹²⁵ DNU DPI, artículo 19.

¹²⁶ Cfr. DNU DPI, artículo 32.2.

¹²⁷ *Ibidem* preámbulo.

Partiendo de esta perspectiva, la relación directa que mantienen los pueblos indígenas con la tierra, territorio y recursos, en donde se encuentra su organización tradicional, desarrollo económico, social y cultural y su reconocimiento positivo que se le da a estos elementos, consecuentemente los derechos que de ellas derivan; y sumado a ello, las libertades y derechos fundamentales que es connatural a todo ser humano, hacen necesario la obligatoria observancia de este derecho en asuntos que les afecte a la vida de estos pueblos, ya sea colectivo o individual.

Respecto de las medidas y proyectos que afectan a esos pueblos, sin estar destinados directamente a ellos, es también un principio general de CPLI, es decir, requiere el obligatorio cumplimiento de este derecho.

Esta afirmación se basa en que, si bien la vida nómada de los habitantes primitivos ha desaparecido, aunque en algunos lugares del mundo subsiste, la vida de los pueblos indígenas es seminómada, lo que sugiere que a pesar de tener un lugar bien establecido como vivir en la comunidad, el singular modo vida de estos pueblos exige que se muevan de un lugar a otro, ya sea por alimentos o por actividades diarias que les son propios. Por lo tanto, la característica particular de los pueblos indígenas hace que el tratamiento al elemento territorio, sea realizado desde una perspectiva integral, lo que indica que los lugares en donde ellos han estado, forman parte del territorio de su comunidad por el uso tradicional que han dado a la misma de acuerdo a las leyes consuetudinarias¹²⁸.

Por las consideraciones integrales del territorio de los pueblos indígenas exigen que las medidas o proyectos que se llevan a cabo dentro de sus territorios tradicionales cuenten con el CPLI de los pueblos afectados, observando los procedimientos establecidos y adecuados. Una actividad, como la exploración petrolera, compromete el desequilibrio en sí de la naturaleza y consecuentemente la forma de vida de estos pueblos, pues tienen una vida particular y dependen de su territorio y sus bosques. Aunque los indígenas no habitan en las zonas en que las actividades mineras o petroleras se llevan, sí utilizan la zona y la consideran como parte integral de su territorio tradicional, lo que en

¹²⁸ Cfr. *Convenio 169 de la OIT*, artículo 7.1. En el mismo sentido la *DNUDPI*, artículo 26.1 y 26.2.

términos de IIDH constituye un derecho de los pueblos indígenas que impone reconocerlos como tal.

La regla general que exige la obtención del CPLI en todos los asuntos que le afecte a los pueblos indígenas, ya sea directa e indirectamente, puede encontrar su límite en el Convenio 169 de la OIT. El único instrumento internacional que vincula a los Estados a la observancia estricta de sus normas, establece en su artículo 6.1., literal a) que deben realizar la consulta a los pueblos indígenas cada vez que prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, y que las mismas se efectúen de buena fe para llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento. Esta norma rompe la regla general del derecho de CPLI en el sentido de que la consulta y consecuentemente la obtención del consentimiento solo se realice en orden en que las medidas o proyectos sean susceptibles de afectar directamente¹²⁹. Por lo tanto, deja de lado lo prevenido por la DNUDPI¹³⁰, en la cual de forma expresa exige la obtención del CPLI en todos los asuntos que les afecte a estos pueblos.

No obstante, el CPLI como una expresión del derecho de la libre determinación de los pueblos que el mismo Convenio 169 de la OIT establece en su artículo 7.1, en donde reconoce el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual, tierras que ocupan o utilizan de alguna manera y controlar su desarrollo económico, amplía la concepción restrictiva de la consulta y consentimiento se deba realizar y obtener solamente cuando las medidas o proyectos afecten directamente. Más aun cuando el mismo Convenio establece la adopción de medidas especiales para salvaguardar las personas, instituciones, culturas y para proteger y preservar el medio ambiente de los pueblos indígenas¹³¹.

Agregado a lo anterior, la previsión hecha por el Convenio 169 de la OIT en su artículo 6.1 literal a) tiene establecido su límite a nivel jurisprudencial, constitucional e IIDH en cuanto a la interpretación y aplicación de sus normas. Es en este sentido, es

¹²⁹ Cfr. *Convenio 169 de la OIT*, artículos 6.1, a) y 7.1.

¹³⁰ Artículos 19 y 32.2.

¹³¹ Cfr. *Convenio 169 de la OIT*, artículo 4.1.

conocido que las normas de derechos humanos deben ser interpretadas de forma evolutiva, *pro homine*^{132/133/134} y de buena fe que exige la Convención de Viena sobre los Tratados. Esta exigencia a la vez ha sido traducida en la obligación de los Estados de adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y de IIDH, las medidas legislativas o de otro carácter con el fin de hacer efectivo las libertades y derechos fundamentales reconocidos, y el respeto de las mismas sin distinción alguna¹³⁵. La omisión de estas exigencias ha sido interpretada por la COIDH como la violación de derechos reconocidos por la CADH y consecuentemente, la responsabilidad de los Estados¹³⁶.

Por ello, en observancia a las disposiciones de los IIDH, la Constitución ecuatoriana dispone que los derechos y garantías establecidos por ella y en los IIDH sean de aplicación directa e inmediata por cualquier servidor público, administrativo o judicial, de oficio o petición de parte¹³⁷, y sus normas deben adecuar formal y materialmente a los derechos previstos en la Constitución y los Tratados Internacionales y los que son necesarios para garantizar la dignidad humana o de las comunidades, pueblos y nacionalidades¹³⁸. A estos últimos reconoce y garantiza los derechos humanos declarados en la Constitución, pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales¹³⁹.

¹³² Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, artículo 29.

¹³³ Cfr. *Constitución Política del Ecuador 2008*, publicado en el Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, artículo 11.5.

¹³⁴ Cfr. CORTE INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, Serie A, No. 17, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf, consultado: 29 de octubre de 2008, párrafos 21, 22 y 115.

¹³⁵ Cfr. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 1.1. y 1.2.

¹³⁶ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, Serie A, No. 14, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.doc, consultado: 01 de octubre de 2008, párrafo 36, 50 y 57

¹³⁷ Cfr. *Constitución Política del Ecuador 2008*, artículo 11.3.

¹³⁸ Cfr. *ibídem*, artículo 84.

¹³⁹ Cfr. *ibídem*, artículo 57.

2.4. El Principio de Integralidad de Derechos Humanos y el Consentimiento Previo, Libre e Informado

Para entender el principio de integralidad de los derechos humanos debemos partir del principio que establece que todos los derechos son fundamentales y como tales no admiten ninguna jerarquización entre ellos, y menos aun creer que unos son más importantes que otros. Vulnerar cualquiera de los derechos sería atentar contra la dignidad humana, ya que se fundamenta en que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”¹⁴⁰. Por ello, los derechos humanos como partes integrantes de un todo, son indivisibles e interdependientes. En este sentido, AGNU ha declarado que “todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los [DCP] como de los [DESC]”¹⁴¹, y por lo mismo, “la promoción, el respeto y el disfrute de ciertos derechos humanos y libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales”¹⁴². Por lo mismo, el CPLI como una expresión del derecho de la libre determinación, es parte integrante de derecho humano de los pueblos indígenas a las que los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger, teniendo en cuenta los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos¹⁴³, ya que la misma engloba otros derechos garantizados a los pueblos indígenas¹⁴⁴.

¹⁴⁰ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948, artículo 1.

¹⁴¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Distintos criterios y medios posibles del Sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Resolución 32/130, 16 de diciembre de 1977, párrafo 1, literal a).

¹⁴² ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, Resolución 41/128, 4 de diciembre de 1986, artículo 6, numeral 2 y párrafo 11.

¹⁴³ Cfr. *DPAV*, parte I, numeral 5.

¹⁴⁴ Partiendo del principio básico de que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, WESSENDORF, explica que “el respeto a los derechos de los pueblos indígenas a la propiedad, control y acceso a sus tierras tradicionales y recursos naturales representa una condición para el ejercicio de otros derechos”. K. WESSENDORF, *Mundo Indígena 2008...*, op. cit., pp. 580 y 581.

2.4.1. El Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Sano

Según queda dicho, los derechos humanos son indivisibles e interdependientes por lo que su tratamiento debe ser hecho en su globalidad. Sin embargo, el derecho a un ambiente sano ha sido categorizado dentro de los “derechos de tercera generación”, lo cual, por el principio de integralidad de los derechos humanos “no tiene mayor sentido, pues no va más allá de lo pedagógico, dividir a los derechos humanos...”¹⁴⁵. El antecedente fundamental de este derecho se encuentra en la Declaración de Estocolmo¹⁴⁶ (en adelante DE), que fue el primer documento en tratar la problemática ambiental mencionar y establecer el reconocimiento de unos valores ambientales, anteriormente desconocidos desde el punto de vista interno e internacional¹⁴⁷.

La DE despertó la conciencia ambiental en casi todos los Estados. Una muestra de ello fue la Constitución ecuatoriana de 1979, donde se observó su inclusión en su disposición, y posteriormente en la Constitución 1998. De su lado, la Constitución vigente lo hace de manera más amplia, que, además de estar bien nutrida en lo referente a la temática ambiental, reconoce a la Naturaleza como sujeto de derecho¹⁴⁸. Partiendo de esta afirmación, se puede decir que nuestro ordenamiento jurídico posee un vasto desarrollo del tema; sin embargo, de nada ha servido tener un cuerpo completo de normas en materia ambiental, cuando estos no han llegado a tener la eficacia esperada en la práctica. A pesar de que la Constitución dispone que en estos temas se proceda conforme a los Convenios y Tratados Internacionales, no se ha cumplido. Como resultado, los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y ancestrales en este tema, han sido vulnerados sistemáticamente.

El ambiente sano se encuentra garantizado por la Constitución ecuatoriana en

¹⁴⁵ A. PONCE VILLACÍS, *Introducción a los Derechos Humanos. Temas y casos para la discusión*, agosto de 2007, p. 50.

¹⁴⁶ AGNU, *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, Suecia, 16 de junio de 1972.

¹⁴⁷ Cfr. D. PISCIOTTI CUBILLOS, *Los derechos de tercera generación, los intereses difusos y sus modos de protección: (acción popular)*, Serie Tesis de grado no. 8, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 37.

¹⁴⁸ Cfr. *Constitución Política del Ecuador 2008*, artículos 71 al 74.

términos que reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que garantice la sostenibilidad y el buen vivir; por lo mismo, declara de interés público la preservación del ambiente, conservación de ecosistemas, preservación del daño ambiental y recuperación de espacios naturales degradados¹⁴⁹. Para hacer efectivo el derecho establecido reconoce ejercer acciones legales correspondientes para tutelar el medio ambiente¹⁵⁰. La Constitución pregona además los principios ambientales de desarrollo sustentable, aplicación de políticas de gestión ambiental obligatorio por parte de Estado y toda persona natural y jurídica; participación activa y permanente de los afectados ambientalmente; el principio *pro natura*¹⁵¹; la adopción de principio de prevención y precaución¹⁵² y establece la responsabilidad de prevenir cualquier impacto ambiental, mitigar y reparar los daños causados y mantener un sistema de control ambiental permanente¹⁵³. Y en todas las decisiones o autorización que puede afectar al medio ambiente, establece la obligación de consultar a la comunidad¹⁵⁴.

Como se puede dar cuenta, las disposiciones constitucionales que garantizan a toda la población en materia ambiental son muchos, por lo que la simple observancia de sus artículos nos lleva a deducir que la población ecuatoriana está totalmente garantizada a vivir en un ambiente sano. Sin embargo, en la práctica ha tenido un tratamiento diferente.

La Constitución vigente, respecto de los pueblos indígenas en materia ambiental, reconoce la consulta previa, libre e informada, que puedan afectarles ambiental o culturalmente sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización dentro de sus tierras; conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural¹⁵⁵. Estos reconocimientos establecidos son sin perjuicio de los otros derechos ambientales que se reconoce a toda la población.

Los instrumentos internacionales, con relación al derecho de vivir en un ambiente

¹⁴⁹ Cfr. *Constitución Política del Ecuador 2008*, artículo 14.

¹⁵⁰ Cfr. *ibídem*, artículo 397.1.

¹⁵¹ Cfr. *ibídem*, artículo 395.

¹⁵² Cfr. *ibídem*, artículo 396, inciso 1.

¹⁵³ Cfr. *ibídem*, artículo 396, inciso 3.

¹⁵⁴ Cfr. *ibídem*, artículo. 398.

¹⁵⁵ Cfr. *ibídem*, artículo 57. 7 y 57.8.

sano respecto de los pueblos indígenas, han requerido de los Estados la adopción de medidas especiales para salvaguardar el medio ambiente de los pueblos indígenas¹⁵⁶; estudio de incidencia ambiental que las actividades de desarrollo pueden causar, como un criterio fundamental para la ejecución de proyectos o actividades propuestos; todo ellos con la cooperación de los pueblos indígenas. Además, reconocen el derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos¹⁵⁷.

El derecho a vivir en un ambiente sano garantizado a toda la población en la Constitución, con respecto a los pueblos indígenas se extiende más allá del derecho tutelado, ya que para aquellos, la no efectivización de este derecho afecta su modo de vida y amenaza su supervivencia¹⁵⁸.

Los pueblos indígenas desde tiempos inmemoriales han utilizado y conservado al medio ambiente bajo sus conocimientos y técnicas tradicionales que en nada afecta a la madre tierra. El papel importante que han desempeñado estos pueblos los ha llevado a reconocer que “los pueblos indígenas y sus comunidades constituyen uno de los nueve grupos principales reconocidos en el Programa 21¹⁵⁹ como asociados esenciales para el progreso del desarrollo sostenible”; y que “sólo mediante su participación plena podrán

¹⁵⁶ Cfr. *Convenio 169 de la OIT*, artículo 4.1

¹⁵⁷ Cfr. *DNU DPI*, artículo 29.1.

¹⁵⁸ Bajo estos criterios, se sostiene que “por el principio de interdependencia de los derechos humanos ... el derecho a un ambiente sano tiene un impacto en el goce de los demás derechos fundamentales; el consentimiento previo, libre e informado permite el respeto y la garantía de los demás derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas debido a que sin lugar a dudas el efecto devastador de las actividades extractivas ha ocasionado la vulneración de derechos como a la salud, a un medio ambiente saludable; pero también al derecho de participación, al de libre determinación de los pueblos y al de consulta, ...es de donde nace el derecho al consentimiento previo, libre e informado”. A. TAPIA, *El consentimiento previo, libre e informado como derecho fundamental de los pueblos indígenas*, Mapuexpress, 05 de julio de 2007, disponible en: www.mapuexpress.net/content/publications/print.php?d=723, consultado: 01 de octubre de 2009.

¹⁵⁹ NACIONES UNIDAS, “Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, vol. I, Resoluciones aprobadas por la Conferencia, resolución 1, anexo II, citado por NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, *Información recibida del sistema de Naciones Unidas y de otras organizaciones intergubernamentales: Departamento de Asuntos Económicos y Sociales*, Séptimo periodo de sesiones, 21 de abril a 2 de mayo de 2008, E/C.19/2008/4/Add.8, Nueva York, N.U., 2008, disponible en: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/229/30/PDF/N0822930.pdf?OpenElement>, consultado: 25 de septiembre de 2008, párrafo 14.

aplicarse en su tierra las prácticas de desarrollo sostenible y llegar a ser parte de su bienestar cultural, social, económico y físico”¹⁶⁰. Se ha considerado también “que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente”¹⁶¹. Sin embargo, la cultura extractivista de recursos naturales del Estado ha vulnerado este derecho, no solo a los pueblos indígenas sino a toda la población que de manera directa e indirecta han sido afectados por estas actividades o proyectos. El Estado ha hecho caso omiso a las disposiciones constitucionales e internacionales que garantizan expresamente el derecho de vivir en un ambiente sano como un derecho humano a toda la población. El resultado de la inobservancia de estas disposiciones ha hecho que los pueblos indígenas dejen su hábitat natural en donde desarrolla su actividad social, cultural, económica y de subsistencia.

Los graves problemas que enfrentan los pueblos indígenas respecto de su entorno natural han reducido sus posibilidades de supervivencia. Afecta más a estos pueblos debido a que dependen de manera directa del medio ambiente y sus recursos. Los pueblos indígenas sufren las consecuencias de problemas ambientales en donde no han tenido participación alguna. Por esta razón, el problema de la contaminación y el cambio climático deben ser considerados desde un contexto más amplio de la situación de los pueblos indígenas, porque el cambio en el medio ambiente, recursos naturales y las mismas política adoptadas para frenar los problemas ambientales, deterioran la capacidad de adaptación de los pueblos indígenas, tienen un impacto adverso en sus medios de vida, limitan sus derechos territoriales y amenazan aún más la seguridad alimentaria. Su vida y cultura dependen de su capacidad para adaptarse al cambio climático y su participación en el desarrollo de nuevas formas de economía, gobernabilidad y medios de vida¹⁶². De nada

¹⁶⁰ NACIONES UNIDAS, “Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo...”, op. cit., párrafo 14.

¹⁶¹ DNUDPI, preámbulo.

¹⁶² Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, *Conferencia sobre Pueblos Indígenas y Cambio Climático: Informe del Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGLA)*, Séptimo período de sesiones, Copenhague, 21 de abril a 2 de mayo de 2008, E/C.19/2008/CRP. 3, Nueva York, N.U., 2008, disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/>

serviría los derechos reconocidos a estos pueblos especialmente, si no se hace efectivo el derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por estas razones, para combatir el cambio climático y la contaminación, los gobiernos e instituciones intergubernamentales deben garantizar la participación plena y efectiva en la identificación, diseño e implementación de soluciones sostenibles, adquiriendo compromisos vinculantes para garantizar que las políticas y programas sobre cambio climático y la contaminación que puedan potencialmente afectar a los pueblos indígenas estén en plena conformidad con las normas internacionales de derechos humanos y promuevan su aplicación, incluida la DNUDPI y los derechos de CPLI; asegurando además específicamente que todos los acuerdos desarrollados bajo el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático sean totalmente coherentes con las normas internacionales de derechos humanos; y, absteniendo de apoyar políticas y programas que conduzcan al desalojo forzoso de los pueblos indígenas de sus tierras y bosques en nombre de la lucha contra el cambio climático¹⁶³ y la contaminación.

La afirmación de la integralidad de este derecho se ve reflejada en la Constitución vigente, en donde se reconoce que el derecho a vivir en un ambiente sano garantiza la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*¹⁶⁴. Entre los derechos de buen vivir¹⁶⁵ establece, sin ser los únicos, el derecho al agua y alimentación, ambiente sano, salud, trabajo y seguridad social. Por lo tanto, el buen vivir no estará garantizado cuando el derecho a vivir en un ambiente sano no se resguarda y se ha hecho efectivo para toda la población. El desconocimiento de este derecho conlleva la violación de los derechos reconocidos por la misma Constitución.

Para los pueblos indígenas, la contaminación y el cambio climático no solamente es el cambio físico en el entorno en el que viven sino que constituye una amenaza a su propia supervivencia por depender y mantener una estrecha relación con el medio ambiente y sus

/unpfii/documents/E_C_19_2008_CRP3_es.pdf, consultado: 25 de septiembre de 2008, párrafos 11 y 16.

¹⁶³ Cfr. *ibídem*, párrafo 19, literal b).

¹⁶⁴ Cfr. *Constitución Política del Ecuador 2008*, artículo 14, inciso primero.

¹⁶⁵ Cfr. *ibídem*, Título II, Capítulo Segundo,

recursos, y como tal, al habitar en áreas económicas y políticamente marginales, con ecosistemas frágiles. Por ello, la contaminación producto de actividades extractivas y el cambio climático suman a los desafíos ya existentes. La amenaza que representa para su propia existencia en combinación con barreras legales e institucionales que afectan su capacidad de resistir y adaptarse, convierten a la contaminación y al cambio climático en un asunto de derechos humanos y de desigualdades para los pueblos indígenas¹⁶⁶. En esta medida, los pueblos indígenas requieren el establecimiento y cumplimiento de normas que garanticen su existencia como pueblos.

2.4.2. Derecho a la Salud

La salud es un derecho que garantiza la Constitución y los IIDH. El derecho a la salud se circunscribe en el derecho que tienen todas las personas a la asistencia médica, seguros en caso de enfermedad¹⁶⁷ y al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Su plena efectividad se alcanza con la adopción de medidas concretas para reducir la mortalidad y de la mortalidad de los niños y su desarrollo, mejoramiento sobre aspectos de la higiene en el trabajo y del medio ambiente, prevención y tratamiento de enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y otras y su lucha contra ellas, la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicio médico en caso de enfermedad¹⁶⁸. Para la Constitución ecuatoriana, la realización del derecho a la salud se vincula con el ejercicio de otros derechos como el del agua, alimentación, la educación, cultura física, trabajo, seguridad social, ambiente sano y otros que sustenten el buen vivir¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Cfr. C. NILSSON, “El cambio climático desde una perspectiva indígena. Temas y retos fundamentales”, en GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO SOBRE ASUNTOS INDÍGENAS (IWGIA), “*El cambio climático y los pueblos indígenas*”, Mark Nuttall y Christina Nilsson editores, Alexander Surrelliers traducción, Asuntos Indígenas 1-2/08, Copenhague, 2008, disponible en: http://www.iwgia.org/graphics/Synkron-Library/Documents/publications/Downloadpublications/Asuntos%20Ind%EDgenas/AI%201-2_08.pdf, consultado: 18 de febrero de 2009, pp. 9 y 10

¹⁶⁷ Cfr. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, artículo 25.1.

¹⁶⁸ Cfr. *PIDESC*, artículo 12.

¹⁶⁹ Cfr. artículo 32.

De los textos mencionados, resalta que el derecho a la salud es el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y la adopción de ciertas medidas para la efectivización de este derecho, y cuya realización solamente se concreta y se efectiviza con el ejercicio de otros derechos.

Para los pueblos indígenas, el derecho a la salud está dado por la garantía establecido de mantener sus conocimientos y medicinas tradicionales. La Constitución garantiza a los pueblos indígenas de conformidad con los pactos, convenios, declaraciones y demás IIDH a mantener y desarrollar los conocimientos colectivos, saberes ancestrales, sus medicinas y prácticas de medicina tradicional con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios, y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora¹⁷⁰. El reconocimiento de este derecho tiene relación con el ejercicio de otros derechos específicos. Por ello, el derecho a la salud implica entender de manera integral, es decir, de manera “interconectada a todos los ámbitos de la vida de los pueblos indígenas”. Así, “el disfrute del derecho a la salud en el caso de los pueblos indígenas se relaciona con el ejercicio de otros derechos como tierra, territorio y recursos naturales, identidad cultural, participación política y autonomía”¹⁷¹. En este sentido, los IIDH han reconocido este vínculo existente al establecer el derecho de no discriminación en el acceso y la atención en salud; el derecho al desarrollo y bienestar social; derecho a la integridad cultural, en cuanto al uso del idioma indígena para acceder a centros médicos, concepto de bienestar, salud integral, uso, fortalecimiento y control de la medicina tradicional; derecho de propiedad, referente al uso, control y acceso a las tierras, territorios y recursos, como la conservación de las plantas, animales, minerales y espacios territoriales de interés vital en la salud, enfermedad y sanación; derecho de participación política, en cuanto al diseño, responsabilidad, control social de las políticas y programas de salud¹⁷².

¹⁷⁰ Cfr. artículo 57.12.

¹⁷¹ F. DEL POPOLO, A. M. OYARCE, y S. LAFOSSE, *La salud de los Pueblos Indígenas en América Latina, ¿cuánto y cómo se ha avanzado?*, CELADE-División de Población, CEPAL, Santiago de Chile, 2007, disponible en: http://www.eclac.org/celade/noticia/paginas/8/29308/FDeIPo_poloP.pdf, consultado: 20 de octubre de 2008.

¹⁷² Cfr. *Ibidem*.

Desde este punto de vista, nuestra Constitución reconoce el derecho a la salud como un derecho integral, y como tal, dispone que los servicios de salud se ajusten a los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética¹⁷³, con el fin de brindar “una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva”¹⁷⁴. Este reconocimiento realizado por la Constitución lleva a entender que no habrá configurado el derecho a la salud en su plenitud cuando algunos de los derechos establecidos en la misma no son garantizados, siendo así que, la violación de este derecho conllevará a la violación de otros.

El derecho a la salud respecto de los pueblos indígenas no es observado de manera integral, pues se omiten hacerlo en relación con todos los ámbitos de la vida de los pueblos indígenas. Lo indicado nos lleva a concluir que si no se garantiza el acceso, entre otros, a los recursos naturales, a sus territorios de donde los pueblos indígenas obtienen su medicina y conocimiento tradicional, no solo estaríamos desconociendo estos derechos que muchos consideran como solo de los pueblos indígenas por su particularidad forma de vida, sino que estaremos mermando otros derechos como el de salud, que es un derecho general, y con ello el del agua, alimentación, ambiente y otros. Aun en los casos en que se reconozcan los derechos sobre la tierra, territorios y los recursos, sin la participación, consulta y poder de decisión sobre los asuntos que los afecta, no garantizará el derecho a la salud por que las prácticas, plantas medicinales y conocimientos ancestrales que de ellos obtienen habrán destruido.

2.4.3. El Derecho a la Vida y a la Integridad Personal.

La indivisibilidad y la interdependencia que tiene los derechos humanos como naturaleza propia, hizo que sin los DESC, los DCP prácticamente carecieran de

¹⁷³ Cfr. *Constitución Política del Ecuador* 2008, artículo 32, inciso 2.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, artículo 358.

significado¹⁷⁵. De esta forma, para muchos no tenía significado el derecho a la libertad de expresión sin el derecho a la educación¹⁷⁶. En razón de esta interdependencia, se ha sostenido que “el derecho fundamental a la vida misma, que comprende las condiciones de vida, [sea considerado] como un derecho que pertenece tanto al ámbito de los derechos individuales como sociales”¹⁷⁷. Así lo reconoce la DUDH¹⁷⁸, como los Tratados contra la Discriminación¹⁷⁹, la Convención de los Derechos del Niño¹⁸⁰. La COIDH ha fallado que el derecho a la vida comprende no sólo el derecho que tiene toda ser humano a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también como de dotarle a toda persona de medios y condiciones adecuados para una vida decorosa y digna por parte del Estado, de manera especial y prioritaria cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo¹⁸¹, cuya omisión sería privarles la vida de las personas. Además, ha indicado que de la salvaguarda del derecho a la vida depende la realización de los demás derechos, y al no respetarse desaparece todos los demás derechos, pues ha desaparecido el titular de la misma¹⁸². La interpretación evolutiva que hizo la COIDH, rompió la conceptualización

¹⁷⁵ Cfr. A. A. CANÇADO TRINDADE, *La interdependencias de todos los derechos humanos. Obstáculos y desafíos en la implementación de los derechos humanos*, Traducido del inglés, disponible en: www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1896785571/Interdepe.doc?url...1896785571%2FInterdepe.doc, consultado: 19 de octubre de 2008.

¹⁷⁶ Cfr. *Ibidem*.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ Preámbulo y artículos 22, 25 y 29, principalmente.

¹⁷⁹ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, 18 de diciembre de 1979, preámbulo; *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, 21 de diciembre de 1965, preámbulo y artículos 1, 5: e, 2.2, principalmente.

¹⁸⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, artículos 4, 6, 23, 27: 1 y 2.

¹⁸¹ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 125, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.doc, consultado: 19 de septiembre de 2008, párrafo 161 y 162; Cfr. *Caso Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 112, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriesc_112_esp.pdf, consultado: 19 de septiembre de 2008, párr. 156; Cfr. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No 110, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf, consultado: 19 de septiembre de 2008, párr. 128.

¹⁸² Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay...*, op. cit., párrafo 161.

tradicional de ver al derecho a la vida sólo como un derecho a la existencia física del individuo, omitiendo la calidad de la vida que se pueda tener.

La reafirmación de lo sostenido por la COIDH, lo hizo la Corte Constitucional de Colombia ya en el año 1993, en donde estableció que “entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares de derechos fundamentales a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución”¹⁸³. Al respecto del derecho a la vida y la integridad personal, el artículo 7 de la DNUDPI es expreso al garantizar los mencionados derechos a nivel individual y colectivo como pueblos distintos.

A criterio de la CIDH, la relación existente de los pueblos indígenas con sus tierras y recursos, se encuentran protegidos bajo otros derechos contemplados en la Convención Americana, tales como el derecho a la vida, la honra y la dignidad¹⁸⁴. Ratificando este criterio, la COIDH expresó que la estrecha relación que mantienen los pueblos indígenas con la tierra debe ser comprendida como la base de su cultura, vida espiritual, integridad y supervivencia económica¹⁸⁵. Sobre las consideraciones hechas por la COIDH, se observa que la falta de acceso y posesión efectiva de sus territorios y recursos naturales impide que desarrollen sus actividades tradicionales de subsistencia y genere graves dificultades para satisfacer sus necesidades básicas al impedir que conserven sus conocimientos

¹⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T-380/93*, Proceso de tutela adelantado por la Organización Indígena de Antioquia (O.I.A.), Agente oficioso de la Comunidad Indígena EMBERACATIO de CHAJERADO, contra la Corporación Nacional de Desarrollo del Chocó (CODECHOCO) y la Compañía de Maderas del Darien (MADARIEN), Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá, D.C., 13 de septiembre de 1993, disponible en: <http://www.constitucional.gov.co/>, consultado: 06 de noviembre de 2008, párrafo 8.

¹⁸³ El artículo 11 de la Constitución colombiana dice: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”.

¹⁸⁴ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 79, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.doc, consultado: 11 de octubre de 2008, párrafo 10, literal f.

¹⁸⁵ Cfr. *ibídem*, párrafo 149.

tradicionales de sus distintas actividades¹⁸⁶ y afecte sustancialmente la integridad cultural a nivel individual y colectivo de estos pueblos.

La COIDH, en el *Caso Moimana v. Suriname* respecto del asesinato de 39 miembros de esa comunidad por los operativos militares del Estado, en la cual las investigaciones estatales no determinaron los motivos del asesinato y los crímenes seguían en la impunidad, declaró la violación de derecho a la integridad de sus miembros en el sentido de que “los miembros de la comunidad no sólo han sufrido la indignación y vergüenza de haber sido abandonados por el sistema de justicia penal de Suriname sino también han debido sentir la ira de los familiares que murieron injustamente durante el ataque”¹⁸⁷, pues los miembros de la comunidad no pudieron honrar debidamente a sus muertos, lo que constituyó una “transgresión moral profunda”, y consecuentemente, por la ira de los espíritus ofendidos, sufrieron de “enfermedades de origen espiritual”¹⁸⁸. Asimismo, “debido a la impunidad continuada [de] la operación militar y el desconocimiento de los motivos de ataque, éstos han sufrido una profunda ansiedad frente a la posibilidad de enfrentar hostilidades si regresan a sus tierras tradicionales”¹⁸⁹.

Las dimensiones e implicaciones de este derecho fundamental, no se observan claramente frente a los pueblos indígenas cuando una actividad o proyecto determinado va a iniciar dentro de sus tierras y territorios. De la relación existente con la tierra, territorio y de las condiciones en que este se presente, el reconocimiento de sus derechos y la comprensión de la vida de estos pueblos, garantizará el derecho a la vida y la integridad personal de los individuos de los pueblos indígenas, pues para ellos, la separación de su relación con la tierra, sus recursos naturales y su medio ambiente, procedimiento no consentidos, afectan sistemáticamente los derechos mencionados. “Sólo puede realizarse

¹⁸⁶ Cfr. O. RUÍZ, *El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales. Una mirada desde el Sistema Interamericano*, en BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO, Nueva Serie, Año XL, No. 118, enero-abril de 2007, pp. 193-239, disponible en: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex118/BMD000011807.pdf>, consultado: 20 de octubre de 2008, p. 215.

¹⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad Moimana V/s. Suriname*, Sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 124, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp.doc, consultado: 28 de octubre de 2008, párrafo 96.

¹⁸⁸ Cfr. *ibídem*, párrafo 99.

¹⁸⁹ *Ibídem*, párrafo 97.

el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus [DESC], tanto como de sus [DCP]”¹⁹⁰. Por estas razones y por la naturaleza de los derechos humanos, con sabiduría se sostiene que “nada se lograría si se adujera que únicamente el derecho a la vida es objeto de protección y no el derecho a la salud y al medio ambiente libre de contaminación. Sin un medio ambiente libre de contaminación, la salud no es protegida, sin salud el derecho a la vida es vulnerado”^{191/192}.

2.4.4. Derecho a la Cultura e Identidad Cultural

El derecho a la cultura garantiza a las personas a construir y mantener su propia identidad cultural, decidir su sentido de pertenencia o no a una o varias comunidades culturales y expresar dicha elección, a la libertad estética, difundir sus expresiones culturales y acceso a expresiones culturales diversos, desarrollar su capacidad creativa y protección a los derechos morales y patrimoniales¹⁹³ de los mimos, la libertad de investigación científica, literaria y artística¹⁹⁴. Para los pueblos indígenas este derecho se concreta en el derecho de “mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social”¹⁹⁵, a no ser

¹⁹⁰ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, “Protocolo de san Salvador”, El Salvador, 17 de noviembre de 1988, preámbulo.

¹⁹¹ A. PONCE VILLACÍS, *Introducción a los Derechos Humanos...*, op. cit., p. 50.

¹⁹² Para CAFFERATA, el derecho a un ambiente sano supone, indisolublemente, el derecho a la vida, a la salud,...en cuanto atañe a la plenitud de la vida, la lucha frontal contra el riesgo o peligro a la incolumidad ambiental. Anota que la jurisprudencia Argentina ha dicho que si bien el derecho ambiental es predominantemente derecho social, colectivo o grupal, por su carácter bifronte y naturaleza mixta, debe ser considerada como un derecho personalísimo, humano básico, ya que siendo la salubridad del medio ambiente una condición para el desarrollo de la persona. Su continua e íntima conexión con la supervivencia y bienestar humano, el ambiente es jurídicamente un atributo fundamental de los individuos. Además, la integridad física y salud se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psicofísico del hombre. Cfr. N. A. CAFFERATA, *Introducción al Derecho Ambiental*, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), Instituto Nacional de Ecología (INE), Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), México, diciembre de 2004, pp. 17, 22 y 198.

¹⁹³ Cfr. *Constitución Política del Ecuador 2008*, artículo 21.

¹⁹⁴ Cfr. *PIDESC*, artículo 15.

¹⁹⁵ *Constitución Política del Ecuador 2008*, artículo 57.1.

sometido a una asimilación o integración forzada, privar su integridad como pueblo distintos o de sus valores culturales o de su identidad étnica; practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres¹⁹⁶.

El reconocimiento de derecho a la cultura si bien envuelve la forma de expresar su sentido de pertenencia e identidad, creaciones artísticas, capacidad creativa; para los pueblos indígenas es mucho más que la simple acumulación de obras y conocimientos, acceso a bienes culturales sino que constituye su modo de vida, maneras de vivir juntos, valores, tradiciones y creencias, ya que involucra aspectos de identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social, práctica de tradiciones y costumbres y a vivir como pueblo diferente en su integridad.

Considerando los elementos mencionados, se la define a la cultura como “el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”¹⁹⁷. De esta afirmación se reconoce que la difusión de la cultura para la justicia, la libertad y la paz son indispensables a la dignidad del hombre¹⁹⁸; el respeto a la diversidad cultural garantiza la paz¹⁹⁹, y los pueblos indígenas y tribales contribuyen a la diversidad cultural²⁰⁰, a “la riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad”²⁰¹. Se hace hincapié que la cultura no es uno sólo, sino que existe una diversidad de culturas que se “manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan los grupos y las sociedades que componen la humanidad”²⁰².

¹⁹⁶ Cfr. DNU DPI, artículos 8 y 9.

¹⁹⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA CIENCIA, LA EDUCACIÓN Y LA CULTURA (UNESCO), *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*, Conferencia General de la UNESCO, París, 2 de noviembre de 2001, preámbulo.

¹⁹⁸ Cfr. *ibídem*, preámbulo.

¹⁹⁹ Cfr. *Ibídem*.

²⁰⁰ Cfr. *Convenio 169 de la OIT*, preámbulo.

²⁰¹ DNU DPI, preámbulo.

²⁰² *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*, artículo 1.

La diversidad cultural²⁰³ es para el género humano, “tan necesarios como la diversidad biológica para los organismos vivos”²⁰⁴, y como tales constituyen el patrimonio común de la humanidad que debe ser reconocido y consolidado para el beneficio de las presentes y futuras generaciones²⁰⁵. En este sentido, es obligación de los Estados²⁰⁶ y de la comunidad internacional, la adopción de “políticas que favore[zc]an la inclusión y la participación de todos los ciudadanos, [que] garantiz[en] la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz”²⁰⁷.

Por su parte, la identidad cultural ha sido entendida “como el conjunto de referencias culturales por el cual una persona, individual o colectivamente, se define, se constituye, comunica y entiende ser reconocida en su dignidad”²⁰⁸. Esta conceptualización, nos lleva a entender que son los modos particulares de definirse, manifestarse, sentirse, actuarse de una persona, sea individual o colectivamente.

Queda dicho que la diversidad cultural es patrimonio común de la humanidad. Por ello, el patrimonio cultural ha sido entendido como “todo lo que forma parte de la

²⁰³ Nuestra Constitución Política expresamente reconoce esta particularidad en el Preámbulo y en el artículo 1; y como obligación a la protección en el artículo 3.

²⁰⁴ *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*, artículo 1.

²⁰⁵ Cfr. *ibídem*.

²⁰⁶ La COIDH ha dicho que “Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tal responsabilidad puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder, órgano o agente estatal, independientemente de su jerarquía, que violen los derechos internacionalmente consagrados. Además, la Corte ha considerado que “un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*, Sentencia de 5 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 109, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf, consultado: 29 de octubre de 2008, párrafo 140.

²⁰⁷ *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*, artículo 2.

²⁰⁸ OBSERVATORIO DE LA DIVERSIDAD Y LOS DERECHOS CULTURALES, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LA FRANCOFONIA Y UNESCO, *Declaración de Fribourg sobre Derechos Culturales*, Grupo de Friburgo, Friburgo, 7 de mayo de 2007, disponible en: <http://www.culturalrights.net/es/documentos.php?c=14&p=161>, consultado: 02 de octubre de 2009, artículo 2.b). Antes de la adopción de este instrumento, el proyecto de Declaración sobre los Derechos Culturales, en 1998, en su artículo 1 definía a la identidad cultural como: “el conjunto de referencias culturales por el cual una persona o un grupo se define, se manifiesta y desea ser conocido; implica las libertades inherentes a la dignidad de la persona, e integra en un proceso permanente de la diversidad cultural, lo particular y lo universal, la memoria y el proyecto”. El proyecto abarcaba aspectos mucho más amplios de lo que constituía la identidad cultural.

identidad característica de un pueblo, que puede compartir si lo desea, con otros pueblos”²⁰⁹. El patrimonio cultural es tangible e intangible²¹⁰. Corresponde al patrimonio cultural tangible “los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos”; y forma parte del patrimonio cultural intangible “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural”²¹¹. El patrimonio cultural intangible se transmite de generación en generación, es creado constantemente en función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia²¹². Por ello, dentro del patrimonio cultural intangible se incluyen las tradiciones, costumbres, usos sociales y rituales, los conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, como la medicina tradicional y la farmacopea; el derecho consuetudinario, vestimenta, filosofía, valores, entre otros²¹³. De todo lo anterior, el derecho a la identidad cultural consiste en el derecho de todos los pueblos indígenas y sus miembros a pertenecer a una determinada cultura y ser reconocido como diferentes; conservar su propia cultura y patrimonio cultural tangible o intangible; y a no ser forzado a pertenecer a una cultura diferente o ser asimilado por ella²¹⁴.

Las connotaciones que trae consigo la conceptualización de la cultura e identidad cultural de los pueblos indígenas es complejo y delicado, por lo que no es erróneo afirmar que cualquier acción u omisión que vaya en contra de ello, se verá afectado su derecho de

²⁰⁹ NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas preparado por la Sra. Erica-Irene Daes, Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y Presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas*, 45º período de sesiones, E/CN.4 /Sub.2/1993/28, Nueva York, N.U., 1993, disponible en: <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/45100e11260511f1802567740055a4ed?OpenDocument>, consultado: 10 de febrero de 2009, párrafo 24.

²¹⁰ Nuestra Constitución Política reconoce en su artículo 379.

²¹¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA CIENCIA, LA EDUCACIÓN Y LA CULTURA, (UNESCO), *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*, París, 29 de septiembre al 17 de octubre de 2003, artículo 2.1.

²¹² Cfr. *ibídem*.

²¹³ Ver, *La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial* (2003), artículo 2.1 y 2.2; y *Recomendaciones sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular* (1998) (UNESCO), París, 1989, disponible en: <http://portal.unesco.org/culture/es/files/35219/11920224731recomfolklorees.pdf/recomfolklorees.pdf/recomfolklorees.pdf>, consultado: 29 de octubre de 2008, secciones A y F.

²¹⁴ Cfr. O. RUÍZ, *El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas...*, op. cit., p.197.

ser diferentes, su patrimonio tangible e intangible que tienen una conexión directa con el entorno y la naturaleza en donde habita, en la cual tiene y desarrolla sus actividades políticas, culturales, sociales, económicas y jurídicas. No hay que olvidar que existe diversidad cultural, la cual enriquece al establecimiento de la paz, tolerancia, diálogo, desarrollo sostenible del medio ambiente y constituye el patrimonio común de la humanidad, necesario para las presentes y futuras generaciones de género humano.

La cultura es diversa, por lo tanto no es estática ya que al estar en contacto con otros cambia, bien sea de manera favorable o desfavorable. Dentro de este entorno de cambios, algunos se adaptan y otros no por la delicadeza de su cultura y se pierden como tales frente a una cultura dominante. Algunos se resisten al cambio y a la pérdida o desaparición de su cultura y se van adaptando, pero en muchos casos estos no lo hacen por mucho tiempo. Si bien la adaptación al cambio es favorable, en mayor medida es desfavorable porque la cultura dominante va imponiéndose, lo que significa perder la cultura diferente que tenía. Restringir a los pueblos indígenas al cambio sería excluir de toda forma de desarrollo físico y cultural, y poner en peligro su supervivencia. Esta aparente contrariedad no va más allá del reconocimiento, respeto y el ejercicio efectivo de sus derechos culturales y el desarrollo de la misma mediante la participación en la toma de decisiones que afecten o pueden afectar. El cambio y la adaptación de la cultura de los pueblos indígenas no se verán mermados cuando ellos lo decidan de manera voluntaria, libre e informada porque caso contrario sería una desaparición forzada por la destrucción de las condiciones de vida y su sistema de creencias culturales²¹⁵. Los pueblos indígenas tienen el derecho a cambiar como cualquier otro si lo desean; tendrán que adaptarse a una situación nacional mutante, a una economía de cambio y a un medio ambiente variable, pero que ellos tengan el derecho a determinar el alcance de estos cambios y las formas en las que éstos deben producirse²¹⁶.

²¹⁵ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia SU-383/03*, Acción de tutela instaurada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC contra la Presidencia de la República y otros, Magistrado ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis, Bogotá, D.C., 13 de mayo de 2003, disponible en: <http://www.constitucional.gov.co/>, consultado: 06 de noviembre de 2008, parte II.

²¹⁶ Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *Pueblos Indígenas y Tribales...*, op. cit.

La Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural de la Organización de las Naciones Unidas para la Ciencia, la Educación y la Cultura (en adelante UNESCO), considera que los derechos humanos son los garantes de la diversidad cultural. Desde esta perspectiva, establece que la defensa de la diversidad cultural es inseparable respecto de la dignidad de la persona humana, lo que implica el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales²¹⁷. El derecho a la identidad cultural abarca tanto derechos individuales como colectivos, requiere de la realización y efectivo ejercicio de todos los derechos humanos y de su realización depende la vigencia de muchos otros derechos humanos internacionalmente reconocidos²¹⁸. Por ello, la misma Declaración reconoce que estos derechos son parte integrante de los derechos humanos, y como tales son universales, indisociables e interdependientes²¹⁹. Afirmando la naturaleza de este derecho, la CIDH ha sostenido que, para que un grupo étnico pueda subsistir preservando sus valores culturales, es fundamental que sus componentes puedan gozar de todos los derechos reconocidos por la CADH, pues de esta forma se garantiza su efectivo funcionamiento como grupo, lo cual incluye la preservación de una identidad cultural propia²²⁰. Esta naturaleza también es reconocida en nuestra Constitución como los derechos del buen vivir²²¹.

Por aquello, el derecho a la cultura para los pueblos indígenas no solamente se circunscribe en el hecho de sentido de pertenencia, expresiones artísticas y el acceso a las mismas, sino su vida misma que involucra un sistema de organización, prácticas, formas de expresiones, valores y creencias que lo hacen ser diferentes de otros, sean individual y colectivamente. El reconocimiento a esta conglomerado de sentimientos, actos y expresiones garantiza vivir como pueblo en su integridad, para lo cual requiere de la realización y efectivo ejercicio de todos los derechos humanos reconocidos, y de su

²¹⁷ Cfr. artículo 4.

²¹⁸ Cfr. O. RUIZ, *El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas...*, op. cit., pp. 198 y 199.

²¹⁹ Cfr. *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*, artículo 5.

²²⁰ Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de un sector de la Población Nicaragüense de origen Miskito*, OEA/Ser.L/V/II.62, Doc. 10 rev. 3, 29 noviembre 1983, disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Miskitosesp/Inice.htm>, consultado: 03 de noviembre de 2008, Segunda parte, literal B, párrafo 14.

²²¹ Cfr. *Constitución Política del Ecuador 2008*, artículos 21, 377 y siguientes.

realización depende la vigencia de muchos otros derechos humanos. No excluye la decisión de estos pueblos de adaptarse voluntariamente a los cambios que se les presente, como una expresión de su propio desarrollo.

2.5. La Buena Fe en la Consulta

La CNU estableció entre sus propósitos realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo de respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin ninguna distinción²²². Para cumplir dichos propósitos instituyó los principios que deben observar la Organización y los Miembros, entre ellos preveyó que cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas²²³. Con esta afirmación, la CNU estableció el principio que debe guiar a los Estados en su conducta internacional. Constituye *Jus Cogen*, por lo mismo imperativos y obligatorios para la comunidad internacional²²⁴.

En 1969, la Convención de Viena sobre los Tratados²²⁵ hizo lo propio. Dentro de su preámbulo determinó que “los principios de libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos”, reconociendo así como una regla preexistente de DI como lo hizo la CNU en su momento. Este principio ha sido concebido como un principio de costumbre, justicia, moral y de DI²²⁶.

A partir de estos reconocimientos realizados, el principio de buena fe ha tenido un amplio alcance y ámbito. La buena fe que contenía su base ética y moral, en la cual se establecía que se debía obrar con sinceridad y lealtad frente a las obligaciones contraídas entre los sujetos de una relación jurídica, ha ido desarrollando hasta la aceptación de como

²²² Cfr. CNU, Artículo 1.3.

²²³ Cfr. *ibídem*, 1.3 y 2.1.

²²⁴ Cfr. M. G. MONROY CABRA, *Derecho Internacional Público...*, op. cit., pp. 93 y 94.

²²⁵ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales*, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), Viena, 23 de mayo de 1969.

²²⁶ Cfr. M. G. MONROY CABRA, *Derecho Internacional Público...*, op. cit., p. 138.

un principio universal del derecho y del DI. Hoy en día, este contenido ético y moral se ve positivizado tanto en las normas locales e internacionales, como un modelo que deben observar los Estados frente a las obligaciones contraídas.

En el año de 1998, Ecuador aprobó²²⁷ el Convenio 169 de la OIT; un “instrumento jurídico internacional, que vincula legalmente a los países que lo ratifican”²²⁸. En ella se reconoce varios derechos a los pueblos indígenas, entre los que están el derecho a la consulta y la obtención de su consentimiento cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarlas. Además en ella se establece que la consulta que se vaya a realizarse se debe hacerlo de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias²²⁹.

La buena fe, principio universalmente aceptado, dentro de la consulta que deben hacer a los pueblos indígenas, ha sido concebido como aquella en las cuales los gobiernos deben proporcionar toda la información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas; involucra realizar la consulta a los legítimos representantes de las comunidades afectadas, siendo así, con las organizaciones e instituciones genuinamente representativas autorizadas para tomar decisiones o hablar en nombre de aquellos. Estos requerimientos imponen a los gobiernos identificar y verificar que estas organizaciones e instituciones cumplan con las exigencias mencionadas antes de iniciar la consulta y con los cuales tiene previsto tratar²³⁰. En otras palabras, las partes deben establecer un diálogo en pro de hallar soluciones adecuadas, en un ámbito de respeto, una participación plena y equitativa, tiempo suficiente y sistema de comunicación eficaz entre las partes²³¹.

El requerimiento de buena fe para la COIDH se circunscribe en realizar a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Las

²²⁷ Publicado en el Registro Oficial No. 216 de 7 de junio de 1999. La ratificación fue comunicada a la OIT mediante nota del 15 de mayo de 1998.

²²⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *Pueblos Indígenas y Tribales...*, op. cit.

²²⁹ Cfr. *Convenio 169 de la OIT*, artículo 6, numeral 2.

²³⁰ Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *Pueblos Indígenas y Tribales...*, op. cit.

²³¹ Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, *Informe del Seminario internacional sobre metodologías...*, op. cit., párrafo 47.

consultas sólo pueden ser de buena fe si son realizadas activamente; es decir, desde las primeras etapas de la formulación o planificación del plan de desarrollo o inversión para proporcionar un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades, y así brindar una adecuada respuesta al Estado, y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación. Asegurar que los consultados tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria²³². En esta medida se considera que consulta es realizado de buena fe, y será el camino por las cuales se canalizará el CPLI.

Por estas consideraciones, cuando un Estado que ha contraído obligaciones internacionales, luego de dar su consentimiento al ratificar un tratado o convenio debe ceñirse a las exigencias y disposiciones que en ellas se establecen, por lo tanto el cumplimiento de la misma deben ser efectuadas de buena fe, lo que incluye que los procedimientos que establecen para la obtención del CPLI deben ser ejecutados en observancia a estas disposiciones. La buena fe que pregona el Convenio 169 de la OIT no solo debe ser observado en cumplimiento del DI establecido por la propia CNU, sino que su actuación en aspecto específicos como con respecto a los pueblos indígenas debe ser realizado de buena fe, con una amplitud que no deje en duda que las consecuencias de los proyectos o medidas propuestos vulneren los derechos de los pueblos indígenas.

2.6. Legislación Ecuatoriana sobre la Participación y Consulta

En la Constitución Política ecuatoriana de 1998²³³ se plasmó por primera el derecho a la Consulta Previa Informada de los pueblos indígenas. Este derecho con la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT en Ecuador, reforzó y amplió el alcance y

²³² Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 172, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.doc, consultado: 25 de septiembre de 2008, párrafo 133.

²³³ *Constitución Política del Ecuador de 1998*, Publicado en el Registro Oficial No.1, 11 de agosto de 1998, artículo 84, numeral 5.

el contenido de este derecho, en la cual se reconoció la participación de los pueblos indígenas hacia el establecimiento de modelo de desarrollo que oriente su vida presente y futura²³⁴ en aspectos ambientales o culturales. Así, dentro de los derechos colectivos al medio ambiente, la Constitución estableció que toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, debe contar previamente con los criterios de la comunidad y éstos serán debidamente informados y se garantizará su participación²³⁵. A los pueblos indígenas, la Carta Suprema garantizó el derecho a ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos del subsuelo dentro de sus tierras que puedan afectar ambiental o culturalmente; participar en los beneficios de los proyectos y ser indemnizados por perjuicios socio-ambientales que les causen²³⁶. No obstante, la Constitución de 1998 no lo hizo con el mismo espíritu y alcance del Convenio 169 de la OIT.

Por su parte, la Ley de Gestión Ambiental²³⁷(en adelante LGA), fue expedida en el año 1999 con el fin de garantizar el derecho a vivir en un ambiente sano, la preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, sistema nacional de áreas naturales protegidas y el desarrollo sustentable prevenido en la Constitución.

La LGA, en su capítulo II establece mecanismos de participación social. Así, el artículo 28 dispone que “[t]oda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos...como consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado”. Además, concede la “acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía, sin perjuicios de la responsabilidad civil y penal por acusaciones maliciosamente formuladas”. En la misma disposición previene que “el incumplimiento del proceso de

²³⁴ Cfr. M. MONCADA, “Presentación”, septiembre de 2005, en M. MELO, *Consulta previa, ambiente y petróleo en la Amazonía Ecuatoriana*, Quito, Centro de Derechos Económicos y Sociales, CDES, 2006, p. V

²³⁵ Cfr. *Constitución Política del Ecuador de 1998*, artículo 88.

²³⁶ Cfr. *ibídem*, artículo 84, numeral 5.

²³⁷ Publicado en el Registro Oficial No. 245, 30 de julio de 1999.

consulta tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos”.

Aparte de lo anotado, dispone que toda actividad o proyecto, sea este público o privado debe contar con una licencia ambiental para ejecutar una actividad o proyecto propuesto, la misma que será concedido por la autoridad competente, una vez aprobado el Estudio de Impacto Ambiental, en las que se incluye la realización de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante EIA), y Plan de Manejo Ambiental, para seguir su cumplimiento. Estos mecanismos exigidos para la concesión de una licencia ambiental, tiene su finalidad última de garantizar los derechos establecidos en la Constitución respecto del derecho a vivir en un ambiente sano y la consulta a toda la población y los pueblos indígenas.

Con el objetivo de canalizar el derecho de consulta previsto en la Constitución y la LGA, se expidió varios reglamentos en esta materia. Sin embargo, su aplicación no pasó, en el mejor de los casos, de un ejercicio formal, superficial y apresurado, carente de reglamentación precisa para su aplicación²³⁸. Una revisión de las disposiciones de varios reglamentos nos confirma lo afirmado.

A inicios de 2001, mediante Decreto Ejecutivo No. 1215 se expidió el Reglamento Sustituto del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador (en adelante RAOH)²³⁹. En este cuerpo normativo, dispuso que, previa al inicio de toda licitación petrolera estatal, el organismo licitador, con el Ministerio de Energía y Minas y Ministerio del Ambiente aplicarán los procedimientos de consulta previstos en el Reglamento que expida para tal efecto. Además se dispuso que previa a la ejecución de planes y programas sobre la exploración y explotación de hidrocarburos, los entes de control deberán informar a las comunidades del área de influencia directa²⁴⁰ del proyecto

²³⁸ Cfr. M. MONCADA, “Presentación”..., op. cit., p. V.

²³⁹ Publicado en el Registro Oficial No. 265, 13 de febrero de 2001.

²⁴⁰ El Reglamento de Participación establecidos en Ley de Gestión Ambiental, define al área de influencia directa como la “Zona o territorio potencialmente afectada por una actividad o proyecto que implique impacto ambiental, la misma que será definida por la autoridad competente en el ámbito de desarrollo de un obra proyecto o actividad para limitar su alcance”. Expedida mediante Decreto Ejecutivo No. 1040, publicado en el Registro Oficial No. 332, 8 de mayo de 2008.

para conocer sus sugerencias y criterios, habrá reuniones de información para tal efecto y se compensará e indemnizará por la afectación ambiental y daños a la propiedad a la población²⁴¹. Este Reglamento, si bien en principio estableció el momento oportuno para realizar la consulta, en ninguna parte de sus artículos acogió el verdadero sentido y alcance de la consulta, ya que solo establecía que los planes y programas de explotación y exploración de hidrocarburos debían ser informados para conocer las sugerencias y criterios de la comunidad potencialmente afectada, convirtiendo así el derecho a la consulta en derecho a la información, sin ninguna previsión de participación efectiva de la comunidad.

El derecho a la consulta previa en materia de hidrocarburos ha tenido vigencia a partir de la Constitución Política de 1998. En el año 2000, mediante Decreto Ley 2000-1 se introdujo reformas a varias leyes, entre ellos a la Ley de Hidrocarburos. En esta Ley se agregó un artículo respecto del derecho a la consulta, sin embargo no se llegó a aplicarse debido a que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional en el mismo año las reformas introducidas. No habiendo normas legales que regulen el derecho a la consulta en esta materia, se propuso regular por medio de normas reglamentarias. Con este fin y con el propósito de dar cumplimiento a lo establecido en el RAOH respecto de la consulta a toda licitación petrolera estatal, a finales del año 2002 se expidió el Reglamento de Consulta y Participación para la realización de Actividades Hidrocarburíferas²⁴².

El cuerpo normativo antedicho, en sus consideraciones observó que el Convenio 169 de la OIT dispone que la consulta a los pueblos interesados debe realizarse mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas; además dijo que el artículo 28 de la LGA garantizaba el derecho de participar de toda persona en la gestión ambiental que, para lo cual, tiene derecho a ser informada oportuna y suficientemente sobre cualquier actividad de las instituciones del Estado que afecte al ambiente. El objeto de dicho instrumento era para aplicar el derecho constitucional de consulta a los pueblos indígenas y la participación de las mismas. A pesar de estas

²⁴¹ Cfr. RAOH, artículo 9.

²⁴² Expedida por Decreto Ejecutivo No. 3401, publicado en el Registro Oficial No. 728, 19 de diciembre de 2002.

consideraciones, este reglamento, ya en sus disposiciones, preveía el derecho a la consulta y participación no dirigidas a los pueblos indígenas como lo establece el Convenio 169 de la OIT y la Constitución de 1998 sino que a comunidades individualmente consideradas²⁴³. Además establecía la opción de actuar o no a través de sus organizaciones representativas, contraviniendo así lo prevenido por el artículo 6.1.a) del Convenio referido anteriormente.

La consulta que debe ser realizado con procedimientos apropiados estaba supeditada a la disponibilidad y capacidad instalada²⁴⁴ para ello. Además, la participación en los procesos de consulta de un indígena estaba condicionada a ser técnico y calificados por un colegio profesional, limitando así la participación a través de sus representantes e instituciones representativas de los pueblos directamente afectados. Igualmente, la participación de toda persona en la gestión ambiental y a ser informada oportuna y suficientemente tenía un límite al estar establecido como reservado la información que no correspondía específicamente a los criterios, comentarios, opiniones y propuestas referentes a las medidas socio ambientales relacionados²⁴⁵, dando lugar así a la posibilidad de que la información clave del proyecto a ser consultado sea declarada confidencial²⁴⁶.

Por otra parte, contrariamente al objeto de dicho Reglamento, la recopilación, consideración y su incorporación de criterios estaba condicionado a la viabilidad técnica y económica y legalmente procedente en todas las fases de consulta. Además, el proceso de consulta se limitaba a realizar a las comunidades que se encuentran en el área de influencia directa de la licitación o del proyecto, preveyendo así una limitada participación de toda la población que en materia ambiental garantizaba la Constitución.

En definitiva, a pesar de que la LGA estaba vigente desde el año 1999 y en su artículo 28 previó que “el incumplimiento de proceso de consulta al que se refiere el artículo 88 de la Constitución Política de la República tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos”, no se cumplió de

²⁴³ Cfr. M. MELO, *Consulta previa, ambiente y petróleo en la Amazonía Ecuatoriana*, Quito, Centro de Derechos Económicos y Sociales, CDES, 2006, p. 81.

²⁴⁴ Cfr. *Reglamento de Consulta y Participación para la realización de Actividades Hidrocarburíferas*, artículo 15, inciso 2.

²⁴⁵ Cfr. *ibídem*, artículo 30.

²⁴⁶ Cfr. M. MELO, *Consulta previa, ambiente y petróleo...*, op. cit. p. 81.

manera idónea, dando razón así a los intereses del poder y en perjuicio de los más débiles y vulnerables.

En el año 2006 fue expedido el Reglamento al artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental sobre la Participación Ciudadana y Consulta Previa²⁴⁷. Tenía como objetivo el de garantizar el derecho colectivo e individual de vivir en un ambiente sano a toda la población prevista en los artículos 23, numeral 6 y 86, y la participación y consulta establecidas en los artículos 88 y 84, numeral 5, respectivamente, de la Constitución Política de 1998. Dicho Reglamento estableció la consulta en dos sentidos: en la fase de pre-ejecución y ejecución; siendo el primero entre otras, para la aprobación de políticas, estrategias, planes y programas que involucre el riesgo ambiental; y el segundo “para informar adecuadamente a la comunidad, acerca de las variables ambientales relevantes de sus respectivos estudios de impacto ambiental y planes de manejo, a fin de recibir y contar con sus criterios como requisito para el otorgamiento de la licencia ambiental”²⁴⁸. A pesar de que este Reglamento garantizaba la participación y consulta en la fase de pre-ejecución y ejecución, estableció en su artículo 13 que existiría un estudio preliminar, en la que no se previó el ejercicio de este derecho, aunque reconoció que la misma sería puesta a consideración de la comunidad para su criterio, y dependiendo del resultado de estos estudios y el análisis ambiental preliminar, daría lugar o no la consulta previa de ejecución.

Por otra parte, este cuerpo normativo, como los otros, dio más prioridad a los directamente afectados previa a la toma de una decisión que cause riesgo ambiental y la finalidad última era informar a la población afectada; estableció la participación y la consulta como meros medios de obtención de criterios y de información a la comunidad. En cuanto a los pueblos indígenas, de manera positiva proveyó que se deberá respetar y observar sus formas culturales y de organización, así como los derechos que les han sido reconocidos por los instrumentos internacionales vigentes en virtud de decisiones de

²⁴⁷ Expedida por el Decreto Ejecutivo No. 1897, publicado en Registro Oficial No. 380, 19 de octubre de 2006.

²⁴⁸ *Reglamento al Art. 28 de la Ley de Gestión Ambiental sobre la Participación Ciudadana y Consulta Previa*, artículo 28.

riesgo ambiental que afecte sus territorios²⁴⁹. Sin embargo, esta observancia positiva no se vio concretada porque los criterios de la comunidad no serían incorporados en la decisión final a adoptarse. Esta posición se vio reforzada con la disposición que preveía que el Reglamento no regulaba el procedimiento del consentimiento fundamentado previo previsto en diferentes instrumentos internacionales en materia ambiental ratificado por Ecuador, ni el procedimiento de consulta para acceso a recursos genéticos²⁵⁰. Esto demostró una vez más que la consulta era meramente informativa y contrario a toda norma internacional adoptado por el Estado ecuatoriano, y al mismo tiempo, el incumplimiento de todo principio internacional universalmente reconocido y obligaciones adquiridas.

De lo anterior, podemos observar que el alcance que se ha dado a este derecho es limitado, constituyéndose en consecuencia, el derecho a la consulta en meramente informativo y su aplicación deficiente en la práctica .

Con estas deficiencias aludidas, en el año 2008, se expidió el Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental. Este Reglamento derogó el Reglamento al artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental sobre la Participación Ciudadana y Consulta Previa.

2.6.1. El Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental.

El Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental²⁵¹ es uno más de los tantos cuerpos reglamentarios expedidos con el fin de instrumentar el alcance requerido al ejercicio pleno y efectivo del derecho a la consulta reconocido a nivel Legal, Constitucional e

²⁴⁹ Cfr. *Reglamento al Art. 28 de la Ley de Gestión Ambiental sobre la Participación Ciudadana y Consulta Previa*, artículo 41, inciso 2.

²⁵⁰ Cfr. *ibídem*, artículo 42.

²⁵¹ Expedida mediante Decreto Ejecutivo No. 1040, publicado en el Registro Oficial No. 332, 08 de mayo de 2008.

Internacional. Es el último de los instrumentos reglamentarios en regular sobre esta materia, ya que al expedir éste, a más del Reglamento al artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental sobre la Participación Ciudadana y Consulta Previa y Reglamento de Consulta de Actividades Hidrocarburíferas, derogó los derechos de participación y consulta previstos en diferentes Reglamentos sectoriales²⁵². Al igual que otros Reglamentos en esta materia, establece los mismos lineamientos a seguir, pero con ciertas salvedades.

El Reglamento en mención, en sus considerandos expone que el artículo 28 de la LGA garantiza el derecho a participar en la gestión ambiental a través de los diversos mecanismos de participación social, entre ellos, la Consulta. Sin embargo, a pesar de observar el requerimiento establecido por el artículo 28 de la LGA es sus considerandos, en su artículo 8 no prevé la Consulta como uno de los mecanismos de participación, aunque hace la salvedad de que éste será sin perjuicio de otros mecanismos establecidos en la Constitución y la Ley, además de que la aplicación de los procedimientos establecidos en este instrumento se aplicará sin perjuicio del régimen especial que otorga los artículos 84²⁵³ y 85 de la Constitución²⁵⁴ a los pueblos indígenas y afroecuatorianos. A pesar de las justificaciones que realiza el Reglamento, a la hora de poner en práctica, no habrá un cuerpo normativo que canalice o establezca los procedimientos a cumplir para efectivizar el derecho a la Consulta establecido a nivel legal y Constitucional, porque frente a la falta de normas secundarias y mecanismos para la aplicación de principios y derechos colectivos reconocidos en las Constitución y en la legislación internacional, se ha observado como

²⁵² *El Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental*, disposición final tercera. Entre ellas, el artículo 9 del *Reglamento Sustituto del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador* que establecía consulta previa de toda licitación petrolera estatal y previa a la ejecución de planes y programas sobre exploración y explotación de hidrocarburos; el artículo 21 del *Reglamento Ambiental sobre Actividades Eléctricas*, que establecía la participación ciudadana previa a la presentación de EIA de un proyecto nuevo, obra o instalación destinada a la generación, transmisión o distribución de energía eléctrica; el literal a) del artículo 20 del Libro VI de la Calidad Ambiental del Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria que establecía los momentos de participación, entre ellos durante la elaboración de los términos de referencia y previo a su presentación a la autoridad ambiental de aplicación para su revisión y aprobación; y, previo a la presentación del estudio de impacto ambiental a la autoridad ambiental de aplicación en base de un borrador de dicho estudio”.

²⁵³ En la *Constitución Política del Ecuador 2008*, artículos 57 y 58

²⁵⁴ Cfr. *El Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental*, artículo 26.

consecuencia en muchos países, la falta de ejercicio pleno de derechos como a la consulta, al consentimiento fundamentado previo, a la distribución equitativa de beneficios, entre otros²⁵⁵.

La consulta forma parte importante de cualquier proceso de participación. Esta particularidad hace que el único Reglamento vigente para estos temas sea más deficiente que todas las anteriores, con bastantes limitaciones en sus disposiciones.

Otra observación que merece son las fases de participación que prevé este Reglamento. En sus disposiciones se establece de manera general que la participación se lo hará en todas las fases de toda actividad o proyecto propuesto, especialmente las relacionadas con la revisión y evaluación de impacto ambiental²⁵⁶. Esta previsión en últimos términos significa que las fases preliminares a la pre-ejecución y la pre-ejecución misma no contarán con la participación de la ciudadanía, sino que solamente en la fase de ejecución. Con ello se vulnera el derecho de participación y consulta que se requiere en todo fase y decisión estatal que afecte negativamente el ambiente, y consecuentemente a la tierra, territorios y recursos de los pueblos indígenas.

El artículo 9 dispone que se considerará e incluirá los criterios de la comunidad siempre y cuando sea técnica y económicamente viable, lo que indica que la ejecución del proyecto propuesto se llevará a cabo pese a que los pueblos indígenas puedan oponerse, convirtiendo así una vez más en un formalismo legal e informativo que tienen que cumplir los proponentes de proyecto.

Finalmente, establece la posibilidad de que una vez realizada la participación social, si los sujetos de la misma se opusieron a la actividad o proyecto que genere impacto ambiental, esta no podrá llevarse a cabo²⁵⁷, con la particularidad de que la autoridad

²⁵⁵ Cfr. L. BARRAGÁN A., *Informe del seminario/taller pueblos indígenas y áreas protegidas en América Latina*, RedParques, FAO, San Martín de los Andes, Argentina 26 - 29 de septiembre, 2007, disponible en: <http://www.rlc.fao.org/es/tecnica/parques/pdf/TallerPueb.pdf>, consultado: 07 de marzo de 2008, p. 10.

²⁵⁶ Cfr. *El Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental*, artículo 10.

²⁵⁷ Un ejemplo de ello demostró Rusia. En este caso, “la Federación de Rusia [presentó] el resultado del caso concerniente al proyecto de prospección de gas Gazprom, en el distrito autónomo de Yamal-Nenetz. Un estudio etnológico realizado con la ayuda de expertos académicos, que había sido encargado por la Asociación Rusa de Pueblos Indígenas del Norte (RAIPON), y que había llegado a la conclusión de que el

competente insista en su realización, lo que será resuelto en instancia superior²⁵⁸. El texto de este artículo es concordante con la disposición constitucional vigente²⁵⁹. Aunque el Reglamento en sus disposiciones no reconoce a la consulta como parte importante de la participación, este artículo establece el sentido y alcance de la consulta y sus consecuencias, pero no será eficaz por las limitaciones introducidas en la misma, pues “[l]a obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación”, sino que comporta “la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”²⁶⁰.

En definitiva, si bien regula la participación como medio para hacer efectivo los derechos reconocidos, lo hace de manera amplia y general, sin entrar en un tratamiento eficaz del tema que pueda garantizar los derechos de los pueblos indígenas y de toda la población, sumado a ello la omisión es sus disposiciones en cuanto a la consulta como mecanismo de participación que tienen los pueblos indígenas. Sin embargo, por disposición constitucional y legal, el derecho a la consulta está garantizado, pero no tendría una efectividad plena si el Reglamento que tienen que canalizar no lo hacen de forma adecuada.

proyecto tendría efectos negativos en la comunidad, obligó a Gazprom a poner fin a su prospección”. Este ejemplo demuestra el pleno reconocimiento y el respeto de los derechos adquiridos establecidos en la Constitución, lo cual en Ecuador tiene mayores dudas que certezas. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, *Conferencia sobre Pueblos Indígenas y Cambio Climático...*, op. cit., párrafo 36.

²⁵⁸ Cfr. *Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental*, artículo 22

²⁵⁹ Cfr. *Constitución Política del Ecuador 2008*, artículo 57, numeral 7.

²⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Sentencia de Fondo, de 29 de julio de 1988 (Fondo), Serie C, No. 4, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf, consultado: 20 de noviembre de 2008, párrafo 167.

2.7. La Consulta en el Ecuador

La consulta en el Ecuador, en la práctica, ha sido concebida como una mera formalidad contractual, un requisito, un procedimiento administrativo a cumplir para poder ejecutar un contrato, por lo tanto, cualquier mecanismo ha sido válido, cualquier forma de presión, de acoso, de chantaje ha sido utilizada. La consulta, en algunos casos, se ha realizado sin considerar el momento de la misma, quién la hace y a quienes la dirige, con la consecuente violación de los derechos de los pueblos indígenas. En otros casos, la consulta ha sido como un acuerdo voluntario de carácter bilateral, en las cuales, las empresas establecen acuerdos voluntarios con las comunidades en forma directa, sin la intervención y vigilancia del cumplimiento de estos acuerdos por parte del Estado. Estos acuerdos no generan efectos jurídicos, pues las comunidades renuncian al ejercicio de los mecanismos que le da la ley para el cumplimiento de las obligaciones contractuales²⁶¹ celebradas de buena fe. Una muestra de ello ocurrió con la Comuna de Río Jivino, en la cual, la Comuna solicitó a la Compañía Petrolera OXY que antes de construir otro pozo consulte, repare los daños e indemnice a la Comunidad; a esta petición negó la petrolera²⁶².

En gran mayoría de los casos, los pueblos y las Comunidades indígenas han sometido al acuerdo voluntario propuesto por las empresas, y al no contar con personas profesionales que conozcan el tema, han perdido sus derechos de recibir una indemnización justa por las actividades y proyectos ejecutados en sus territorios o que llegando a un acuerdo que en menor medida favorece a aquellos, estos no han sido cumplidos por las empresas y sus exigencias han sido compelidos por la Fuerza Pública. En peor de los casos, los dueños de los terrenos han sido obligados a firmar el contrato

²⁶¹ Cfr. ACCIÓN ECOLÓGICA, *“El OCP violó derecho a la consulta previa: Cero en consulta Previa”*, Alerta Verde No. 108, 2001.

²⁶² Cfr. I. YÁNEZ, *La manera occidental de extraer petróleo: la OXY en Colombia, Ecuador y Perú*, Acción Ecológica, Quito, 2001, p. 121.

relativo al derecho de vía bajo presión, engaños y amenazas de expropiación, de intervención de la fuerza pública y hasta de muerte²⁶³.

Una forma de dar la apariencia de legitimidad al derecho a la consulta ha sido recurrir por parte de las empresas transnacionales petroleras a las estrategias de engaño a las comunidades mediante la entrega de dádivas ofrecidas por la empresa y no solicitadas por la comunidad, dando lugar a la desproporcionalidad entre las indemnizaciones que debe recibir la comunidad y el daño que causa la petrolera; compra de voluntades y viajes para desinformar, en donde la empresa indica los supuestos beneficios de su entrada en la comunidad, paseos y vacaciones pagados a los líderes de la comunidad; manipulación y división con el ofrecimiento de empleos, votación en grupos sin testigos opositores y pagos en dinero a los líderes causando la división; desprecio cultural por la dependencia económica y facilidad de recurso; y, violación sistemática de leyes, entre otras, con la omisión de realizar Estudio de Impacto Ambiental, la desinformación a los afectados sobre los daños que genera la explotación petrolera al ambiente, salud, cultura, producto de la contaminación²⁶⁴.

Los casos descritos son una demostración de que instituciones del Estado ecuatoriano, como la Fuerza Pública, funcionarios públicos y la misma empresa, no sólo violan la Constitución de la República, sino que también vulneran normas del derecho internacional sobre derechos humanos, firmados y ratificados²⁶⁵ por el propio Estado. Estas violaciones cometidas por la Fuerza Pública, ha llevado a observar al Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales que en afán de responder a las reclamaciones de los pueblos indígenas, los Estados han amparado en sus legislaciones antiterroristas adoptadas, las cuales en muchos casos pueden llegar a estigmatizaciones erróneas de terroristas a actividades de las comunidades indígenas relacionadas con conflictos acerca

²⁶³ Cfr. N. WEEMAELS, “Impactos de la construcción del Oleoducto de Crudos Pesados”, Acción Ecológica, Quito, 2002, p. 36, citado por ACCIÓN ECOLÓGICA, *Violación de los Derechos Humanos en la Construcción del OCP (oleoducto de crudos pesados)*”, Alerta Verde No. 126, mayo de 2003, pp. 3 y 4.

²⁶⁴ Cfr. I. YÁNEZ, *La manera occidental de extraer petróleo...*, op. cit., pp. 128, 134, 138 y 140.

²⁶⁵ Cfr. ACCIÓN ECOLÓGICA, *Violación de los Derechos Humanos...*, op. cit., p. 3.

de los derechos a la tierra y los recursos naturales. Por esta razón, dicho personero instó a los Estados no aplicar sus leyes y medidas de lucha contra el terrorismo a movimientos sociales o de protesta de pueblos indígenas o de comunidades minoritarias que reclamen el reconocimiento y la plena protección de sus DESC, incluido el derecho al goce de su propia cultura distintiva, que con frecuencia está relacionado con las tierras y los medios específicos de subsistencia²⁶⁶.

En todas las actividades de extracción de los recursos no renovables y actividades que comprometen el medio ambiente, los derechos reiteradamente vulnerados han sido los derechos a la vida, a la integridad personal; a la libertad, a la dignidad, derecho a la propiedad; derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos; derecho a la no discriminación; derecho a una protección judicial efectiva, a la indemnización y reparación por los perjuicios²⁶⁷ ocasionados en torno a estas actividades. En ninguno de los casos se ha observado los procedimientos de consulta establecido por el propio Estado. De esta manera, la extracción de recursos naturales en la Amazonía, procesos que muchas veces se ven como constitutivos de un modelo de desarrollo, han sido realizados a costa de la gente y de la naturaleza²⁶⁸ en actividades que involucra el medio ambiente y consecuentemente a los pueblos y comunidades indígenas. Sobre estos hechos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (en adelante CDESCNU) ha expresado su preocupación al reconocer los efectos negativos sobre la salud y el medio ambiente de las actividades de extracción de recursos naturales que las empresas realizan a expensas del ejercicio del derecho a la tierra y los derechos culturales de las comunidades indígenas afectadas y del equilibrio del ecosistema²⁶⁹.

²⁶⁶ Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, *Información recibida del sistema de Naciones Unidas y de otras organizaciones intergubernamentales: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, Séptimo periodo de sesiones, 21 de abril a 2 de mayo de 2008, E/C.19/2008/4/Add.14, Nueva York, N.U., 2008, disponible en: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/240/96/PDF/N0824096.pdf?OpenElement>, consultado: 25 de septiembre de 2008, párrafo 12.

²⁶⁷ Cfr. ACCIÓN ECOLÓGICA, *Violación de los Derechos Humanos...*, op. cit., p. 3.

²⁶⁸ Cfr. M. MONCADA, *“Presentación”...*, op. cit., p. VI.

²⁶⁹ Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Ecuador*,

El derecho a la consulta como una formalidad se ve reflejado cuando el propio Estado y algunos de los sectores de poder interesados en la ampliación de la frontera petrolera, consideran que la consulta previa propiciaría un mayor conocimiento de la actividad petrolera, se persuadiría a los afectados de los beneficios que el ingreso de las empresas a territorio indígena pueden reportarlos y se negociarían reparaciones para los efectos negativos sobre el ambiente²⁷⁰, sin tener en consideración en ninguno de los casos, la violación de los derechos humanos y consecuentemente, la responsabilidad del Estado a nivel internacional. Los interesados del sector petrolero perciben que el reconocimiento de derecho a la consulta y el seguimiento a los procedimientos establecidos para hacer efectivo la misma, como un espacio inconveniente que dificulta el ejercicio de la autoridad pública en la definición de la política petrolera y encarece los términos de negociación con las comunidades afectadas²⁷¹, pues aquellos son los beneficiarios de la misma. Además consideran a la consulta solamente como un mecanismo para el establecimiento de medidas de prevención y remediación de impactos como los socioambientales, argumentando que la potestad de decidir es exclusiva del Estado, la cual no se puede delegar a los pueblos indígenas²⁷². A estas afirmaciones se debe considerar que el objetivo del derecho a proteger es el de las personas y en este caso, son los pueblos indígenas que se ven afectados por el establecimiento de medidas de todo tipo; sin embargo, por intereses particulares y económicos se han olvidado de los pueblos y culturas que se hallan

32º período de sesiones, 26 de abril a 14 de mayo de 2004, E/C.12/1/Add.100, nueva York, N.U., 2004, disponible en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.1.Add.100.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.1.Add.100.Sp?Opendocument), consultado: 10 de enero de 2009, párrafo 12.

²⁷⁰ Cfr. M. MELO, *Consulta previa, ambiente y petróleo...*, p. 18.

²⁷¹ Cfr. *ibídem*.

²⁷² Un estudio de la Defensoría del Pueblo de Perú articula que “[l]a consulta pública debe ser entendida como un proceso dinámico y permanente, un diálogo horizontal y constructivo entre Estado, empresa y miembros de comunidades y pueblos indígenas afectados, que no concluye con el inicio de las actividades sino que se prolonga durante la ejecución y finalización de estas y en las cuales los participantes deben tener un papel activo. La consulta puede ayudar a identificar a los principales actores, conflictos existentes o potenciales en el área del Proyecto, así como los intereses y expectativas de la población afectada. Asimismo, la consulta puede constituir un mecanismo útil para la participación en la toma de decisiones y el intercambio de información entre las partes”. DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *El proyecto CAMISEA y sus efectos en los derechos de las personas*, Informe Defensorial No. 103, Serie Informes Defensoriales, Lima-Perú, marzo de 2006, disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/inform-defensoriales.php>, consultado: 05 de octubre de 2009, p. 76

presenten en las áreas de operación, desconociendo como sujetos colectivos de derechos²⁷³, sin perjuicio de los Derechos de la Naturaleza que reconoce la Constitución vigente.

Sobre los alcances que se ha dado del derecho a la consulta en el Ecuador, el CDESCNU ha observado la falta de una completa implementación en la práctica del derecho de las comunidades indígenas a la tierra y a ser consultadas antes de que los recursos naturales sean explotados en sus territorios, a pesar del reconocimiento expreso de la Constitución²⁷⁴. Por estas consideraciones, el CDESCNU exhortó encarecidamente al Estado ecuatoriano garantizar a los pueblos indígenas su participación en las decisiones que afecten sus vidas y en particular, realizar consultas a la población indígena interesada²⁷⁵.

Hemos podido constatar que la consulta previa establecida en nuestra Constitución de 1998 fue de alcance limitado y cumplía como un requisito de formalidad para dar legitimidad del derecho a la consulta. Por su parte, la Constitución vigente recoge el espíritu y alcance del artículo 6, numeral 2 del Convenio 169 de la OIT. Será el Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental la que regule el procedimiento determinado en la disposición constitucional aludida.

El Reglamento antedicho, como hemos sostenido, es concordante con la norma de la Constitución en el sentido de que prevé la posibilidad de no llevar a cabo una actividad o proyecto cuando los participantes se oponen por el impacto ambiental que causaría. Cabe deducir entonces que, toda actividad o proyecto con tales características ambientales perjudiciales no tendría lugar a ejecución. Esta disposición reglamentaria encierra solamente una utopía, pues la participación y la consulta seguirán siendo de naturaleza de

²⁷³ 15. Cfr. R. DE LA CRUZ, *Descripción de la comprensión corriente del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas como un asunto metodológico, en las actividades relacionadas con pueblos indígenas: significado y desafíos*, 17 - 19 de enero de 2005, PFII/2004/WS.2/5, Nueva York, N.U., Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, 2005, disponible en: www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop_FPIC_delacruz.doc, consultado: 02 de agosto de 2008, párrafo 5.

²⁷⁴ Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos...*, op. cit., párrafo 12.

²⁷⁵ Cfr. *ibídem*, párrafo 35.

meros informativos, ya que de ninguna manera existirá la posibilidad de impedir que se lleve a cabo la ejecución de proyectos como los petroleros, porque en cuyo caso se verán compelidos por la fuerza o bajo amenaza como en ocasiones anteriores. Pero si este no es el caso, el recurso legal que el mismo Reglamento establece al decir que habiendo la oposición mayoritaria sobre un determinado proyecto que puede causar daños ambientalmente se sujetará a lo establecido en la Ley y la Constitución, abre la posibilidad de presionar y entrar por esa vía, de algo que con estricto observancia y respeto de los derechos reconocidos se puede lograr con absoluta normalidad. Un estado que respeta los derechos adquiridos admitiría la necesidad de proponer y generar nuevas opciones que sean socialmente incluyentes y ambientalmente respetuosas en cumplimiento de las disposiciones constitucionales y compromisos internacionales adquiridos²⁷⁶. En todo caso, el indicado Reglamento, como es el único cuerpo legal que norma en este tema, regulará todas las actividades y proyectos estatales que se vayan a desarrollarse en el futuro, y por lo tanto, se deberá observar los procedimientos y disposiciones carentes de toda constitucionalidad establecida en ella.

Cabe terminar observando que, a pesar de que se establecen disposiciones que garantizan los derechos de los pueblos indígenas, la negación del consentimiento de los sujetos consultados, se procederá de acuerdo a la Ley y la Constitución, es decir, será el Estado el que tenga la última palabra para decidir sobre la explotación de los recursos naturales. A ello se debe sumar, la falta de una Ley que regule sobre el derecho de la consulta prevista por la Carta Magna. Hasta ahora, la regulación ha sido por vía de reglamento, cuerpo normativo contrario en sus disposiciones a la Constitución, Tratados Internacionales y a la LGA. En este sentido, a pesar de que la Constitución de 1998 disponía que requerirá de Ley para normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales garantizados en la Constitución²⁷⁷, y las que regulen las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección²⁷⁸ será por vía de Leyes Orgánicas, se expidieron para regular el ejercicio de derecho a la consulta previa sin que

²⁷⁶ Cfr. M. MONCADA, "Presentación"..., op. cit., p. VI.

²⁷⁷ Cfr. artículo 141.1.

²⁷⁸ Cfr. artículo 142.3.

haya una Ley Orgánica previamente expedida por la mayoría absoluta de los integrantes del Congreso Nacional²⁷⁹; contraviniendo así, a toda disposición constitucional. Más bien, este derecho fundamental es canalizado por disposiciones reglamentarias como pudimos constatar. En todo caso, hay que decir que la Constitución vigente establece en los mismos términos sobre la expedición de una Ley Orgánica para regular los derechos fundamentales²⁸⁰. Por lo tanto, el legislador deberá observar este procedimiento para viabilizar el ejercicio del derecho a la consulta previsto en la Constitución.

2.8. La Consulta como medio para alcanzar el Consentimiento Previo, Libre e Informado

Como hemos aludido anteriormente, los procesos de consulta y participación son componentes fundamentales hacia la obtención de CPLI. Uno de los instrumentos internacionales vinculantes que regula el derecho de los Pueblos Indígenas como el Convenio 169 de la OIT así lo confirma. En varias de sus disposiciones se lee que “[a] aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán...”; indicación que obliga el estricto apego a las disposiciones en ellas instituidas por parte de los Estados que lo ratifican.

En su artículo 6 empieza refiriendo al texto aludido anteriormente. El mencionado artículo contiene normas respecto de la consulta que deben realizar los Estados a los Pueblos Indígenas mediante procedimientos adecuados y a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas que sean susceptibles de afectar directamente; además exige que la consulta sea realizado de buena fe y de manera apropiado a las circunstancias, para llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento acerca de las medidas propuestas. De esta forma, el Convenio 169 de la OIT establece como uno de los mecanismos de participación de los pueblos indígenas a la consulta. Así, para los casos de las medidas que puedan afectarlos directamente,

²⁷⁹ Cfr. artículo 143.3.

²⁸⁰ Son los artículos 132, 133.2 y 120.7.

incluyendo los programas de prospección y explotación de recursos naturales en sus tierras, este instrumento determina la obligatoriedad de la consulta, que deberá efectuarse “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”²⁸¹. En este sentido, la consulta viene a ser un mecanismo que respeta el pleno ejercicio del derecho de participación, desde la información, el consentimiento pleno y expresado libremente, hasta la objeción²⁸², para garantizar el derecho y la integridad de los pueblos indígenas frente a las actividades que vulneren los derechos ambientales, colectivos y culturales. Por estas razones, la consulta para los pueblos indígenas es una oportunidad de hacer valer y escuchar su voz para participar en la toma de decisiones frente a las medidas estatales que afecta como pueblos, es decir que, consideran como una facultad que tienen para tomar decisiones sobre todos los asuntos que les afecta²⁸³.

En efecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, recomendó a los Estados Partes garantizar a los pueblos indígenas el goce de derechos iguales a su participación efectiva en la vida pública

²⁸¹ *Convenio 169 de la OIT*, artículo 6.2.

²⁸² Cfr. ACCIÓN ECOLÓGICA, *EIOCP violó derecho a la consulta previa...*, op. cit., p. 3.

²⁸³ La CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA consideró que para el caso de los pueblos indígenas, el derecho a participar, mediante el mecanismo de consulta previa en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales, tiene rango de derecho fundamental debido a su importancia para la protección de su integridad cultural, social y económica de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. Por ello entendió que la consulta prevista en la Constitución y el Convenio 169 de la OIT exige la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento mutuo, tendientes a buscar que los pueblos indígenas tengan un conocimiento pleno sobre los proyectos de exploración o explotación de los recursos naturales en sus territorios, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución, a conocer las repercusiones de la ejecución del proyecto que puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política, tener la oportunidad de manera libre y sin interferencias de valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo, y en la medida de lo posible debe ser acordada y concertada. Y cuando el acuerdo o concertación no es posible, la decisión de la autoridad no debe ser arbitraria y autoritario, por lo tanto debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. Por consiguiente, no tiene el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia SU-039/97*, Acción de tutela instaurada por Grupo Étnico Indígena U'WA en contra de Ministerio del Medio Ambiente y la Empresa Occidental de Colombia, Inc., Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell, Santafé de Bogotá, D.C., 03 de febrero de 1997, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/>, consultado: 25 de noviembre de 2008, sección II, párrafos 3.2.

y que se abstenga de tomar decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado²⁸⁴. Estas consideraciones prevén a la consulta como un mecanismo a través de la cual la ciudadanía ejerce el derecho de participar en la formación de la voluntad estatal, que afectan el pleno ejercicio de varios de sus derechos reconocidos. Este ejercicio permite acceder, ejercer y garantizar otros derechos fundamentales²⁸⁵ que en ella se circunscriben. Por ello, siendo la consulta el medio por la cual se influye en la decisión estatal, el resultado de la consulta será obligatorio para el gobernante, y la adopción de una política que implica riesgo al pleno ejercicio de los derechos, sólo será legítimo en la medida en que el gobernante, a través de la consulta, haya obtenido el consentimiento previo y fundamentado de los gobernados²⁸⁶.

La consulta válidamente realizada es un componente fundamental hacia la obtención del CPLI. Particularidad que ha sido reconocido por el CDESCNU en el sentido de que se debe realizar la consulta “a la población indígena interesada y obtener su consentimiento antes de la ejecución de los proyectos de extracción de recursos naturales y acerca de las políticas públicas que le afecten, de conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT”²⁸⁷. En este sentido, la propia OIT ha explicado que los elementos de buena fe, representatividad y adopción de decisiones mediante las propias metodologías de los pueblos indígenas que se encuentran previstas dentro de los principios de consulta y participación son fundamentales para el CPLI, ya sea en proyectos de desarrollo y en cuestiones de gestión de los asuntos públicos²⁸⁸.

Como hemos sostenido, la participación es un mecanismo trascendental en la toma de decisiones, y la consulta forma parte importante del proceso de participación hacia la

²⁸⁴ Cfr. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL RELATIVA A LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, *Recomendación general N° XXIII relativa a los derechos de los pueblos indígenas*, 51° período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7 at 248, Nueva York, N.U., 1997, disponible en: http://training.itscilo.it/files/CD_Use_Int_Law_web/Additional/Library/Spanish/UN_S_B/GR_racial-discr/gr23_1997.pdf, consultado: 20 de octubre de 2008, párrafo 4, d).

²⁸⁵ Cfr. M. MELO, *Consulta previa, ambiente y petróleo...*, op. cit. p. 24

²⁸⁶ Cfr. *ibídem*, p. 26.

²⁸⁷ NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos...*, op. cit., párrafo 35.

²⁸⁸ Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, *Informe del Seminario internacional sobre metodologías...*, op. cit., párrafo 24.

búsqueda del CPLI. Como tal mecanismo, se puede identificar los conflictos existentes o potenciales en el área del proyecto, principales actores, los intereses y expectativas de las comunidades afectadas. Esta concepción implica que la participación se legitima en la medida en que se otorga la posibilidad real de influir en el resultado de un proyecto, modificarlo e incluso evitarlos, si es necesario²⁸⁹.

La naturaleza de la consulta a los pueblos indígenas que requiere que se debe realizar en todas las medidas que prevean adoptar y que son susceptibles de afectarles directamente e indirectamente, en el campo de acceso a los recursos genéticos y conocimientos ancestrales, se ha hecho eco de que la “aplicación de la estructura de acceso a los recursos genéticos puede llegar a impedir la misma ejecución de contratos de acceso si la reglamentación correspondiente no ha contado con la participación de las comunidades correspondientes”²⁹⁰. Además, la participación y consulta se vuelve de ineludible observación en la colección de muestras genéticas para hacer colectas de material promisorio, el conocimiento tradicional de las comunidades juega un papel importante en la medida en que estos orientan la búsqueda y aumenta las probabilidades de éxito²⁹¹.

Al respecto del derecho a la consulta que tiene los pueblos indígenas y como medio hacia la obtención del CPLI, existen varios pronunciamientos a nivel nacional e internacional.

Así, al decir de la CIDH, ha sido del pronunciamiento de que la omisión por parte del Estado de realizar la consulta a los pueblos indígenas afectados antes de iniciar las actividades madereras dentro de los territorios indígenas trae consigo la omisión de la obtención del CPLI y la abstención de regulaciones relativas a esas actividades y la supervisión efectiva de la forma en que se desarrollaría la misma, viola el derecho a la

²⁸⁹ Cfr. B. TOBIN, F. NOEJOVICH Y C. YÁNEZ, *Petroleras, estado y pueblos indígenas: el juego de las expectativas*, Lima, Defensoría del Pueblo, 1998, pp. 27 y 29.

²⁹⁰ A. ZERDA SARMIENTO, *Diseño de Mecanismos Costo-Efectivos para Requerir Consentimiento Informado Previo y Efectuarla Revelación de Origen para el Acceso y Utilización de los Recursos Genéticos y Conocimiento Tradicional*. Centro Internacional para el Comercio y el Desarrollo Sostenible, septiembre de 2005, disponible en: <http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/Zerda%20FINAL%20Formatted.pdf>, consultado: 28 de julio de 2008, p. 7

²⁹¹ Cfr. *ibídem*.

propiedad²⁹². Esta resolución expone que la consulta, a más de ser un medio a través de la cual participan los pueblos indígenas en asuntos que les afecte, constituye a la vez un medio importante hacia la obtención del CPLI.

Por su parte, en una importante decisión, la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que el mecanismo de la consulta previa es un derecho fundamental garantizado a los pueblos indígenas que deben ser observados en forma obligatoria²⁹³. En este sentido, expuso que las decisiones atinentes a Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos que adelantan en sus territorios, deben ser consultados de manera efectiva y eficiente con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, en observancia a los principios y reglas contenidos en el Convenio 169 de la OIT. Por ello indicó que mediante procedimientos de consulta se busca llegar a un consentimiento de los pueblos indígenas afectados por las medidas adoptadas²⁹⁴.

La misma Corte, en casos de adopción de medidas legislativas ha pronunciado que si una Ley contiene en sus disposiciones políticas generales, definiciones, pautas y criterios que son susceptibles de afectar las áreas en las que se encuentran asentadas las comunidades, y como tal, repercutir sobre sus formas de vida y su relación estrecha con el bosque, debe ser consultados a dichas comunidades para evitar que la misma afecte negativamente de acuerdo a la Constitución y el Convenio 169 de la OIT, y no se puede sustituir el proceso participativo que en ella se cumple en torno al proyecto de ley. Es necesario poner en conocimiento para dar oportunidad efectiva para su pronunciamiento. En esta medida, ha pronunciado que da lugar a declaratoria de inexecutable de la ley²⁹⁵.

²⁹² Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Report on Admissibility and Merits No. 09/06 on the Case of the Twelve Saramaka Clans*, 2 de marzo de 2006, párrafo 219, citado por FOREST PEOPLES PROGRAMME Y ASSOCIATION OF SARAKAMA AUTHORITIES, *Consentimiento Libre, Previo e Informado: Dos Casos en Surinam*, Documentos de trabajo sobre el CLPI, Forest Peoples Programme, marzo de 2007, disponible en: http://www.forestpeoples.org/documents/law_hr/fpic_surinam_mar07_sp.pdf, consultado: 10 de abril de 2008, p.3.

²⁹³ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia SU.383/03...*, op. cit., párrafo 3.1, a).

²⁹⁴ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia SU.383/03...*, op. cit., punto resolutivo segundo.

²⁹⁵ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C-030/08*, Declaratoria de inexecutable de la Ley 1021 de 2006, por la cual se expide la Ley General Forestal, Magistrado ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, comunicado de Prensa No. 1, enero 23 de 2008, disponible en: <http://www.constitucional.gov.co/corte/>, consultado: 02 de mayo de 2008, literales b, c, d y e.

La decisión en el fondo instituye que la omisión del derecho a la consulta reconocido a los pueblos indígenas frente a las decisiones legislativas, se vuelven inejecutables, pues con ella se ha omitido también obtener la aprobación de los pueblos indígenas que con estas medidas se verían afectados.

A pesar de que el Estado ecuatoriano ha concebido a la consulta solo como un mecanismo de obtención de información de las comunidades afectadas, de una u otra forma ha tenido un criterio diferente cuando ha sido demandado ante los tribunales internacionales. Así, frente a la COIDH en el año 2005, en la demanda planteada por la violación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los instrumentos internacionales, Ecuador sostuvo que es “una aspiración que al firmarse un nuevo acuerdo con la empresa CGC u otra para la exploración y explotación de petróleo, se tome en cuenta la opinión de las comunidades indígenas”. Añadió además que “la Ley de Hidrocarburos establece que un contrato para la exploración y explotación de petróleo deberá obligatoriamente contener, para la ejecución del mismo, lo referente al consentimiento de las comunidades indígenas y a la mejora de sus condiciones de vida”²⁹⁶. Esta posición del Estado ecuatoriano indica que ha reconocido el establecimiento de mecanismos de participación de los pueblos indígenas, como la consulta, orientados hacia la obtención de CPLI, siendo obligatorias por disposición de la Ley de Hidrocarburos²⁹⁷, ante las instancias internacionales de protección de los derechos humanos cuando se ha visto compelido a cumplir las obligaciones contraídas a nivel internacional.

²⁹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Asunto Pueblo Indígena Sarayaku respecto Ecuador*, Resolución de 17 de junio de 2005 (Medidas provisionales), disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/sarayaku_se_02.doc, consultado: 27 de octubre de 2008, párrafo 32, f).

²⁹⁷ Esta Ley fue expedido por Decreto Supremo 2967 en el año de 1978, Publicado en el Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre de 1978. Ha sufrido varias reformas, uno de ellos en el año 2000 con el Decreto Ley 2000-1, misma que fue declarado inconstitucional las reformas por el Tribunal Constitucional, por lo que el Derecho a la Consulta no llegó a aplicarse. Sin embargo, en el año 2002 se expidió el Reglamento de Consulta para Actividades Hidrocarburíferas, en la cual se reconoció este derecho a los Pueblos Indígenas. Pero, como se expuso, esta consulta era de carácter meramente informativo y formal. A pesar de estas disposiciones, el Estado reconoció el consentimiento a los Pueblos Indígenas cuando fue llamado a responder ante la COIDH.

Por otro lado, el ex Tribunal Constitucional del Ecuador en su resolución del año 2000²⁹⁸, donde se planteó entre otros, la omisión del derecho a la consulta a los pueblos indígenas de la Federación Shuar por parte de la compañía petrolera Arco Oriente Inc., en el que éste sin haber cumplido las disposiciones constitucionales ingresó al territorio indígena para realizar negociaciones individuales que permitiera el ingreso de sus técnicos al territorio mediante procedimientos que atentaban contra la integridad de la comunidad, cuando la organización indígena había acordado abstenerse de toda negociación con dicha compañía. Frente a estos hechos, el Tribunal sostuvo que la conducta de Arco Oriente Inc. era contraria al Convenio 169 de la OIT y a la Constitución, que protegen el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. Con estas observaciones, a la empresa se le prohibió promover acercamientos o reuniones para dialogar con individuos, centros o asociaciones de la organización, sin la debida y legítima autorización de la Asamblea de la Federación Shuar. Esta decisión fue valiosa porque mediante el amparo constitucional concedido a la organización, se hizo efectivo el derecho a ser consultados como los directamente afectados de la exploración petrolera, y por lo tanto, hacer valer lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT en materia de consulta y consentimiento.

Por las observaciones anteriormente hechas, el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente se instituye como una de las formas de participación para hacer efectivo los derechos previstas en la Constitución, la misma que tiene un reforzamiento en el Convenio 169 de la OIT, el cual está consignado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como pueblo. De este modo, el mencionado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud del artículo 417 y 425 de la Constitución, integra un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación. El asegurar una participación plena y efectiva

²⁹⁸ Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, *Caso 994-99-RA* (Acción de Amparo presentado por FIPSE contra Arco Oriente Inc.), Gaceta Constitucional No. 1, Quito-Ecuador, octubre del 2000.

en los procesos de preparación de legislaciones, políticas y programas de desarrollo que les afecten, el reconocimiento de derechos colectivos a las tierras tradicionales y una consulta sistemática sobre los proyectos que vayan a realizarse en ellos, con una adaptación de procesos de toma de decisiones a la cultura de los pueblos indígenas, y velar que las autoridades financieras internacionales y regionales respeten sus directrices en relación con los pueblos indígenas al financiar proyectos de desarrollo²⁹⁹, son algunos temas que todos los Estados deben reconocer a los pueblos indígenas existentes en sus territorios, e incorporar las mismas dentro de sus políticas.

Siendo la consulta el proceso por las que se obtiene el CPLI, la buena fe con la que se debe proceder en la consulta frente a los pueblos indígenas tomará un papel importante a la hora de tomar las decisiones de una determinada medida o proyecto a llevar, pues habrá cumplido los requerimientos legales y de los pueblos indígenas.

2.9. El Consentimiento Previo, Libre e Informado y los Derechos Humanos Colectivos de los Pueblos Indígenas

La violación a los derechos de los pueblos indígenas y la amenaza a su bienestar y sobrevivencia son persistentes con relación a los proyectos de explotación de los recursos naturales, sean estatales o privadas. No es solamente cosa del pasado, y más bien es uno de los principales problemas con que se enfrentan en los últimos decenios. Los derechos humanos por su naturaleza de ser indivisibles e interdependientes y su interpretación sujeto al principio *pro homine* y evolutivo, su aplicación ha ido desarrollando de acuerdo a las circunstancias y al tiempo. En esta perspectiva, se ha declarado que “los indígenas tienen sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional”, lo que ha constituido “un nuevo paso importante hacia el reconocimiento,

²⁹⁹ Cfr. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Reunión de expertos sobre los Pueblos Indígenas y la aplicación del Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo”, Brazzaville 12 y 13 de noviembre de 2007, citado por NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, *Información recibida del sistema de Naciones Unidas...*, op. cit., pp. 11 al 14.

la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas”³⁰⁰, frente a las exigencias actuales cambiantes que a más de beneficiarse a los seres humanos, perjudica a otros en situación de vulnerabilidad.

Desde esa configuración, “los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos”, pero “al mismo tiempo” tienen el “derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales”³⁰¹. Sin embargo, esta afirmación no debe ser entendida en el sentido de que los pueblos indígenas tienen un tratamiento más favorable sino de un tratamiento diferente porque tienen su propia cultura y forma de vida que deben ser respetadas, a fin de no destruir los pueblos que llegaron a construirse a través de milenios. Por lo tanto, deben tomarse en cuenta sus características propias cuando se les presta asistencia o se realizan actividades que los afecten. Esta particularidad faculta que los pueblos indígenas tengan prioridad en aspecto relacionado sobre la tierra en la medida en que ellos ocupaban esos territorios antes de la llegada de otros grupos; y, en otros casos, se les reconoce a aquellos, otros derechos que le es propio de estos pueblos, como a mantener sus conocimientos tradicionales, prácticas o costumbres sobre la tierra y los recursos que en sus territorios³⁰² se encuentran. Las características peculiares de estos pueblos, ha hecho de aquellos que tengan una relación directa en todos los ámbitos de su vida con la tierra, territorio y recursos donde se encuentran.

La afirmación de estos reconocimientos ha sido observada por la CIDH en temas relacionados con el territorio indígena. La CIDH ha declarado que las concesiones para la explotación de recursos madereros y mineros, “a la luz de la manera en que ha evolucionado la legislación sobre derechos humanos con respecto a los derechos de los pueblos indígenas, la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas para

³⁰⁰ DNUDPI, preámbulo.

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² En esta línea se indica que “la importancia del consentimiento previo, libre e informado radica en la seguridad que brinda al disfrute de los derechos a la tierra, territorios y recursos, incluyendo el derecho a controlar las actividades que les afectan, todos los medios de sustento, su identidad y supervivencia, la integridad socio-cultural y la seguridad económica de los pueblos indígenas que están bajo constante amenaza”. A. TAPIA, *El consentimiento previo, libre e informado...*, op. cit..

cualquier actividad de explotación de recursos naturales dentro de sus territorios ancestrales es requisito de ley”³⁰³. Su fundamento radica en que los Estados no solo tienen la obligación de respetar los derechos y libertades y garantizar su ejercicio a toda persona, sino que además están obligadas a adoptar todas las medidas legislativas para tales libertades y derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos³⁰⁴, cuya omisión acarrea la responsabilidad del Estado³⁰⁵, pues vulneran tales derechos. Partiendo de esta disposición, la ausencia de adopción de mecanismos legislativos conducentes a hacer efectivo el derecho colectivo de los pueblos indígenas como al CPLI, o que previsto en la Constitución no se ha cumplido y garantizado su pleno ejercicio, será causal de responsabilidad del Estado que ha inobservado.

El reconocimiento como derecho al CPLI será una garantía para la plena vigencia de los derechos humanos colectivos. Por estos razonamientos, el CPLI como derechos de los pueblos indígenas es el más eficaz de producir las recomendaciones prácticas que tanto se necesitan para facilitar la realización de los derechos de los pueblos indígenas y el más adecuado para enfocar la resolución de los conflictos relativos a cuestiones indígenas. Es fundamental que los pueblos indígenas tengan información plena sobre el uso y la explotación de los recursos naturales de sus tierras y territorios mediante la consulta, para evitar conflictos y permitir la plena participación de las mismas en los procesos de consulta, evaluación de impacto ambiental y sociocultural³⁰⁶; adaptación de medidas tempranas, abordar temas específicas y en forma diferenciada y culturalmente apropiadas relacionados con los pueblos indígenas³⁰⁷.

³⁰³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Report on Admissibility and Merits No. 09/06*,..., op. cit., p. 4.

³⁰⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*..., op. cit., párrafos 137 al 139.

³⁰⁵ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Responsabilidad Internacional*..., op. cit., párrafo 36 y 50.

³⁰⁶ Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, *Informe sobre el sexto período de sesiones (14 a 25 de mayo de 2007)*, Suplemento No. 23, E/C.19/2007/12, New York, N.U, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5464.pdf>, consultado: 25 de septiembre de 2008, párrafo 21.

³⁰⁷ Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, *Información recibida del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales: Banco Interamericano de Desarrollo*, Séptimo período de sesiones, 21 de abril a 2 de mayo de 2008,

Además, el CPLI como un derecho de los pueblos indígenas garantizará los elementos territorios, tierras, recursos naturales y conocimientos tradicionales, mismos que son la base primordial de su vida, su existencia, sus medios de vida y son fuente de su identidad espiritual, cultural y social, cuando en ejercicio del derecho al CPLI decidan sus propias estrategias y prioridades de desarrollo en los asuntos que les afecte. Por estas consideraciones, en el campo de acceso a los recursos genéticos, una de las preocupaciones en las discusiones sobre acceso y distribución equitativa de los beneficios ha sido la importancia de poner en práctica el CPLI como derecho para proteger los derechos de los pueblos indígenas referentes a sus conocimientos ancestrales, por considerar que estos pueblos no son homogéneos con idénticas condiciones, capacidades, necesidades e intereses³⁰⁸. Sin el reconocimiento y efectivo desarrollo que necesita este derecho, habrá vulnerado otros derechos colectivos por principio de integralidad de los derechos humanos, y su naturaleza interdependiente e indivisible habrá fracturado.

Desde la perspectiva de los pueblos indígenas en las decisiones que puedan afectarlos, comporta un especial significado para su subsistencia, porque el derecho de CPLI es un derecho fundamental que “se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende su subsistencia...”³⁰⁹. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación³¹⁰. La participación de las Comunidades indígenas en las decisiones que los afectan, a través del mecanismo de consulta, comporta el ejercicio del derecho fundamental para preservar la integridad étnica como grupo social. Por lo tanto, la participación no se reduce a la mera intervención en la actuación administrativa, sino

E/C.19/2008/4/Add.10, Nueva York, N.U., disponible en: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/231/40/PDF/N0823140.pdf?OpenElement>, consultado: 25 de septiembre de 2008, párrafo 10, literal c) y h).

³⁰⁸ Cfr. UNIÓN MUNDIAL PARA LA NATURALEZA (UICN), *Consentimiento Informado Previo (CIP): Un Derecho de las Mujeres...*, p. 2.

³⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia SU-383/03...*, op. cit., párrafo 3.1, a).

³¹⁰ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia SU-039/97...*, op. cit., parte II, párrafo 3.2.

que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades que se verán afectadas con la autorización de un determinado medida o proyecto³¹¹ dentro de sus territorios.

El reconocimiento de este derecho, en lugar de traer y ahondar conflictos, es uno de los mecanismos del deseo de obtener el compromiso de los pueblos indígenas y el beneficio de acceder a sus conocimientos tradicionales, que puede llegar a ser esencial para lograr la viabilidad de la obra a largo plazo. Como bien lo afirman, depender exclusivamente del conocimiento de expertos no locales, causa en muchos casos graves impactos ambientales o culturales, lo que trae consecuentemente la transferencia de los costos de rehabilitación por parte del titular del proyecto al Estado. Reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, recursos y al desarrollo, así como sus actividades, economía y cultura, ayudan a minimizar los conflictos y reducen el costo del proyecto³¹². Es de esta manera que, a través de mecanismos como la participación, consulta y la obtención del CPLI que aseguran el verdadero intercambio entre los pueblos indígenas y los que toman decisiones, a más de garantizar los derechos colectivos, ayudará a identificar de antemano los impactos culturales, para prevenir y mitigar a través de medidas necesarias a tomar.

Por otra parte, en mayoría de los casos, las decisiones sobre la explotación de los recursos naturales y sus procedimientos a llevar, han estado sobrepuestos por el interés de la mayoría, sobre los derechos y los intereses de los pueblos indígenas, generando situaciones de conflicto. Estas razones indican que el CPLI garantizará que los derechos e intereses de los pueblos indígenas sean tomados en cuenta y respetados, minimizando de esta manera el potencial conflicto³¹³ que se pueda dar.

Como se puede observar, el reconocimiento de CPLI garantiza el derecho colectivo de los pueblos indígenas a su tierra, territorios y recursos, más que todo su modo de vida

³¹¹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia SU-039/97...*, op. cit., párrafo 3.3.

³¹² Cfr. B. TOBIN, F. NOEJOVICH Y C. YÁNEZ, *Petroleras, estado y pueblos indígenas...*, op. cit., pp. 20 al 24.

³¹³ Cfr. F. MACKAY, *El Derecho de los Pueblos Indígenas...* op. cit. p.25.

como pueblo, que se verán afectados con el desarrollo de un determinado proyecto o decisión³¹⁴.

2.10. Beneficios del Consentimiento Previo, Libre e Informado

Se ha expuesto que el CPLI garantiza la plena vigencia de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y, consecuentemente, su ejercicio. Sin embargo, a más de este contenido garantista de derechos que cumple el CPLI, trae múltiples beneficios a las que se pueden considerar dentro de los distintos ámbitos.

Se reconoce que los beneficios económicos que trae el CPLI, que son de mayor interés y preocupación para el proponente del proyecto o actividad, son muchos. El principal punto a tomar en cuenta indica que el proceso de participación y consulta efectiva y de buena fe son componentes fundamentales hacia la obtención del CPLI. Y en este sentido, instituciones como el Banco Mundial (en adelante BM) ha observado que aunque “los beneficios de los mecanismos de consulta tardan en manifestarse y son más difíciles de cuantificar, con el tiempo es de esperar que estos compensen los costos incrementales”³¹⁵. En el mismo sentido, un estudio de Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante BID) indica que “si bien las consultas toman tiempo, también estas previenen impactos futuros, los cuales son igualmente costosas”³¹⁶. Estos estudios resaltan la importancia de los procesos de participación y consulta, los que en últimas reduce los costos futuros y los que se pueden omitir con el cumplimiento de estos

³¹⁴ A la afirmación anterior se añade que los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han reconocido la especial relación existente de los pueblos indígenas con la tierra y recursos, y conforme a ellos esas tierras y recursos son considerados de propiedad y goce de las comunidades indígenas en su conjunto y de acuerdo con el cual el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural, y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales. Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Comunidades Indígenas Mayas...”, op., cit., párrafo 114.

³¹⁵ THE WORLD BANK, “The World Bank and participation”, citado por B. TOBIN, F. NOEJOVICH Y C. YÁNEZ, *Petroleras, estado y pueblos indígenas...*, op. cit., p. 21.

³¹⁶ N. SCHWARTZ Y A. DERUYETTERE, “Community Consultation, Sustainable Development and the Interamerican Development Bank”, A Concept Paper, BID, Washinton, D.C., 1996: 6, citado por B. TOBIN, F. NOEJOVICH Y C. YÁNEZ, *Petroleras, estado y pueblos indígenas...*, op. cit., 21.

procesos. La omisión puede darse a las posibles demandas. “Los impactos resultantes sobre el nombre y las ganancias de las corporaciones están haciendo que las compañías estén más alertas acerca del valor comercial de las estrategias de desarrollo ambiental y culturalmente sensibles y de los costos de destrucción”³¹⁷. Además se ha reconocido que los estudios ambientales y sociales benefician el cronograma del proyecto y su costo, al incrementar el cumplimiento de las normas con el apoyo del público y las comunidades en el anticipo de problemas, y muchos compañías han reconocido que los beneficios de las consultas en áreas sensibles, finalmente pesan más que los riesgos³¹⁸.

Por otra parte, se reconoce también que tiene mucho sentido económico si se consideran los costos en que “frecuentemente se tiene que incurrir a fin de obligar a los pueblos indígenas a aceptar los proyectos de industrias extractivas, como los gastos militares y de policía por ejemplo, como también gastos relacionados a litigios”. Estos gastos “han tomado conciencia de los costos económicos producidos por discriminar a los pueblos indígenas”³¹⁹. Esta particularidad indica una vez más que los beneficios son más que los perjuicios que se puede generar el reconocimiento de CPLI³²⁰ como derecho.

Además, el CPLI “provee la base para asegurar que los pueblos indígenas sean beneficiados por cualquier proyecto extractivo ejecutado en sus tierras y que los impactos negativos serán abordados, evitados y mitigados de manera adecuada”³²¹. En esta vía, aquellos cuando hayan dado su consentimiento, a más de haber ejercido sus derechos,

³¹⁷ B. TOBIN, F. NOEJOVICH Y C. YÁNEZ, *Petroleras, estado y pueblos indígenas...*, op. cit., 22.

³¹⁸ Cfr. *ibídem*.

³¹⁹ Cfr. F. MACKAY, *El Derecho de los Pueblos Indígenas...*, op. cit. p. 21.

³²⁰ Un informe de ENVIRONMENTAL LAW INSTITUTE, señala que el consentimiento provee a las compañías de una licencia social para operar, permite mejorar sus relaciones con la comunidad y, por lo tanto, reducir el riesgo de incurrir en costos originados por conflictos y demoras; evitar cualquier riesgo sobre su reputación corporativa por las protestas locales que pueden fácilmente convertirse en protestas globales y en boicots de consumidores. El obtener el consentimiento informado previo puede aumentar la competitividad de una compañía. Además, las consultas que tratan las preocupaciones, intereses y derechos de la comunidad desde temprano en el proceso tienen más posibilidad de generar el apoyo de la comunidad para el proyecto, lo contrario provoca resentimiento, desconfianza y resistencia. Asegurar los intereses a corto plazo no compromete las necesidades de supervivencia de la comunidad en un mayor plazo. Cfr. ENVIRONMENTAL LAW INSTITUTE *Consentimiento informado previo y minería: Promoviendo el desarrollo sustentable de las comunidades locales*, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Oxfam America, Invironmental Law Institute, Traducido al Español por Claudia Forno, Washington, D.C. 2004, pp. 3, 38 y 46.

³²¹ Cfr. F. MACKAY, *El Derecho de los Pueblos Indígenas...*, op. cit., p. 20.

habrán recibido una indemnización justa y proporcional por los daños causados a consecuencia de los proyectos de extracción de los recursos naturales en sus territorios.

Además se ha observado que una consulta adecuada y de buena fe permite identificar de antemano los daños ambientales y culturales, y por lo tanto, protege el medio ambiente y a la comunidad, mejora la toma de decisiones y planificación de proyectos, identifica opciones de diseño para mitigar los impactos ambientales y sociales, ayuda a conciliar las expectativas de los tomadores de decisión, ganar apoyo popular, identificar conflicto y resolverlos a través de la negociación y evitar retrasos, satisface los requerimientos legales y de las organizaciones multinacionales e instituciones de crédito³²². Se debe reconocer que los beneficios descritos no son los únicos, lo que dependerá en gran medida la forma de llevar a cabo los procesos de participación y consulta hacia la obtención del CPLI.

Pensamos que el reconocimiento y la aplicación de derecho de CPLI, a más de los aludidos, propiciará crear una cultura de respeto y comprensión recíproca en las relaciones entre pueblos indígenas y el Estado, y adoptar decisiones que más beneficie a las partes. Además establecerá un clima de confianza y certidumbre a los pueblos indígenas sobre los proyectos y medidas a llevar, en cuanto que aquellos conocerán el alcance y la envergadura del proyecto y consecuentemente las repercusiones que su consentimiento traerá consigo, más que todo habrá garantizado los derechos a las que son titulares estos pueblos.

Los beneficios que trae el derecho de CPLI, en el campo de acceso a recursos genéticos está en que impide la depredación ocasionada por el comportamiento oportunista por parte de los actores externos que aprovechando la desinformación de las comunidades y que buscan obtener la mayor cantidad de información y recursos, permite un mayor aprovechamiento de los conocimientos conexos directamente considerado en el intercambio, induce la inclusión de las comunidades en unas relaciones más transparentes y posiblemente durables, los que contribuyen al sistema de protección³²³. En cuestiones de beneficios económicas, el consentimiento obtenido de forma previa, libre e informada

³²² Cfr. B. TOBIN, F. NOEJOVICH Y C. YÁNEZ, *Petroleras, estado y pueblos indígenas...*, op. cit., p.24.

³²³ Cfr. Á. ZERDA SARMIENTO, *Diseño de mecanismos costo-efectivos...* op. cit., p. 41.

aumenta las posibilidades de éxito en la fase de bioprospección, lo que es transferido en menores costos hacia los laboratorios farmacéuticas en cuanto a los costos de su inversión en sus investigaciones.

De esta exposición cabe sostener que, más que una construcción de una perspectiva equivocada que se tiene de este derecho, en cuanto obstaculiza el desarrollo, es uno de los que garantiza y efectiviza los derechos de los pueblos indígenas, a más de los grandes beneficios que aporta a los proponentes del proyecto y al Estado.

2.11. Tierra, Territorios y Recursos

2.11.1. El Concepto de Tierra y Territorio

El Convenio 169 de la OIT establece que el uso de término tierras, incluye el concepto de territorios. En este sentido define que el territorio es “lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”³²⁴. Este concepto describe lo que para los pueblos indígenas constituye su espacio de vida, en donde desarrolla su estructura de organización social cultural y económica.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos, recogiendo los criterios de las organizaciones de los pueblos indígenas ha establecido la siguiente diferenciación: “Territorio se refiere a un área geográfica o un espacio de la naturaleza que se encuentra bajo la influencia cultural y el control político de un pueblo. Tierra se refiere a la porción dentro de ese espacio que es apropiable por un individuo o una persona jurídica”. De ello concluye que los reclamos sobre los territorios de los pueblos “se refiere a la posibilidad de ejercer influencia y control sobre lo que ocurre en esos espacios, cómo se usan y se dispone de ellos,...de la posibilidad de participar en las decisiones que afectan esos territorios y a los recursos allí existentes”³²⁵.

³²⁴ *Convenio 169 de la OIT*, artículo 13.2.

³²⁵ R. DE LA CRUZ, “Los derechos de los indígenas...”, op. cit. p. 8.

La definición anterior de territorio y tierra, hace una diferenciación entre lo que cubre la totalidad del hábitat de los pueblos indígenas que tiene una influencia profunda y el otro, lo que constituye una unidad económica de producción en sí mismo, que puede corresponder no solo a los pueblos indígenas sino a individuos indígenas o no, es decir, desde el punto de vista de derechos de propiedad privada que se garantiza a toda persona.

Sin embargo, la concepción de tierra para los pueblos indígenas, si bien puede constituir en una unidad económica, va más allá del simple medio de producción. Pues, constituye la base que da sustento a la vida, de ella depende su futuro y de la de generaciones venideras, y alcanza unos ámbitos que no se da en la vida de los no indígenas³²⁶.

Por lo tanto, para los pueblos indígenas, el concepto de tierra y territorio es la base sobre la que asienta cualquier pueblo, y sin ella, no puede subsistir como tal. Como lo es también para los Estados en donde desarrolla sus aspiraciones y fines para el que fue creado. Es el tratamiento de los elementos fundamentales que constituyen la base de toda existencia de los pueblos.

2.11.2. La Concepción Indígena sobre Tierra y Territorio

Como se anotó, el concepto de tierra es una unidad en sí considerada, pero que no quiere decir que no tenga una influencia y un significado en la vida de estos pueblos, y el concepto territorio cubre los aspectos más amplios de relación con el entorno en el que habita. La COIDH ha dicho que la referencia al término territorio se refiere a la totalidad de tierra y recursos que los pueblos indígenas han utilizado tradicionalmente³²⁷, es decir, el “territorio entendido como comprendiendo tanto la tierra como los recursos naturales”³²⁸.

³²⁶ Al respecto, la CIDH sostiene que “la protección efectiva de los territorios ancestrales no sólo implica la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de un colectivo que basa su desarrollo económico, social y cultural en su relación con la tierra”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Comunidades Indígenas Mayas...”, op. cit., párrafo 120.

³²⁷ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam...*, op. cit., nota 62 al párrafo 81.

³²⁸ *Ibidem*, párrafo 120.

Este encierra la supervivencia económica, social y cultural, y el legado que se transmitirá a las futuras generaciones³²⁹.

Desde esta perspectiva, el concepto territorio es lo que es conforme a la existencia de los pueblos indígenas por las características peculiares, la influencia y su relación que tiene el pueblo con ella.

Desde esta idea, el concepto territorio no siempre coincide con los límites estatales, por lo que las leyes, políticas, intereses y planes de desarrollo que tienen cada país en su jurisdicción repercuten negativamente en la integridad de las tierras, territorios y recursos. En otros casos, estas mismas medidas adoptadas por los Estados tienen efectos negativos más allá de las fronteras con relación a los pueblos indígenas, como por ejemplo, una actividad extractiva de recursos no renovables o la contaminación por desechos tóxicos. Esta es la razón para afirmar que los pueblos indígenas dependen de la integridad de sus tierras, territorios y recursos, por lo mismo necesitan ser protegidas y garantizadas³³⁰. Un

³²⁹ Al respecto, tratadistas como GARCÍA HIERRO sostienen que “[e]l carácter transgeneracional del derecho [sobre el territorio] tiene la finalidad de permitir la continuidad histórica de un pueblo y que, por tanto, trasciende la voluntad dispositiva de la actual generación, lo que le hace indisponible (inalienable, inembargable) e indivisible conceptualmente (su división afectaría la naturaleza misma del bien), aunque divisible internamente en usos, temporales o definitivos, de acuerdo con prácticas definidas por el derecho consuetudinario de cada pueblo”. P. GARCÍA HIERRO, “Territorios Indígenas: Tocando las Puertas del Derecho”, en *Revista de Indias*, Volumen LXI, No. 223, Grupo de Trabajo Racimos de Ungurahui, pp. 619-647, Lima, Perú, 2001, disponible en: <http://revistadeindias.revistas.csic.es/index.php/revistadeindias/article/view/523/589> Consultado el 06-10-2009, consultado: 05 de octubre de 2009, p. 638.

³³⁰ Se ha explicado que los atributos que deben caracterizar jurídicamente un territorio indígena se circunscriben dentro de las siguientes: 1. “No es un poder absoluto y exclusivo atribuido o reconocido por el Estado a un individuo o a un colectivo concreto, para ejercer todos los derechos incorporados a él... Las personas en las que se concreta el derecho actual no pueden, por ejemplo, disponer del territorio (*ius abutendi*), y su disfrute (*ius utendi, ius fruendi*) están muy condicionados por otros derechos concomitantes (de otros individuos o grupos de esta y otras generaciones)...; la perpetuidad no se limita a señalar sus diferencias con otros derechos de carácter temporal (como el usufructo) sino que entraña una dimensión histórico-cultural muy concreta: se trata de un derecho originario que está fundamentado en mitos y acontecimientos históricos anteriores a la constitución de los modernos Estados No se titula el territorio de un pueblo *para que sea* propietario sino *porque es* propietario ancestral, para que los demás lo respeten...; no está sujeto a plazo, no prescribe, no puede ser objeto de abandono sino por exterminio o desvanecimiento del pueblo como tal...; no comienza ni termina con un título. Reconocido o no, el derecho existe, lo que conlleva expectativas de reivindicación y restitución de espacios territoriales perdidos de manera incompatible con el propio derecho territorial. 2. Es un derecho atribuido a un pueblo, un sujeto jurídico con una entidad especial, por lo que es: un derecho de carácter transgeneracional, transfronterizo, nacimiento de otros derechos inmateriales por su especial relación con el territorio; es integral: el territorio consolida toda forma de posesión, manejo, acceso y administración que definen la relación socioeconómica del pueblo con su hábitat y es a esa globalidad de concepciones lo que responde

ejemplo de aquello es lo que han manifestado los pueblos indígenas Secoya al describir que el territorio ancestral tenía 82.000 km² a lo largo del Río Aguarico. El territorio se adentraba de lo que hoy es Colombia hasta el Putumayo y Perú, en donde siempre hubo contacto entre los pueblos Siona y Secoya, casamientos mezclados durante siglos³³¹. Hoy, la vida de estos pueblos se ha visto drásticamente cambiada, y en consecuencia, amenazado su supervivencia como pueblo al ser visto limitados sus actividades y prácticas tradicionales. La descripción integral del territorio indica que esto representa una unidad en la vida de los pueblos indígenas.

La integralidad del territorio de los pueblos indígenas ha sido reconocida en los IIDH, en ellas se establecen que dichos pueblos no solo tienen el derecho de propiedad y posesión a las tierras que tradicionalmente ocupan, sino que también derecho a las que hayan tenido acceso y utilizado para las actividades tradicionales y de subsistencia. En este sentido, el Convenio 169 de la OIT³³² y la DNUDPI³³³ son claros respeto del derecho de estos pueblos en este tema.

2.11.3. La Relación Especial de los Pueblos Indígenas con la Tierra, Territorio y Recursos

La propiedad que reconoce y garantiza la Constitución a los pueblos indígenas, va más allá de las dimensiones que hay respecto de los no indígenas. Los pueblos indígenas tienen una relación especial con la tierra, territorio y sus recursos porque constituyen la base de su vida, su existencia y son la fuente de su identidad espiritual, cultural y social que cubren los amplios aspectos de la vida.

el territorio para permitir el ejercicio de todas las formas, estables o itinerantes, de control territorial; el derecho territorial abarca todos los elementos: superficie, subsuelo, vuelo forestal, aguas y cochas, fauna y flora, recursos genéticos, los diferentes ecosistemas independientemente de su clasificación económica, y el ejercicio autónomo del derecho territorial”. P. GARCÍA HIERRO, “Territorios Indígenas: Tocando las Puertas del Derecho”..., op. cit., pp. 636 a 639.

³³¹ Cfr. I. YÁNEZ, *La manera occidental de extraer petróleo...*, op. cit., p. 23.

³³² *Convenio 169 de la OIT*, artículos 13 y 14.

³³³ *DNUDPI*, artículos 25, 26, 27.

Reconociendo esta relación, el Convenio 169 de la OIT establece que los “gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios”³³⁴, como asimismo a “[l]os derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente”³³⁵. Por su parte, la DNUDPI reconoce el derecho de los pueblos indígenas “a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado”³³⁶, lo que se confluencia en el reconocimiento que se debe hacer respecto de tierras, territorios y recursos a los pueblos indígenas.

Sin embargo, el desconocimiento de esta relación y el derecho sobre estos elementos por parte de los Estados ha sido la amenaza de los pueblos indígenas a su propia supervivencia física y cultural. Pero ante la COIDH, no solo han sido reafirmados sus derechos sino que ha exigido la observancia de esta relación especial que tiene los pueblos indígenas. En este sentido, la COIDH ha sostenido que

...la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras...³³⁷.

El criterio de la COIDH prescribe la insoslayable necesidad de proteger los derechos a la tierra, territorios y recursos naturales y su relación, como una demanda clave de estos pueblos contra las políticas y medidas que vulneran el sistema tradicional de la tenencia de la tierra y de gestión de recursos, entre los que figuran la expropiación de

³³⁴ *Convenio 169 de la OIT*, artículos 13. 1, 15.

³³⁵ *Ibíd.*, artículo 15.1.

³³⁶ *DNUDPI*, artículo 25.

³³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua...*, op. cit., párrafo 149.

tierras, extracción de recursos sin el CPLI y el desplazamiento involuntario que conlleva a la amenaza de su propia supervivencia.

En otros fallos, el alto Tribunal ha sostenido que la tierra no solo significa un mero fuente de subsistencia, sino también, una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros de los pueblos indígenas. En esta medida, las tierras y los recursos forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual, y cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes de otras, gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones³³⁸. La diferencia cultural corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo³³⁹.

Por ello, la tierra, territorios y recursos, para los pueblos indígenas constituyen una unidad de vida en la medida en que se confluyen para cubrir los aspectos más trascendentales de la vida, pues de ellos derivan los “derechos intrínsecos” de estos pueblos.

Los pueblos indígenas son tan heterogéneos en su cultura, organización, costumbres, prácticas; pero al mismo tiempo tan homogéneos en su cosmovisión con relación a la tierra, territorio y recursos y los principios que de ella se tiene y se desarrolla. Para los pueblos indígenas, la tierra y los recursos naturales que en ella se encuentran no solo son medios de producción y de sustento, sino elementos que definen el espacio cultural y social para la sobrevivencia como pueblo, donde tienen una relación integral con ella. De allí que las tierras ancestrales sean inalienables, inembargables e indivisibles, ya que estaría disponiendo del medio que representa la existencia misma del pueblo. Desde esta perspectiva, la Constitución reconoce los derechos colectivos a los pueblos indígenas a conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias y mantener la posesión de las tierras y territorios³⁴⁰. En esta forma, el ex Tribunal Constitucional sostuvo

³³⁸ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.*, op. cit., párrafos 82 y 84.

³³⁹ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Comunidad indígena Yakeye Axa v. Paraguay.*..., op. cit., párrafo 62.

³⁴⁰ Cfr. *Constitución Política del Ecuador 2008*, artículo 57.4 y 5.

que el territorio como elemento fundamental para su reafirmación como una colectividad con valores y cultura propia, le pertenece íntegra y colectivamente; a su vez, es el territorio ancestral y no unidad económica, criterio confirmado por la Asamblea Nacional Constituyente cuando prohibió que las tierras ancestrales sean divididas y vendidas salvaguardando esa perspectiva territorial³⁴¹ a favor de los pueblos indígenas.

Los principios que prescriben a los pueblos indígenas son que ellos forman parte integrante del entorno natural y no como dueños que los dominan, su relación es armónica y holística y no antropocéntrico, siendo esta última concepción concorde al concepto de propiedad como una unidad económica. Desde estos principios, dichos pueblos se basan en el criterio de sustentabilidad de la fuente que ha dado la vida, ya que ella tiene sus límites, la consideración contraria es el resultado del estado actual de tierras, territorios, recursos naturales y el medio ambiente.

Como podemos observar, la tierra, territorio y recursos naturales es la base fundamental para su sobrevivencia, donde desarrolla sus valores más amplios de su vida; como parte integrante de la misma, la respeta y no los domina basado en el criterio de sustentabilidad. Desde estos puntos, para los pueblos indígenas el territorio es integral e indivisible que pertenece a la colectividad con valores y cultura propia. El derecho a la tierra si bien se inscribe en el derecho a la propiedad, éste desborda el concepto tradicional en el que prima la relación individual porque la propiedad comunal o colectiva cumple de mejor manera con la exigencia insoslayable de la función social y ambiental porque éste es parte de la naturaleza³⁴² de los pueblos indígenas.

2.11.4. Título sobre la Tierra, Territorio y Recursos

Como hemos dicho, los pueblos indígenas tienen con la tierra, territorio y recursos una relación especial e indivisible para su subsistencia como colectividad desde tiempos inmemoriales. El desconocimiento a este derecho y la relación existente, han contribuido

³⁴¹ Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, *Caso FIFSE v. Arco S.A...*, op. cit.

³⁴² Cfr. *Voto razonado concurrente del Juez Hernán Salgado Pesantes*, p. 2., en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua...*, op. cit..

al deterioro gradual de los pueblos indígenas, amenazando así el orden natural de la vida que mantienen estos pueblos, sin excluir de ello, la denegación de otros derechos humanos fundamentales existentes³⁴³.

El orden económico que se ha desarrollado y se mantiene es contrario al orden económico tradicional, lo que ha generado el desposeimiento y expropiación de los territorios indígenas y sus recursos. Por esta razón, con mucha certeza se afirma que “las actitudes, doctrinas y políticas elaboradas para justificar el despojo de las tierras de los pueblos indígenas se basaban y se basan aún en gran medida en las motivaciones económicas de los Estados”³⁴⁴. Se suma a ello, los prejuicios culturales desarrollados para justificar estas actitudes, el dominio, la fuerza, expulsión, reasentamiento y la concertación de Tratados³⁴⁵ con aparente legitimidad para lograr la propiedad de las tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas³⁴⁶. Esto demuestra que el afán económico no tiene otro que el perjuicio a los pueblos indígenas y la denegación constante de sus derechos.

Para legitimar su propiedad y desposeimiento, desarrollaron la doctrina de terra nullius y el descubrimiento³⁴⁷, los que a la vez repercutieron en los aspectos más

³⁴³ Por estas consideraciones, el FPNUCI ha reconocido “la importancia fundamental de que los pueblos indígenas puedan utilizar y tener acceso seguro a la tierra, así como la importancia de los derechos sobre ésta en el marco de los procesos más amplios de la reducción de la pobreza, la buena gobernanza y la prevención y solución de conflictos”. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, *Informe sobre el sexto período de sesiones...*, op. cit., párrafo 6.

³⁴⁴ NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *La población indígena y su relación con la tierra. Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial, Sra. Érica-Irene A. Daes*, 53º periodo de sesiones, E/CN.4/Sub.2/2001/ 21, Nueva York, N.U., 2001, disponible en: [http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/ce7cf902d4109500c1256a9900a3d48/\\$FILE/G0114182.pdf](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/ce7cf902d4109500c1256a9900a3d48/$FILE/G0114182.pdf), consultado: 31 de octubre de 2008, párrafo 23.

³⁴⁵ Al respecto, en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. se dijo: “Todo escolar estadounidense sabe que las tribus salvajes de este continente fueron privadas de sus pastos ancestrales por la fuerza y que, aunque los indios perdieron millones de acres mediante tratados a cambio de mantas, alimentos y baratijas, lo que les privó de sus tierras no fue una venta, sino la voluntad de los conquistadores...”, “Caso Indígenas Tee-Hit-Ton v. los Estados Unidos”, 348 U. S. 272 (1995), citado en NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *La población indígena y su relación con la tierra...*, op. cit., párrafo 44.

³⁴⁶ Cfr. *ibídem*, párrafo 29 y 30.

³⁴⁷ “La doctrina de terra nullius tal y como se aplica a los pueblos indígenas sostiene que las tierras indígenas están legalmente desocupadas hasta la llegada de una presencia colonial, y por tanto pueden convertirse en propiedad de la potencia colonizadora mediante la ocupación efectiva. En sentido estricto, en los siglos XVII, XVIII y XIX, la doctrina del “descubrimiento” otorgó a los Estados que descubrían

fundamentales de la vida de los pueblos indígenas, ya que este constituía en la pérdida de su derecho originario, y consecuentemente, en la relación y el desarrollo de sus instituciones sociales, económicos, políticos y culturales³⁴⁸.

Estas manifestaciones no tenían más que como fundamento en la acción coercitiva, desprecio cultural y el desconocimiento de la propiedad de los pueblos indígenas que estaban presentes antes de los colonizadores, y desde los tiempos inmemoriales. Las doctrinas desarrolladas no eran aplicables a los pueblos indígenas, ya que no estaban desocupados y ni necesitaban de un título sobre la tierra, territorios y recursos porque se circunscribía en el título originario y el derecho consuetudinario que gobernaba a dichos pueblos. Partiendo desde esta perspectiva, se puede afirmar que hasta en la actualidad el desconocimiento que se manifiesta respecto de los derechos de los pueblos indígenas tiene cimiento en estos fundamentos doctrinarios. Una muestra clara de ello ha sido los casos llevados a la COIDH, en donde los pueblos indígenas han recibido la ratificación de sus derechos sobre la tierra, territorios y recursos.

Las legítimas demandas de los pueblos indígenas sobre la tierra, territorios y recursos, si bien ha logrado ser reconocido en las legislaciones nacionales de los Estados, han sido incorporadas con ciertas limitaciones.

Así, la Constitución ecuatoriana dispone explícitamente el derecho a conservar el derecho imprescriptible de las tierras comunitarias y mantener la posesión de las tierras y

tierras previamente desconocidas para ellos un título imperfecto que podía perfeccionarse mediante la ocupación efectiva dentro de un plazo razonable. Esta doctrina, tal y como ha sido aplicada por los Estados con poco o ningún apoyo del derecho internacional, otorga a la Potencia colonial "descubridora" jurisdicción sobre las tierras indígenas sometidas únicamente a la utilización y ocupación indígenas, a lo que a veces se ha hecho referencia como título aborigen. Sólo recientemente la comunidad internacional comenzó a comprender que esas doctrinas son ilegítimas y racistas". NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *La población indígena y su relación con la tierra...*, op. cit., párrafo 31.

³⁴⁸ Este antecedente es observado por FOLASCHI en los siguientes términos: "La invasión, la guerra, la violencia, la ocupación *manu militari* y el desplazamiento de poblaciones autóctonas, ejercidos desde la primera colonización, no se hallan previstos en nuestros códigos civiles como 'forma legítima de adquisición del dominio... La doctrina del *uti possidetis* no tuvo vigencia para los indígenas". C. FALASCHI O., *Los derechos de los pueblos originarios y sus territorios. De la primera colonización a la re-colonización actual: Un conflicto permanente*, Jornadas de estudio "culture et nature dans les amériques", Société Suisse des Américanistes - Institut Universitaire d'Études du Développement, Ginebra, 19-20 noviembre 2004, disponible en: <http://www.ssa-sag.ch/pdf/jde04/Falaschi%20SSA%20Geneve%2004%20esp.pdf>, consultado: 27 de septiembre de 2009, p. 2.

territorios ancestrales, como un reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas dentro del Estado ecuatoriano que tienen derechos sobre ellos. Además reconoce la “participación en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras”³⁴⁹. En cuanto a los recursos del subsuelo, limita el derecho a la “consulta 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”³⁵⁰, como fundamento de que dichos recursos pertenecen a los sectores estratégicos y al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado³⁵¹. Aunque los pueblos indígenas, con todo fundamento, tienen derecho a la tierra y territorio, y como tales de los recursos que ocupan y utilizan, el Estado lo declara suyos omitiendo los derechos preexistentes. Los limitados derechos que se reconoce sobre los recursos naturales renovables y no renovables, hace que los propios pueblos indígenas no puedan utilizar como suyos, y consecuentemente sus actos sean considerados como contrarios al orden establecido por el Estado, pero no de sus usos y prácticas tradicionales.

Respecto de lo anterior, se debe considerar que el tratamiento que se da a la propiedad sobre la tierra de los no indígenas, es el mismo que debe primar sobre la tierra y territorio de los pueblos indígenas, cuya omisión es discriminatorio y desigual que van en contra de los principios más básicos de los derechos humanos reconocidos a todo ser humano y pueblos.

Es innegable que los pueblos indígenas sean anteriores a la constitución de los Estados, y como tales estaban regidos por sus propias normas para la convivencia pacífica como un ente organizado. Desde este punto, el reconocimiento del Estado a dichos pueblos y sus derechos es solamente a título declarativo. Es por lo tanto, que el desconocimiento que puede hacer el Estado respecto de que estos pueblos no tienen título legal sobre la tierra, territorios y recursos no quita los derechos de estos sobre ellos. En este contexto, el Convenio 169 de la OIT reconoce los derechos de los pueblos indígenas a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales

³⁴⁹ *Constitución Política del Ecuador 2008*, artículo 57.6.

³⁵⁰ *Ibidem*, artículo 57.7.

³⁵¹ Cfr. *ibidem*, artículos 313 y 317.

existentes en sus tierras, las que en concordancia con los artículos 13 y 14 son definidas como territorios tradicionalmente ocupados. Este reconocimiento de propiedad implica que el Estado acepta que los pueblos indígenas tienen un derecho preexistente a la voluntad del Estado que debe ser protegido. Es decir que, el Estado no otorga el derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales a los pueblos indígenas, sino que acepta que estos pueblos son propietarios de dichas áreas y que requiere protección³⁵². Se basa en que el título de propiedad otorgado por la autoridad correspondiente no es constitutivo de derecho sino únicamente declarativo³⁵³. La misma lectura es respecto de las disposiciones que establece la DNUDPI; sin embargo, este instrumento reconoce a los pueblos indígenas el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido, y como tales a poseer, utilizar, desarrollar y controlar³⁵⁴, lo que demuestra que el derecho que se tiene sobre ellos, va más allá de la simple utilización, administración y conservación sino el derecho a poseer, desarrollar y controlar a estos elementos importantes.

Las disposiciones de la Constitución que reconocen la propiedad imprescriptible de los pueblos indígenas y el derecho a mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales, las disposiciones del Convenio 169 de la OIT y las de la DNUDPI que establecen en el mismo sentido, confirma que el uso, posesión y ocupación de tierras desde tiempos inmemoriales dan lugar a un derecho originario, oponible a todas las personas, incluido al propio Estado; por lo mismo, gozan de la protección jurídica concedido a todos los bienes, y acciones para proteger los intereses colectivos sobre aquellos. Desde esta perspectiva, el título ancestral que tienen los pueblos indígenas no está sujeto a la anulación por voluntad del Estado; por lo tanto, el uso, ocupación y

³⁵² Los Estados, si bien han reconocido el derecho al territorio de los pueblos indígenas, han hecho suyos los recursos naturales que se encuentran dentro de ellas. Sin embargo, a pesar de que se reconoce la soberanía del Estado sobre los recursos naturales (artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT), obliga a los Estados realizar las consultas adecuadas, facilitar la participación en los beneficios que de ellos deriva, una indemnización por los daños que se causen, a realizar estudios de impactos ambientales, sociales y culturales. Esta limitación es un reconocimiento de que los pueblos indígenas son dueños de los territorios en que habitan.

³⁵³ Cfr. B. TOBIN, F. NOEJOVICH Y C. YÁNEZ, *Petroleras, estado y pueblos indígenas...*, op. cit., p. 44.

³⁵⁴ Cfr. DNUDPI, artículo 26.1 y 26.2.

posesión de tierras, territorios y recursos no es por tolerancia de los Estados sino es el ejercicio del derecho que sobre ellas tienen. Más aún cuando sobre ellos se reconoce los derechos inalienables, y como tal, a poseer, utilizar, desarrollar y controlar los recursos que en ellos se encuentran.

Dentro del contexto anotado, la COIDH ha referido el derecho a la propiedad privada contenida en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH). Frente a las demandas planteadas por los pueblos indígenas sobre los derechos a la tierra, territorio y recursos, la COIDH, tomando como base de que los Tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales³⁵⁵; sujetándose a la disposición contenida en el artículo 29 de CADH que prohíbe una interpretación restrictiva de derechos; tomando en cuenta el significado especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y trasmitirla a las generaciones futuras, ha dicho que el artículo 21 de CADH protege el derecho a la propiedad que comprende entre otros, los derechos de los miembros de la comunidad indígena dentro del marco de la propiedad comunal, ya que, entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, por lo tanto, la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Así, los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios. Y en consecuencia, como producto de la costumbre, la posesión debería bastar para que las comunidades indígenas que no tengan título real de propiedad obtengan el reconocimiento oficial de la misma³⁵⁶.

La COIDH además, en aplicación al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el

³⁵⁵ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf, consultado: 20 de marzo de 2009, párr. 114.

³⁵⁶ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua...*, op. cit., párrafos, 147 a 149 y 151.

Derecho de los Tratados³⁵⁷, ha sostenido que al dar la interpretación a un Tratado no sólo se debe tomar en cuenta los acuerdos e instrumento formalmente relacionados con éste sino también el sistema dentro del cual se inscribe³⁵⁸. Con este fundamento, al dar el alcance del artículo antedicho, ha considerado útil y apropiado utilizar otros Tratados Internacionales diferentes de la CADH, entre ellos al Convenio 169 de la OIT para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, en consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el DI de los derechos humanos³⁵⁹. Teniendo en cuenta estas particularidades, la COIDH ha expresado que el *Corpus Juris* del DI de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el DI, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. En esta medida concluyó que el alto Tribunal debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el DI contemporáneo³⁶⁰.

En otras ocasiones, la COIDH ha considerado la aplicación de la DNUDPI en casos sometidos a su conocimiento para resolver los mismos asuntos, pero con la particularidad de obligar la obtención del CPLI a los pueblos indígenas³⁶¹ por parte de los proponentes del proyecto.

Como se anota, la COIDH mediante una interpretación evolutiva de los derechos humanos y la aplicación del *Corpus Juris* en esta materia, ha reconocido el derecho de

³⁵⁷ *Convención de Viena sobre los Tratados*, numerales 2 y 3.

³⁵⁸ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam...*, op. cit., párrafo 126.

³⁵⁹ Cfr. *ibidem*, párrafo 127.

³⁶⁰ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf, consultado: 20 de marzo de 2009, párr. 120

³⁶¹ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam...*, op. cit., párrafo 131 y ss.

propiedad comunal de los pueblos indígenas³⁶².

Sobre el título de tierras y territorios de los pueblos indígenas, la COIDH sostuvo que la posesión de tierra debería bastar para que los miembros de las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro³⁶³. En casos como el de los miembros del pueblo N'djuka, ha resuelto que estos eran los dueños legítimos de sus tierras tradicionales aunque no tenían la posesión de las mismas, porque salieron de ellas a consecuencia de los actos de violencia que se produjo en su contra. En este caso las tierras tradicionales no fueron ocupadas por terceros³⁶⁴. Y en otra oportunidad, el Tribunal consideró que los miembros de la Comunidad estaban facultados, incluso por el derecho interno, a presentar solicitudes de reivindicación de tierras tradicionales, y como tal ordenó como medida de reparación que el Estado identifique esas tierras y las entregue de manera gratuita³⁶⁵.

Estas jurisprudencias establecidas, sirvieron a la misma Corte, para que en una oportunidad concluya de manera expresa que:

1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que

³⁶² Entre ellos ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*, 2005; *Caso de la Comunidad indígena Sawboyamaxa v. Paraguay*, 2006; *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*, 2007; entre otros.

³⁶³ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad Awas Tingni v. Nicaragua*, op. cit., párr. 151.

³⁶⁴ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad Moivana v. Surinam...*, op. cit., párr. 134.

³⁶⁵ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay...*, op. cit., párrafos 124 a 131.

condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas³⁶⁶.

Además, con fundamento en que la posesión no es un requisito condicionante a la existencia de derecho a la recuperación de sus tierras, la COIDH estableció que sobre la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas que se sustenta principalmente en su relación con sus tierras tradicionales, sostuvo que mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanece vigente, caso contrario, se extingue. Instituyó que dicha relación puede expresarse de distintas formas, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre. Siendo estas: el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres y cualquier otro elemento característico de su cultura³⁶⁷. Sin embargo, cuando dicha relación no puede ser manifestada por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real, se entiende que el derecho a la recuperación de tierra persiste hasta que desaparezcan los impedimentos³⁶⁸.

Con igual tratamiento e interpretación que ha dado al derecho de la propiedad privada, la COIDH ha resuelto que “tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana”; por lo tanto, “el reconocimiento abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad”³⁶⁹. Además ha resuelto que la protección de la propiedad, leído conjuntamente con el artículo 1.1 y 2 de la CADH, obliga a los Estados la conducta positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas, el pleno ejercicio e igualitario del derecho de territorios que han usado y ocupado tradicionalmente. Y ha

³⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad indígena Sawboyomaxa v. Paraguay...*, op. cit., párrafo 128.

³⁶⁷ Cfr. *ibídem*, párrafo 131.

³⁶⁸ Cfr. *ibídem*, párrafo 132.

³⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad indígena Yakeye Axa v. Paraguay...*, op. cit., párrafo 143.

dicho que el otorgamiento meramente de privilegios de uso de la tierra, no le garantiza el derecho de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa³⁷⁰, ya que el privilegio solamente de uso, puede ser despojado por el Estado u opacados por derechos a la propiedad de terceros, por lo que los pueblos indígenas deben obtener el título de su territorio como garantía de uso y goce permanente de dichas tierras³⁷¹; debiendo este título ser reconocido y respetado tanto en la práctica como en el derecho para salvaguardar su certeza jurídica³⁷².

En otras ocasiones, si bien ha reconocido el derecho a la tierra, territorios y recursos como legítimos titulares, ha establecido límites al uso y goce de la misma con fundamento en el mismo artículo 21 de la CADH que prevé las restricciones a este derecho. Sin embargo, ha establecido el cumplimiento estricto de condiciones que se deben observar para que dé lugar dicho impedimento, entre ellas: que la restricción esté previsto en la ley, sea necesaria, proporcional y para el logro de un legítimo objetivo. Además, la valoración de caso por caso de los factores u otras circunstancias que pueden afectar su supervivencia, control de su hábitat para la conservación de su patrimonio cultural, debido a que la restricción impuesta sobre sus territorios pueda afectar otros derechos básicos como el de la identidad cultural y la supervivencia misma. Aparte de ello, el pago de una justa indemnización y la entrega de tierras alternativa cuando es imposible el retorno de los pueblos indígenas cuando hayan sido ilegítimamente desposeídos³⁷³ o por el desarrollo de proyectos o actividades que se llevan en sus tierras y territorios.

Por otra parte, la COIDH ha sostenido que el Estado no solo tiene la obligación de reconocer sus derechos a la tierra, territorio y recursos, sino el de demarcar las tierras para determinar la ubicación del territorio indígena. De esta forma, ha determinado las obligaciones de los Estados de reconocer y respetar las tierras, los territorios y los recursos

³⁷⁰ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam...*, op. cit., párrafos 91 y 115.

³⁷¹ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam...*, op. cit., párr. 209.

³⁷² Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam...*, op. cit., párrafo 115.

³⁷³ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Comunidad indígena Yakeye Axa v. Paraguay...*, op. cit., párrafos 145 a 151.

de las poblaciones indígenas, y de deslindar esas tierras y territorios, pues la omisión viola el derecho al uso y el goce de los bienes de los pueblos indígenas, más aun cuando el Estado otorga concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente³⁷⁴ a dichos pueblos. Esto debido a que las políticas de desarrollo económico llevadas han sido sin reconocer ni respetar los derechos de los pueblos indígenas a las tierras, territorios y recursos, consecuentemente, la negación a la participación, consulta y mucho menos de CPLI. De esto, las políticas de desarrollo económico efectuadas aparentemente en interés del país han repercutido negativamente en los pueblos indígenas. A menudo, el desarrollo se produce sin el consentimiento, la consulta, la participación o en beneficio de los pueblos indígenas.

A las afirmaciones anteriores se debe agregar, al decir de los Estados, la expropiación de tierras, territorios y recursos indígenas en función de los intereses económicos y de desarrollo nacional como el justificativo actual para vulnerar los derechos legítimos que tienen los pueblos indígenas. Esta modalidad ha impedido la aplicación de procesos de desarrollo coherentes a sus valores, perspectivas e intereses propios, ya que la “concentración de amplios poderes jurídicos, políticos y económicos en el Estado ha agravado el problema del desarrollo y los derechos de los pueblos indígenas a tierras territorios y recursos”³⁷⁵.

Queda establecido entonces, a través de la Constitución, el Convenio 169 de la OIT, la DNUDPI y la jurisprudencia de la COIDH, que al reconocer el derecho a la propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas, el derecho de propiedad no deriva del título sino del hecho mismo de la ocupación tradicional. El título es solamente declarativo de derecho y una formalización del reconocimiento de la misma para su debida protección. Los patrones tradicionales de uso y ocupación territorial de las comunidades indígenas generan sistemas consuetudinarios de

³⁷⁴ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua...*, op. cit., párrafos 153 y 163.

³⁷⁵ NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *La población indígena y su relación con la tierra...*, op. cit., párrafo 66.

propiedad, son derechos de propiedad creados por las prácticas y normas consuetudinarias indígenas que deben ser protegidos, y que califican como derechos de propiedad amparados por el artículo 21 de la CADH. Por lo tanto, con relación a la propiedad sobre la tierra, territorios y los recursos que en ellos se encuentren, la participación, consulta y el CPLI de los pueblos indígenas constituye un derecho inalienable e indispensable en las decisiones que pueden afectar su derecho sobre ellos, y la posibilidad de defenderlo.

El reconocimiento que el Estado ha podido hacer respecto de estos derechos a los pueblos indígenas, ha constituido en una gran limitante al imponer restricciones al ejercicio de sus actividades de desarrollo tradicional como pueblo y al ejercicio mismo de derecho sobre la tierra, territorio y recursos, en lugar de constituir un punto de partida hacia el reconocimiento progresivo de los derechos humanos. Por ello, la afirmación de los derechos de los pueblos indígenas a la tierra es permitir que éstos controlen sus tierras, territorios y recursos mediante sus propias instituciones para dar la posibilidad de ejercer la libre determinación interna en forma de control y de adopción de decisiones en el ámbito del desarrollo, el uso de los recursos naturales y las medidas de gestión y conservación³⁷⁶. En este sentido, ya hace bastante tiempo, el Informe de la Comisión Brundtland sostuvo que el punto de partida de una política justa y humana para los pueblos indígenas debe ser el reconocimiento y la protección de sus derechos tradicionales a la tierra y a los otros recursos que les permiten mantener su forma de vida-derechos que ellos quizás definen en términos que no coinciden con los sistemas jurídicos ordinarios³⁷⁷.

2.11.5. La Soberanía de los Pueblos Indígenas sobre los Recursos Naturales

El tratamiento de este tema obedece al reconocimiento del derecho de la libre

³⁷⁶ Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *La población indígena y su relación con la tierra...*, op. cit., párrafo 80.

³⁷⁷ Cfr. ONU, *Our Common Future: Report of the World Commission on Environment and Development*, Transmitted to the General Assembly as an Annex to document A/42/427-Development and International Co-operation: Environment, 1987, disponible en: <http://www.un-documents.net/ocf-04.htm#III>, consultado: 20 de agosto de 2009, Capítulo 4, párrafo 75.

determinación que tienen los pueblos indígenas que hemos referido en el capítulo anterior. Como se anotó, el derecho de la libre determinación incluye aspectos políticos, económicos, sociales y culturales, y que su plena efectividad supone la existencia de todos ellos. Cada uno de tales elementos solo puede realizar de manera completa en función del reconocimiento pleno y de la consagración de otros. La libre determinación de los pueblos desde el punto de vista de contenido económico, se manifiesta en especial, sin perjuicio de la existencia de otras múltiples y diversas proyecciones, en el derecho a la soberanía permanente sobre los recursos naturales. Por ello se sostiene que, sin la realización efectiva de este derecho a la soberanía permanente de los recursos naturales no puede conceptuarse consagrado plenamente el derecho a la libre determinación de los pueblos. El pleno reconocimiento y efectividad del derecho a la libre determinación es una condición necesaria para el desarrollo integral que poseen los pueblos³⁷⁸.

La soberanía de los pueblos sobre los recursos naturales, en este caso de los pueblos indígenas, se deriva de la semejanza de sus circunstancias con la situación de los pueblos a los que se aplicó el mismo por primera vez. En el derecho moderno se derivó de la lucha de los pueblos colonizados por lograr la autodeterminación política y económica³⁷⁹. Este fue el origen dentro del cual se aplicó.

El principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales consiste en que “los pueblos y naciones deben disponer de autoridad para gestionar y controlar sus recursos naturales y disfrutar de este modo de los beneficios de su explotación y conservación”³⁸⁰. Desde esta perspectiva ha sido invocado como medio para garantizar los beneficios económicos derivados de los recursos naturales de sus territorios a los pueblos que salían del dominio colonial, y dar así a estos, el fundamento jurídico necesario para combatir y corregir la conculcación de su soberanía económica a causa de unos contratos

³⁷⁸ Cfr. H. GROS ESPIELL, “El derecho a la libre determinación...”, op. cit., p. 69.

³⁷⁹ Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales. Informe final de la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes*, 56º periodo de sesiones, E/CN.4/Sub.2/ 2004/30, Nueva York, N.U., 2004, disponible en: http://www-old.unlp.edu.ar/sisadm2/rectorado/ddhh/documentos/UN_Final_PSNR__official_ONU_informe_ESPANOL_200407.pdf, consultado: 31 de octubre de 2008, párrafo 6.

³⁸⁰ *Ibidem*.

y acuerdos de otro tipo opresivos e injustos, orquestados por otros Estados y empresas extranjeras³⁸¹. Principio a la vez que ha sido concebido como una condición básica para la materialización del derecho de libre determinación de los pueblos, que incluye el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales y su derecho al desarrollo para la realización plena de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales³⁸².

Si bien este principio tuvo una aplicación en el ámbito de pueblos colonizados, el origen y la finalidad y el reconocimiento actual de la comunidad internacional de los problemas que enfrentan los pueblos indígenas, han dado lugar a las deliberaciones relativas a la soberanía de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales en el seno de la ONU.

Este principio como los otros, tiene su origen en la ONU. La AGNU adoptó las primeras Resoluciones al respecto, en donde, por primera vez reconoció la aplicación a pueblos y naciones³⁸³. Pero, la Resolución 1803 (XVII) de la AGNU de 1962, dio impulso al principio en el DI. En ella, la AGNU declaró, entre otras, el derecho de los pueblos y naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales y que la violación de este derecho era contraria al espíritu y los principios de la ONU y entorpecía el desarrollo de la cooperación internacional y la preservación de la paz³⁸⁴.

Este principio, en sus inicios de aplicación para los pueblos colonizados que intentaban asumir el control de sus propios recursos, y con ello el de su destino económico y político, llegó a constituir en principio general del DI, cuando en 1966 los PIDH reconocieron en sus artículos 1 los siguientes:

³⁸¹ Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *La soberanía permanente de los pueblos indígenas...*, op. cit., párrafo 6.

³⁸² Cfr. ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre el Derechos al Desarrollo*, Resolución 41/128, 4 de diciembre 1986, artículo 1.

³⁸³ Entre ellos están, *Desarrollo económico integrado y acuerdos comerciales*, Resolución 523 (VI), 12 de enero de 1952; *Derecho a explotar libremente las riquezas y recursos naturales*, Resolución 626 (VIII), 21 de diciembre de 1952; *Recomendaciones concernientes al respeto internacional del derecho de los pueblos y de las naciones a la libre determinación*, Resolución 837 (IX), 14 diciembre de 1954; *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*, Resolución 3281 (XXIX), 12 diciembre de 1974; *Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional*, Resolución 3201 (S-VI), 1 mayo de 1974.

³⁸⁴ Cfr. ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Soberanía permanente sobre los recursos naturales*, Resolución 1803 (XVII), 14 de diciembre de 1962.

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de su propio medio de subsistencia.

Además de esta disposición, el PIDCP en el artículo 47 y el artículo 25 del PIDESC previeron que “[n]inguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales”, como condición necesaria a la plena materialización del derecho de la libre determinación.

El desarrollo de este principio ha sido uno de los que ha causado mayores debates en los últimos años. El artículo 1 de los PIDH, si bien establece un límite, ha sido con la finalidad de evitar que la población local no quede privada de sus propios recursos de subsistencia. En este sentido, la DNUDPI incorpora explícitamente el contenido de este principio en sus disposiciones, las mismas que se refieren al derecho de poseer, desarrollar, controlar, usar, proteger y conservar sus tierras, territorios y recursos, así como su derecho a la libre determinación, autonomía y autogobierno y el derecho a participar en el gobierno del Estado. La libre determinación de los pueblos indígenas reconocida en la DNUDPI es compatible con los principios de DI. Desde esta perspectiva, se incluye la soberanía permanente sobre los recursos de los pueblos indígenas para dar mayor alcance y significado al derecho de la libre determinación que estos pueblos poseen.

El significado de la soberanía, con relación al principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales, ha sido descrito generalmente como “el control legal y gubernamental de los recursos naturales, y la autoridad administrativa sobre los mismos, en particular en cuanto faceta del ejercicio del derecho de libre determinación”³⁸⁵. Por lo tanto, la soberanía no se refiere al sentido abstracto y absoluto del término, sino más bien

³⁸⁵ NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *La soberanía permanente de los pueblos indígenas...*, op. cit., párrafo 18.

al control gubernamental y la autoridad sobre los recursos en el ejercicio de la libre determinación. Su utilización con respecto a los pueblos indígenas no los sitúa al mismo nivel que los Estados y ni pone en conflicto con la soberanía de éstos³⁸⁶ porque en DI se desarrolló que “un soberano podía estar bajo la protección de otro, un soberano mayor, sin perder por ello su soberanía”³⁸⁷.

Sobre la soberanía de los Estados, se afirma comúnmente que ningún Estado goza de una soberanía absoluta, ya que están limitados en su soberanía por los Tratados y por el DI consuetudinario³⁸⁸. Los acuerdos no sólo establecen ciertos límites a su soberanía sino que reconocen además que pueden obtenerse algunos beneficios si los soberanos cooperan en la gestión y utilización de los recursos naturales³⁸⁹. Por lo tanto, “en términos de principios jurídicos, no hay objeciones que oponer a la utilización del término soberanía³⁹⁰ en referencia a los pueblos indígenas que actúan con capacidad gubernativa,

³⁸⁶ Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *La soberanía permanente de los pueblos indígenas...*, op. cit., párrafo 18

³⁸⁷ *Ibidem*, párrafo 19.

³⁸⁸ A través de los Tratados multilaterales y acuerdo internacionales, los Estados consienten a la observancia de las normas internacionales y ciertos límites a su soberanía asociada con la vigilancia internacional y mecanismos de cumplimiento. De ello, se observa que el deber y obligación de los Estados fueron definidos dentro de los instrumentos internacionales de derechos humanos, con el condicionamiento claro y restringido de su soberanía, que incluye la obligación de proteger, respetar, promover y cumplir el derecho de todo pueblo a la libre determinación. Por lo tanto, el dominio eminente está sujeto a las leyes de derechos humanos de la misma manera en que lo está cualquier otra prerrogativa del estado, y por lo tanto, no debería ser coronado con un estatus especial o forma de excepción, en este caso, para justificar la negación del derecho de CLPI. Cfr. UNITED NATIONS, ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Legal Commentary ...*, op. cit. párrafo 51.

³⁸⁹ Al respecto se han identificado cuatro sectores de intervención en los que el declive de la soberanía del Estado ante las exigencias de la globalización sería más evidente: el control de los flujos monetarios y financieros, los problemas medioambientales, el control de la información, y el control de las empresas multinacionales. Sin embargo, persiste la vigencia de la noción de soberanía como elemento constitutivo del Estado y base del derecho internacional actual. Ello no debe obstaculizar la identificación de los vectores de evolución que han modelado este concepto, al aumentar cuantitativa y cualitativamente los límites del Estado en el ejercicio de sus derechos soberanos. Como corolario de ese proceso, se ha ido reduciendo de manera ostensible el ámbito de aplicación de la excepción de competencia doméstica contenida en el artículo 2 (7) de la Carta de Naciones Unidas. Cfr. L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, “Globalización y soberanía de los estados”, I Jornadas de diálogo euro-marroquí, celebradas en la Universidad de Tánger los días 25 y 26 de noviembre de 2004, en *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, N.º. 10, 2005, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=1302919>, consultado: 21 de octubre de 2009, pp. 6 y 14.

³⁹⁰ La soberanía ya no puede ser entendida como una prerrogativa exclusiva de las autoridades centrales del Estado, sino, más bien, una colección de funciones que mejor pueden ejercerse en los diferentes niveles de la sociedad, en función de la naturaleza de las decisiones que deben ser realizados y de la forma de su

aunque esa capacidad gubernativa pueda estar limitada de diversos modos”³⁹¹. Al respecto hay que recordar que los pueblos indígenas fueron soberanos en el sentido de que estaban facultados para ejercer poderes de autogobierno de sus propios asuntos en razón de su soberanía originaria, mediante procedimientos tradicionales conforme a su derecho consuetudinario³⁹².

Las expresiones de soberanía de los pueblos indígenas en el sentido que hemos sostenido, se encuentran plasmadas en diferentes IIDH, las legislaciones comparadas y en la jurisprudencia de la COIDH.

Así, para DAES³⁹³, el Convenio 169 de la OIT, contiene disposiciones importantes relativas al control de los recursos naturales por los pueblos indígenas en su capacidad colectiva como pueblos. Específicamente, el artículo 15 prevé el derecho de los pueblos a sus recursos naturales al expresar que “[l]os derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”. Si bien establece una garantía limitada de control y autoridad de gestión a los pueblos indígenas, es una forma de soberanía en el sentido que hemos aludido.

El mismo reconocimiento hace el artículo 7, al expresar que “[l]os pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al

aplicación más adecuada. M. VAN WALT VAN PRAAG, Y O. SEROO (Editors), *The Implementation of the Right...*, op. cit. p. 34.

³⁹¹ NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *La soberanía permanente de los pueblos indígenas...*, op. cit., párrafo 20.

³⁹² Para TRUJILLO, el Estado plurinacional que establece la Constitución vigente en su artículo 1, reconoce la existencia de naciones y pueblos indígenas que, a diferencia de las organizaciones voluntarias, reivindican una identidad que les liga a los pueblos que habitaron el territorio que ahora es el del Estado ecuatoriano, desde antes de que llegaran a él los españoles, recrean permanentemente un Derecho propio, distinto del derecho estatal, conservan formas asimismo propias de organización social y política, o sea autoridades constituidas e investidas de facultades por las mismas comunidades, pueblos y nacionalidades, así como otras características que, sin mengua de su igualdad con los mestizos, les hacen diferentes. Además de ello, la demanda de participar en las decisiones del estado y en los beneficios de desarrollo integrales están establecidos en los IIDH y la Constitución. Cfr. J.C. TRUJILLO, “Sociedad civil y Estado de participación”, en S. ANDRADE, A. GRIJALVA Y C. STORINI (Editores), *La nueva constitución...*, op. cit., p. 31.

³⁹³ Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *La soberanía permanente de los pueblos indígenas...*, op. cit., párrafos 28 y 29.

proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera”, y sobre ello, el derecho “de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”. Más en sus artículos 2, 4, 5 y 6 reconoce a las instituciones y las instituciones representativas que tienen los pueblos indígenas. En este sentido, el Convenio 169 de la OIT garantiza por lo menos de formas limitadas de soberanía o autoridad de gestión a los pueblos indígenas.

Por su parte, la DNUDPI hace un reconocimiento más amplia de los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas en este tema. En su artículo 3, explícitamente instituye el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación; de esta forma establece la autoridad de determinar su condición política, y perseguir su desarrollo económico, social y cultural. Y como formas de ejercer dicho derecho, garantiza el derecho a la autonomía y autogobierno en asuntos internos y locales, y medios para financiar esas funciones autónomas³⁹⁴. Junto a ello, reconoce la participación y una interacción con las estructuras sociales más amplias en los países en que viven al establecer el derecho de “participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”, al mismo tiempo de reiterar el derecho de conservar y reforzar las instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales³⁹⁵, como el mantener y desarrollar “sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo”³⁹⁶; y asimismo “derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo”³⁹⁷.

Por otra lado, reconoce el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido; y sobre ellos a poseer, utilizar, desarrollar y controlar³⁹⁸; a ser reconocidos y adjudicados³⁹⁹; a la restitución o

³⁹⁴ Cfr. *DNUDPI*, artículo 4.

³⁹⁵ Cfr. *ibídem*, artículos 5 y 18.

³⁹⁶ *Ibídem*, artículo 20.

³⁹⁷ *Ibídem*, artículo 23.

³⁹⁸ Cfr. *ibídem*, artículo 26.

³⁹⁹ Cfr. *ibídem*, artículo 27.

indemnización⁴⁰⁰; conservación y protección⁴⁰¹; reparación justa y equitativa⁴⁰²; y la participación, la consulta y el CPLI antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, como también previo a la adopción y aplicación de medidas legislativas o administrativas que los afecten. De los textos de los artículos anotados, se puede observar que estas disposiciones reconocen indudablemente la soberanía de los pueblos indígenas y su autoridad de gobierno sobre sus recursos naturales y territorios, todo ello en ejercicio y para la materialización del derecho de la libre determinación de los pueblos indígenas.

En las legislaciones comparadas como el de Nicaragua, se concede la autonomía a las regiones indias de la Costa Atlántico, como también las formas indígenas de organización social, administrar sus propios asuntos locales, mantener sus formas comunales de propiedad y utilizar y gozar de sus tierras y su autoridad sobre las tierras, territorios y recursos⁴⁰³. En Nueva Zelanda, el Tratado de Waitangi, concertado entre la Corona Británica y los maoríes, es el documento fundacional de Nueva Zelanda. Este Tratado atestigua explícita e implícitamente la soberanía de los maoríes⁴⁰⁴. En Australia, la Ley de Derechos Territoriales Aborígenes (Territorio del Norte) australiana de 1976, concede a los propietarios tradicionales aborígenes el derecho a brindar su consentimiento a las exploraciones en sus tierras, el mismo que incluye el derecho a vetar dichas exploraciones, así como el derecho de negociar acuerdos y los plazos para tal exploración. También exige a las compañías mineras, para obtener el permiso del gobierno del Territorio del Norte, el negociar con los propietarios tradicionales antes de llevar a cabo las exploraciones en las tierras poseídas por propietarios tradicionales aborígenes⁴⁰⁵. Todo ellos como muestras de reconocimientos claros de la soberanía de los pueblos indígenas.

De su parte, la Constitución ecuatoriana, dentro del Título V denominado

⁴⁰⁰ Cfr. *DNU DPI*, artículo 28.1.

⁴⁰¹ Cfr. *ibídem*, artículo 29.1.

⁴⁰² Cfr. *ibídem*, artículo 32.3.

⁴⁰³ Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *La soberanía permanente de los pueblos indígenas...*, op. cit., párrafo 25.

⁴⁰⁴ Cfr. *ibídem*, párrafo 26.

⁴⁰⁵ Cfr. ENVIRONMENTAL LAW INSTITUTE, *Consentimiento informado previo y minería...*, op. cit., p. 7.

“organización territorial del Estado”, establece que por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población pueden constituirse en regímenes especiales⁴⁰⁶. De ello, serán regímenes especiales por razones étnico-culturales las circunscripciones territoriales indígenas. El texto de este artículo, es confirmado por el artículo 60 al decir que “los pueblos ancestrales, indígenas,...podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulará su conformación”. No obstante, el artículo 238 no incluye a las circunscripciones territoriales indígenas dentro del régimen de gobiernos autónomos descentralizados, si no que lo hace dentro de los regímenes territoriales especiales; entre ellas también incluye a los distritos metropolitanos. Sin embargo, este último goza tanto de carácter de gobierno autónomo como de régimen territorial especial, que tiene un órgano de gobierno. Finalmente, la Constitución establece que las circunscripciones territoriales indígenas ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo que corresponde, las mismas que estarán regidos por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y derechos colectivos; agrega a ello, que podrán constituir un gobierno descentralizado autónomo si esto es aprobado por dos tercios de los votos válidos luego de una consulta⁴⁰⁷.

La previsión hecha por la Constitución, si bien abre la puerta hacia el establecimiento de un régimen seccional autónomo para el goce de los derechos colectivos, rompe la integridad del derecho territorial de los pueblos indígenas al establecer la conformación de este gobierno sobre la base de los límites establecidos por los gobiernos parroquiales, cantonales o provinciales, a la vez que debilita las competencias y aspiraciones a gobiernos de régimen especial autónomo para ejercer los derechos colectivos como determina la Constitución⁴⁰⁸ y mucho menos para la conservación étnico-cultural⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ Cfr. Artículo 242.

⁴⁰⁷ Cfr. *Constitución Política del Ecuador 2008*, artículo 257.

⁴⁰⁸ Cfr. S. KINGMAN, “Entre la asimilación y la diferencia: la Asamblea Constituyente y los territorios indígenas”, en *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, No. 32, pp. 25-29, EBSCOhost 2008, consultado: 23 de septiembre de 2009, p. 29.

⁴⁰⁹ Creemos que no en mayoría de los casos se dará la conformación de este tipo de gobiernos descentralizados autónomos de las circunscripciones territoriales indígenas debido a que posiblemente

Por su parte, la COIDH al interpretar el derecho a la propiedad previsto en el artículo 21 de la CADH ha sostenido que los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras incluyen los derechos a los recursos que ellas encierran, y que esos derechos de propiedad corresponden a la comunidad a título colectivo y según su propia ley consuetudinaria, valores, costumbres y usos.

Así, en el caso *Mayagna Awas Tingni v. Nicaragua*, la COIDH estimó que, a la luz del artículo 21 de la CADH, el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad, “toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente”. Agregó a ello que los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras incluyen los derechos a los recursos que ellas encierran⁴¹⁰.

Asimismo, la COIDH ha considerado que la noción de dominio y posesión de la tierra no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, lo que no obsta la protección igual del artículo 21 de de CADH, porque el desconocimiento de las versiones específicas del derecho al uso y goce dadas por la cultura, usos, costumbre y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que solo existe una sola forma de usar y disponer de los bienes, lo que es contrario a la protección previsto por dicho artículo. Por esta razón, observando la estrecha vinculación de estos pueblos con sus tierras tradicionales y recursos naturales ligados a su cultura que en ellas se encuentran, así como los elementos incorporales que nacen de ellas, estableció la obligación de ser protegidos por el artículo 21 de la CADH, ya que en razón del término “bienes” que establece dicho artículo se refiere a cosas materiales susceptibles de apropiación, así como también derecho que forma parte del patrimonio de una persona; comprendiendo dentro de este

nunca se aprueba en consulta la constitución de este tipo de gobierno debido a que casi en ninguna o pocas parroquias, cantones o provincias habitan mayoritariamente pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, y consecuentemente la falta de las dos terceras partes de los votos para la aprobación de su constitución. A ello se debe sumar la falta de una Ley que regula dicha conformación, que tiene muy pocas posibilidades de ser creado por falta de una voluntad política, y además por los antecedentes que se tiene respecto de la previsión hecha en la Constitución de 1998, que nada se hizo al respecto.

⁴¹⁰ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua...*, op. cit., párrafo 153.

concepto todos los mueble e inmueble, elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor⁴¹¹.

Además, en conformidad con el artículo 29 de la CADH, la COIDH considerando el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme al artículo 1 de los PIDH que dispone que los pueblos podrán proveer a su desarrollo económico, social y cultural y pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales para que no se los prive de sus propios medios de subsistencia; y de acuerdo al artículo 27 PIDCP que establece que no se puede negar a las personas que pertenezcan a las minorías el derecho que le corresponde, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a gozar de su propia cultura, que puede estar asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales⁴¹², concluyó que los pueblos indígenas y tribales están protegidos por “el derecho internacional de los derechos humanos que garantiza el derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y ocupación, de larga data, de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural”⁴¹³. Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en sus observaciones finales respecto del artículo 1 de PIDCP ha sido claro en explicar que “el derecho a la autodeterminación requiere, entre otras cosas, que todas las poblaciones puedan disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, y que no se les prive de sus medios de subsistencia”. Por ello recomendó “que se tomen medidas decisivas y urgentes con miras a la...asignación de tierras y recursos”⁴¹⁴.

Asimismo, en otros casos, la COIDH ha reconocido que la afirmación del derecho a usar y gozar de los pueblos indígenas de su territorio según sus costumbres y tradiciones, deriva el derecho a los recursos naturales que se encuentran allí. Al respecto ha dicho que:

⁴¹¹ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Comunidad indígena Sawboyamaxa v. Paraguay...*, op. cit., párrafos 120 y 121.

⁴¹² Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam...*, op. cit., párrafos 93 y 94

⁴¹³ *Ibidem*, párrafo 96.

⁴¹⁴ NACIONES UNIDAS, PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Examen de los informes presentados por los Estados partes...*, op. cit. párrafo 8.

...los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. ... El objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados⁴¹⁵.

Esta afirmación ha sido en consideración de que los pueblos indígenas tienen una conexión intrínseca con su territorio. La COIDH ha agregado que solo el reconocimiento del derecho sobre la propiedad, no tendría sentido cuando el derecho de uso y goce de dicho territorio no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran en dicho territorio; por ello, la titularidad de las tierras deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por los pueblos indígenas, lo que a su vez, mantiene el estilo de vida particular. En ello consiste la protección que prevé el artículo 21 de la CADH⁴¹⁶.

Si bien la COIDH ha reconocido en primer término la titularidad de los pueblos indígenas a la tierra, y consecuentemente de los recursos naturales que en ellos se encuentran, ha sido solo respecto de los recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de los pueblos indígenas⁴¹⁷, y sobre ellos ha establecido la protección el artículo 21 de la CADH. Por esta razón, el mismo Tribunal ha expresado que toda exploración y explotación podría afectar el uso y goce de algún recurso natural utilizado para la subsistencia de los pueblos indígenas, pero que el artículo mencionado no debe ser interpretado en el sentido estricto que impida al Estado emitir cualquier tipo de

⁴¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam...*, op. cit. párrafo 121.

⁴¹⁶ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam...*, op. cit., 122.

⁴¹⁷ Cfr. *ibídem*.

concesiones para dichas actividades dentro del territorio de estos pueblos⁴¹⁸. Desde este lado, la COIDH ha dicho que la protección del derecho a la propiedad previsto en el artículo 21 de la CADH no es absoluta, y por lo mismo el derecho al uso y goce de sus tierras y el derecho a los recursos necesarios para la supervivencia están sujetos a ciertos límites y restricciones como cualquier otro derecho previsto en la CADH⁴¹⁹.

En virtud de lo anterior, para evitar las arbitrariedades que pueda dar lugar, el mismo Tribunal ha establecido que la restricción del derecho previsto en el artículo 21 de la CADH dará lugar siempre que: “a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”⁴²⁰. Con estas observaciones, el Estado podrá bajo ciertas condiciones, restringir este derecho, incluido los de los recursos naturales que se encuentran en su territorio.

A estos requisitos se ha explicado en el siguiente sentido:

La necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido⁴²¹.

Conociendo las características particulares de los pueblos indígenas de su relación con la tierra y los recursos naturales, la COIDH adicionalmente prevé considerar si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo. Establece así que, el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce respecto de las tierras y los recursos naturales, únicamente cuando

⁴¹⁸ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam...*, op. cit., párrafo 126.

⁴¹⁹ Cfr. *ibídem*, párrafo 127.

⁴²⁰ *Ibídem*.

⁴²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay...*, op. cit., párrafo 145.

dicha restricción cumpla con los requisitos señalados anteriormente⁴²² y, además, cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal⁴²³. Porque la omisión a la observancia de los derechos territoriales que abarca un concepto amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado y el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de la cultura, para su propio desarrollo y sus planes de vida⁴²⁴, serían afectados. Y para garantizar que la restricción impuesta no implique una denegación de sus subsistencia como pueblo, el Estado debe “consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente, compartir los beneficios razonables con ellas, y realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social”⁴²⁵.

En el mismo sentido, un estudio realizado por comisión de BM, respecto de los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales, y su importancia, ha concluido en este sentido:

Para los pueblos indígenas los derechos seguros, efectivos y colectivos a las tierras, territorios y recursos de propiedad tradicional, u ocupados de alguna otra manera, son fundamentales para su desarrollo económico y social, su integridad física y cultural, sus medios de vida y subsistencia. [Como] [t]ambién...para mantener las cosmovisiones y la espiritualidad de los pueblos indígenas y, en suma, para su misma supervivencia como comunidades culturales y territoriales viables. Sin los derechos de propiedad seguros y exigibles, los medios de subsistencia de los pueblos indígenas entrarían bajo una amenaza permanente. La pérdida o la degradación de la tierra y los recursos resultan en la privación de los elementos básicos necesarios para sostener la vida y mantener un nivel de

⁴²² Los casos resueltos frente a estos temas sugieren dos criterios generales para evaluar si una actividad propuesta se ajusta al interés público: “1) debe tener un objetivo legítimo; y 2) la interferencia debe alcanzar un justo balance entre el interés público y los intereses y derechos de los afectados, asegurando una “relación razonable de proporcionalidad” entre la actividad y los derechos afectados”. El segundo criterio usualmente requiere la consideración de algunos factores que incluyen “sostenibilidad,” “necesidad,” y “ausencia de impacto desproporcionado”. S. METZ, *Consentimiento previo e informado y áreas protegidas...*, op. cit., p. 11

⁴²³ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam...*, op. cit., párrafo 128.

⁴²⁴ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay...*, op. cit., párrafo 146.

⁴²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam...*, op. cit., párrafo 143.

vida adecuado. Si no se reconocen ni se respetan estos derechos, se socavan los esfuerzos para la mitigación de la pobreza de los pueblos indígenas y el logro del desarrollo sostenible⁴²⁶.

En el mismo estudio también se concluye que cuando hay conflicto de intereses⁴²⁷ entre los derecho de los pueblos indígenas sobre la tierra, territorio y recursos, y el gobierno que no reconoce este derecho y su identidad distinta según la ley y la práctica, este debe ser resuelto de forma consensuada, ya que de no hacerlo continuará y perjudicará el potencial desarrollo y mitigación de la pobreza en el sector extractivo. Además, el desconocimiento de este derecho, incluido la participación y el CPLI solo ahonda el problema, y el aumento de las actividades extractivas con este desconocimiento crean desorden público, problemas sanitarios, inestabilidad política y social, e incertidumbre legal. Establece también que el reasentamiento involuntario debe ser prohibido terminantemente, a menos que se cuente con el CPLI de los pueblos indígenas, y con el cumplimiento de ciertas garantías y acuerdos con dichos pueblos sobre los

⁴²⁶ E. SALIM, *Hacia un Mejor Equilibrio...*, op. cit., p. 44.

⁴²⁷ En Ecuador, en el Caso de FIFSE v. ARCO, el ex Tribunal Constitucional limitó a declarar que el interés que tenía el Estado de impulsar el desarrollo económico era superior sobre los derechos territoriales del pueblo Shuar. El Tribunal desechó interpretaciones como la equiparación de derechos o la identificación del interés superior de cada derecho. Sin embargo, la Corte Constitucional de Colombia, en casos similares, ha entendido que convergen dos intereses de tipo colectivo a la que se debe dar solución. El Tribunal para ello ha tratado lo que constituye el interés general en un Estado Social de Derecho y democracia participativa, la búsqueda de equilibrio, la flexibilidad entre lo general y abstracto y lo particular y concreto, el respeto a la diferencia, establecimiento de prioridades de interés general que no justifique la violación de derechos fundamentales, sean individuales o de minoría. Ha analizado además las diferencias de cada uno de los derechos de acuerdo a su grado de generalidad, los derechos de intereses colectivos involucrados y las pretensiones sobre ellos, la búsqueda de solución a favor del intereses general que involucre derechos fundamentales valiosos cuando entran en conflicto dos intereses de carácter general; y más que todo, el Tribunal ha basado su decisión en parámetros de interpretación, razonabilidad, y proporcionalidad, temas que de una manera u otra ha establecido la CIDH para dar solución cuando entra en conflicto los intereses de los pueblos indígenas y del Estado. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencias T-428 de 1992*, Acción de Tutela promovido por el señor Amado de Jesús Carupia Yagari, en su calidad de gobernador de la comunidad indígena de Cristianía contra de la compañía SOLARTE y del Ministerio de Obras Públicas, Magistrado ponente: Ciro Angarita Baron, Santafé de Bogotá, 24 de junio de 1992, parte II.D; *Sentencia T-405 de 1993*, Acción de Tutela promovida por la Comunidades Indígenas del Medio Amazonas contra el Ministerio de Defensa Nacional y la Misión Aérea de los Estados Unidos, Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara, Santafé de Bogotá, 23 de septiembre de 1993, disponible en: <http://www.constitucional.gov.co/corte/>, consultado: 10 de enero de 2009, parte III.3

beneficios del reasentamiento⁴²⁸.

Las conclusiones de BM manifiestan la importancia de la tierra, territorio y recursos de los pueblos indígenas, y las consecuencias que se puede generar su desconocimiento, a la vez que reconoce la autoridad de dichos pueblos de tomar las decisiones al respecto.

Todo el reconocimiento hecho a los pueblos indígenas sobre la tierra, territorios y recursos por parte de las legislaciones y la jurisprudencia, se confluyen en varios motivos, entre ellos los siguientes:

- a) Los pueblos indígenas son pueblos colonizados desde el punto de vista económico, político e histórico; b) Los pueblos indígenas son sometidos a condiciones económicas injustas y desiguales, características de otros pueblos colonizados; c) El principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales es necesario para nivelar las condiciones económicas y políticas y para proteger de condiciones económicas injustas y opresivas; d) Los pueblos indígenas tienen derecho al desarrollo y a intervenir activamente en la realización de este derecho; la soberanía sobre sus recursos naturales es un requisito imprescindible para ello; e) Los recursos naturales pertenecían originalmente a los respectivos pueblos indígenas, que no renunciaron a ellos libremente ni de acuerdo con la justicia⁴²⁹.

Del análisis anotado, se observa que hay un reconocimiento en el DI de derechos humanos, la práctica de los Estados y la jurisprudencia respecto de los derechos de los pueblos indígenas a poseer, utilizar, controlar y administrar sus tierras, territorios y recursos; de disponer de autoridad sobre sus tierras, territorios y recursos y de su capacidad para adoptar decisiones sobre su utilización y explotación. Y del reconocimiento de derecho de propiedad, así como también del derecho a la libre determinación y el desarrollo, se reconoce el derecho de los pueblos indígenas de dar o no el CPLI sobre las actividades que se lleven o puedan afectar sus tierras, territorios y recursos. Si bien los derechos de los pueblos indígenas sobre la tierra, territorios y recursos no son absolutos, los límites de estos derechos solo son en cuanto al interés más urgente e imperativo del

⁴²⁸ Cfr. E. SALIM, *Hacia un Mejor Equilibrio...*, op. cit., párrafos 45 y 86.

⁴²⁹ NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *La soberanía permanente de los pueblos indígenas...*, op. cit., párrafo 32.

Estado como lo ha establecido la COIDH⁴³⁰. Sin embargo, las limitaciones sobre los recursos⁴³¹ deben ser excepcionales debido a que la propiedad indígena de los recursos se encuentra vinculada con los derechos humanos de derecho a la vida, que al decir del PIDCP están exentos de limitación alguna; el derecho a la alimentación, salud, el derecho de libre determinación y el derecho a existir como pueblo. En términos de nuestra Constitución, se encuentran relacionado con los derechos humanos más importantes y fundamentales del *sumak kawsay*.

Por consideraciones de que las limitaciones deben ser excepcionales, en casos de que se den, el Estado ejercerá su autoridad con respeto y protección a los derechos humanos. Sin embargo, la autoridad estatal será limitada cuando las tierras, territorios y recursos son de fundamental importancia para los derechos humanos de los pueblos indígenas. La limitación que encuentra el Estado sobre las tierras y recursos de los pueblos indígenas, es cuando se observa que con ello puede vulnerar los derechos humanos fundamentales de derecho a la vida, a la existencia como pueblo y supervivencia.

Como la Constitución ecuatoriana, otras muchas legislaciones declaran como propiedad del Estado los recursos del subsuelo. Esta declaratoria superpone a los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos que poseían antes de la ocupación colonial y a la constitución de los Estados actuales. El resultado es la transferencia de la propiedad de los recursos de los pueblos indígenas a los Estados. Sin embargo, “los pueblos indígenas no participaron en el proceso de aprobación de las constituciones de los Estados y no puede afirmarse que consintieran la transferencia de sus recursos

⁴³⁰ El *PIDCP* declara que “4.1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

⁴³¹ Por ello, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas ha reconocido “la importancia fundamental de que los pueblos indígenas puedan utilizar y tener acceso seguro a la tierra, así como la importancia de los derechos sobre ésta en el marco de los procesos más amplios de la reducción de la pobreza, la buena gobernanza y la prevención y solución de conflictos”. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, *Informe sobre el sexto período de sesiones...*, op. cit., párrafo 7.

subterráneos al Estado”⁴³². Este es una muestra de que la tierra, territorios y los recursos fueron declarados propiedades de los Estados recién fundados, bajo el amparo de las doctrinas colonialistas, y sin consideración de la presencia de los pueblos indígenas organizados de diferentes maneras en esas tierras y territorios desde tiempos inmemoriales, que tenían derechos originarios, históricos e inalienables.

Al respecto de las consideraciones anteriores es importante anotar lo que ha dicho el Tribunal Constitucional de Sudáfrica. Sobre el razonamiento jurídico que hizo sobre la propiedad de un pueblo indígenas sobre los recursos del subsuelo que consistía en diamantes, este decidió que estos recursos pertenecían a la comunidad indígena no solo porque así lo establecían las leyes indígenas de esa comunidad sino también porque los recursos no pudieron pertenecer a nadie más que a la comunidad indígena⁴³³. Este es una muestra de que los razonamientos alcanzados son justos y correctos respecto de los derechos de los pueblos indígenas sobre ellos, no solo porque así lo consideran sino también porque han sido titulares sobre esos recursos desde largo data.

Como se dijo anteriormente, las políticas de desarrollo económico⁴³⁴ contrarios a la naturaleza tradicional y derechos humanos de los pueblos indígenas, basados principalmente en exploración y explotación de los recursos naturales han ido amenazando la supervivencia de estos pueblos⁴³⁵, y la justificación que se ha encontrado a

⁴³² NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *La soberanía permanente de los pueblos indígenas...*, op. cit., párrafo 43.

⁴³³ Cfr. “Alexkor Limited and The Government of South Africa v. The Richtersveld Community and Others”, citado por NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *La soberanía permanente de los pueblos indígenas...*, op. cit., párrafo 44.

⁴³⁴ Para autores como ESPINOZA, el término desarrollo no solo tiene un significado económico o de crecimiento material sino que también persigue la realización plena del ser humano porque, el medio ambiente debe estar estable y sano, debido a que en ella crece la población y obtiene sus recursos, y como tal debe ser protegido de cualquier amenaza para no poner en peligro a nuestra fuente de desarrollo. El desarrollo se debe basar en la necesidad de compatibilizar el continuo crecimiento económico, con la equidad social y con la protección y administración eficiente del medio ambiente. Cfr. G. ESPINOZA, *Fundamentos de Evaluación de Impacto Ambiental*, Banco Interamericano de Desarrollo – BID, Centro de Estudios para el Desarrollo – CED, Guillermo Espinoza y Virginia Alzina editores, Santiago – Chile, 2001, p. 15.

⁴³⁵ Una concepción de desarrollo con un enfoque basado en los derechos humanos exige la identificación de los pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivo; por lo tanto, los contenidos y procedimientos de desarrollo debe surgir de los propios pueblos indígenas para hacer frente a necesidades de la colectividad, participativo y contar con el CPLI en todas las fases del desarrollo y no debe ser

ello ha sido el desarrollo e intereses nacionales. La declaratoria de desarrollo e interés nacional se basa en criterios subjetivos, carente de todo proveimiento legal⁴³⁶. El interés nacional o público sólo tendría cabida cuando no es el resultado de una imposición, acompañada de una justa y equitativa compensación a dichos pueblos, el cumplimiento de los requerimientos legales establecidos, sin discriminación⁴³⁷. Muchas veces, una

impuesto desde fuera; responder a las necesidades identificadas por los propios pueblos indígenas, y reforzar sus propias iniciativas de desarrollo; beneficiar por igual a todos los miembros, sin discriminación, y contribuir a reducir desigualdades y a abatir la pobreza; sentar las bases para el mejoramiento progresivo a largo plazo de los niveles de vida de todos los miembros de la comunidad; sustentable y respetuoso del equilibrio ambiental; culturalmente adecuado; los recursos económicos, técnicos, institucionales, políticos deben ser manejados por los propios interesados a través de formas propias y probadas de organización y participación; contar con el apoyo de un Estado democrático comprometido con el bienestar de su población, respetuoso de la multiculturalidad, y que tenga voluntad política para proteger y promover los derechos humanos de todos sus ciudadanos, y especialmente de los pueblos indígenas; los actores responsables del desarrollo deben ser capaces de rendir cuentas claras ante la comunidad y la sociedad en su conjunto. Cfr. NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos...*, op. cit., párrafo 8.

⁴³⁶ En esta línea de idea, la declaratoria de interés general por parte del Estado frente a las decisiones de los pueblos indígenas y comunidades locales, no debe constituir una práctica arbitraria. En un proceso de CPLI, la aplicación del interés general debería ser excepcional, entendido este como para aquellos casos en los cuales se hayan agotado todas las instancias razonables para propiciar el acuerdo con las comunidades locales; además, debe responder a los criterios técnicos preestablecidos que tomen una adecuada consideración de las variables económicas, ambientales y socioculturales, en donde se integren también los intereses de los pueblos indígenas que se oponen a la expansión de los proyectos extractivos en sus territorios. La soberanía del Estado no debe ser entendida como una acción no regulada. La legitimidad de la acción soberana del Estado recae en su capacidad de reconocer, proteger y garantizar los derechos de los pueblos indígenas. Entender el consentimiento únicamente como el derecho de los pueblos indígenas a impedir una actividad o proyecto determinado, es limitar la oportunidad de ampliar no solo la garantía de derechos, sino la discusión sobre el verdadero significado del interés público y la manera como se definen las políticas nacionales de desarrollo. Cfr. A. ALAYZA MONCLOA, *No pero sí: comunidades y minería. Consulta y consentimiento previo, libre e informado en el Perú*, CooperAcción-Oxfam, Lima, abril de 2007, p. 30

⁴³⁷ Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre el seminario de expertos relativo a la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales y su relación con sus tierras*, 24º periodo de sesiones, 31 de julio a 4 de agosto de 2006, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2006/3, Nueva York, N.U., 2006, disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/docs/2006-3.doc>, consultado: 31 de octubre de 2008, párrafo 4.

⁴³⁷ Al respecto se ha dicho que “el BM solo debe apoyar los proyectos que beneficien todos los grupos locales afectados, incluyendo las minorías étnicas vulnerables, las mujeres, y los más pobres. [Por lo tanto] debe negarse a financiar proyectos en que éste no sea el caso o los deben rediseñar para garantizar que se mejoren los niveles de vida de los grupos locales. Las comunidades más cercanas a los proyectos extractivos deben estar involucradas en las evaluaciones participativas de los proyectos, en la concesión del consentimiento libre, previo e informado para los planes y proyectos, y en el desarrollo de los planes de reducción de la pobreza antes de que se inicien los proyectos”. Además los que “afecten a los pueblos indígenas sin el reconocimiento previo y garantías efectivas de los derechos de los pueblos indígenas a poseer, controlar y manejar sus tierras, territorios y recursos”. E. SALIM, *Hacia un Mejor Equilibrio...*, op. cit., pp. 54 y 86.

indemnización justa y equitativa no podría satisfacer las preocupaciones, necesidades e intereses de los pueblos indígenas debido a que se estaría sometiendo su fuente y unidad básica de vida a un estatus que no es acorde a la concepción que se tiene sobre la tierra, territorio y recurso. Además, para los pueblos indígenas no se justifica la declaratoria de interés nacional o público, ya que pocas veces o ninguna tienen la finalidad de satisfacer las necesidades nacionales o públicas o generales, menos aun de los propios pueblos indígenas, cuando más bien crea una amenaza a su supervivencia y medios de subsistencia como pueblo.

De lo anotado, se puede decir que la soberanía de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales se trata de un derecho colectivo de los pueblos indígenas, a la cual los Estados están obligados a respetar, proteger y promover los intereses, en términos de gobierno y propiedad, sobre sus recursos naturales, como fundamento de que los recursos naturales pertenecen a dichos pueblos en cuanto han sido históricamente titulares, o han disfrutado, de los derechos accesorios de la propiedad, como derechos de uso, posesión, control, disposición y otros derechos conexos que conlleva esta titularidad. En el mismo sentido, los recursos del subsuelo en cuanto fueron poseídos antes de la ocupación colonial y la creación de Estados actuales existentes.

Asimismo, los pueblos indígenas tienen soberanía permanente sobre los recursos naturales por cuanto constituye un derecho humano inalienable derivado del derecho de libre determinación, que faculta como pueblo para disponer libremente de su riqueza, sin menoscabo alguno como fuente primigenia para la materialización de este derecho y el goce de otros derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos; el derecho sobre la tierra y territorio, el derecho a existir como pueblo y a no ser sujeto de discriminación alguna. En esta medida, los pueblos indígenas tienen el derecho al CPLI como fundamento del derecho de la libre determinación de los pueblos y los derechos colectivos reconocidos a las tierras y territorios que tradicionalmente utilizan y ocupan, y como asociados a ellas, el derecho a utilizar o conservar los recursos, el derecho a gestionar y controlar el acceso a los recursos, y el derecho a disponer libremente de los recursos.

2.12. Poder de Veto versus Derecho de Participación y Consulta de los Pueblos Indígenas

El principio básico establece que los pueblos indígenas en su ejercicio del derecho de la libre determinación pueden decidir las propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo cuando la misma afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural; y ser consultados mediante procedimientos adecuados, de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento cada vez que prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles, así como también participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles.

Sin embargo, los derechos humanos ha tenido un desarrollo sustancial en el DI. Muestra de ello ha sido la adopción de la DNUDPI en el año 2007. Si bien ratifica los derechos antes mencionados, va más allá del reconocimiento que se ha hecho a los derechos de los pueblos indígenas. Así, la DNUDPI reconoce de forma expresa los derechos de los pueblos indígenas al CPLI y el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido, y sobre ellos no solo el derecho de utilización, administración y conservación, sino también de poseer, desarrollar y controlar⁴³⁸.

De lo expuesto se puede observar que la positivización de los derechos de los pueblos indígenas ha tenido un desarrollo importante hacia el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales de estos pueblos. Desde esta perspectiva, el desarrollo que ha tenido la consulta y el CPLI se concretan en los siguientes.

Muchos instrumentos internacionales en materia ambiental, reconocieron la importancia de la participación de los pueblos indígenas en la administración y planificación para contrarrestar los problemas medioambientales. Luego, el Convenio 169

⁴³⁸ Cfr. *DNUDPI*, artículo 26.1 y 2.

de la OIT adoptado en el año de 1989, reconoció los derechos de los pueblos indígenas y las aspiraciones de las mismas en un instrumento internacional, un instrumento vinculante para los Estados que lo ratifican.

En el Convenio aludido, se estableció el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propios prioridades de desarrollo, y como tales el derecho a ser consultados; debiendo ser este realizado con procedimientos adecuados, apropiados, por medio de representantes de las instituciones de los pueblos indígenas y de buena fe, con el fin de llegar a un acuerdo. Si bien este no reconoció de manera expresa el CPLI de los pueblos indígenas, determinó la participación y la consulta como medios para alcanzar el CPLI, estableciendo así, el marco jurídico que los Estados Partes debían someterse.

El derecho a la consulta, antes de su desarrollo, a pesar de estas disposiciones, fue concebido por parte de los Estados como un simple formalismo, un medio de mera información que se debía dar a los comunidades sobre los proyectos y actividades a llevar en sus tierras y territorios, sin ningún poder de decisión frente a las medidas adoptadas por el Estado, lo cual no garantizaba los derechos de los pueblos indígenas.

Posterior a esta concepción, se estableció el verdadero alcance del derecho a la consulta. No obstante, se interpretó al derecho a la consulta “no como la obligatoriedad de obtener...un acuerdo o un permiso, sino como la oportunidad de que los pueblos interesados puedan participar libremente en todos los niveles de la formulación, aplicación y evaluación de las medidas y programas que les afecte”⁴³⁹. El fundamento de esta interpretación tuvo como base de que ningún sector de la población puede vetar los proyectos de desarrollo de un Estado. Se basó en dar el derecho de participación a los pueblos frente a las decisiones del Estado.

Desde este contexto, el derecho a la consulta y el CPLI, serían no como unos que constituye en sí mismo el derecho de los pueblos indígenas a vetar los procesos de desarrollo sino el de garantizar los derechos de estos pueblos reconocidos en los IIDH sobre su tierra, territorio, recursos y el derecho a la libre determinación. Entonces, el

⁴³⁹ CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA OIT, “Caso bloque 24/Ecuador”, citado en M. MELO, *Consulta previa, ambiente y petróleo...* op. cit., p. 42.

espíritu de consulta y el consentimiento “responde a una historia que se ha negado repetidamente a los pueblos indígenas la participación en la toma de decisiones que les han afectado profundamente, muchas veces en detrimento de los derechos humanos fundamentales y en ocasiones hasta la propia supervivencia como pueblos”⁴⁴⁰. De esta manera, se concibe que la consulta y el CPLI no encierran en sí mismo un veto que se concede a los pueblos indígenas para frenar los proyectos de desarrollo y planes de extracción de recursos naturales no renovables sino que estable mecanismos para evitar la imposición a estos pueblos de nuevas condiciones de vida, de manera consonante con el derecho de la libre determinación, y mediante la oposición a las imposiciones busca promover el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones⁴⁴¹.

Para este entendimiento mutuo y el consenso, la consulta y la participación son componentes fundamentales hacia la obtención del CPLI de los pueblos indígenas. Por lo tanto, la consulta debe ser de buena fe, con procedimientos apropiados, a través de sus instituciones representativas. Así, una consulta que basa en la mera información, ausencia de participación de los pueblos indígenas a través de sus representantes, sería contrario al espíritu de derecho a la consulta.

Sin embargo, si bien con la oposición de los pueblos indígenas a las imposiciones busca promover el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones frente a los proyectos propuestos en sus territorios, en muchos casos, a pesar de que se observe todos los procedimientos adecuados y apropiados puede resultar que no se llegue a un consenso y consentimiento con los pueblos indígenas. En esta medida se ha desarrollado una nueva formulación respecto de derechos de los pueblos a la consulta y CPLI.

La nueva formulación de derecho a la consulta y el CPLI establece que por reconocimiento y respeto al derecho de la libre determinación de los pueblos indígenas, el Estado no debería adelantar con un proyecto que afecte directamente a una comunidad

⁴⁴⁰ UNITED NATIONS, HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, S. James Anaya. Addendum: Summary of cases transmitted to Governments and replies received*, Ninth session, Annex 1, A/HRC/9/9/Add.1, New York, U.N. disponible en: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/150/81/PDF/G0815081.pdf?OpenElement>, consultado: 27 de febrero de 2009, párrafo 34.

⁴⁴¹ Cfr. *ibídem*.

indígenas sin contar con el consentimiento de aquellos⁴⁴². Pues el derecho de la libre determinación de los pueblos indígenas faculta a dichos pueblos a decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo y su supervivencia.

Por último, sobre la base de que los pueblos indígenas tienen una relación intrínseca con la tierra, territorios y recursos y su vida depende de estos elementos, se reconoce que cuando el proyecto o actividad no pone en peligro el bienestar básico de una comunidad, el CPLI no es un condicionante absoluto, aunque preferible, para seguir adelante con el proyecto. Sin embargo, el Estado deberá proceder “siempre y cuando sea, según la ley, con base a una justificación basada en los intereses de la sociedad en general y cuente con medidas adecuadas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual”⁴⁴³, y tomando en cuenta los criterios y preocupaciones de la comunidad surgido del proceso de consulta. Además, en estricto observancia de que la misma haya sido previamente establecidas por ley, y que sean: a) necesarias; b) proporcionales y c) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática⁴⁴⁴.

No obstante, se debe indicar que en países como Ecuador, donde la pobreza, el desempleo y subempleo, y una deuda pública por billones de dólares que han ido incrementando año tras año desde los comienzos de la era petrolera hasta nuestros días, dejando sumido en la miseria a la mayoría de la población, a más de los impactos adversos sobre la naturaleza que no han sido mitigados y el incumplimiento sistemática de las disposiciones constitucionales y de los instrumentos internacionales, demuestran que las observaciones de requisitos y procedimientos establecidos de forma obligatoria se cumplan, lo que en consecuencia justifica la obtención del CPLI a los pueblos indígenas. Si bien en principio, un proyecto o actividad no puede advertir un peligro a la supervivencia de los pueblos indígenas, el incumplimiento de los requisitos y

⁴⁴² Cfr. UNITED NATIONS, HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights ...*, op. cit., párrafo 38.

⁴⁴³ *Ibidem*, párrafo 39.

⁴⁴⁴ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam...*, op. cit., párrafo 127.

procedimientos obligatorios previstos o que cumplidas sean hechas deficientemente, hacen que la vida de los mismos sea amenazada⁴⁴⁵ a largo plazo. Más aun cuando el criterio que prevalece en el Ecuador frente a un daño ambiental eminente, es que las observaciones, intereses y preocupaciones de los pueblos indígenas son consideradas e incluidas en una EIA siempre y cuando son técnica y económicamente viables.

En lugares como la Amazonía, solamente han quedado los impactos negativos de la actividad extractiva como la contaminación, descomposición social, escalamiento de conflictos y muerte. En la mayoría de los casos, los proyectos de exploración y explotación de los recursos han sido llevados sin el estudio previo de impactos ambientales, sociales, económicos y culturales. El estilo que caracteriza la mínima inversión y la máxima ganancia, por lo tanto, extraer mayor cantidad de recursos al menor costo posible, sin importar para nada los impactos ambientales y sociales que generen⁴⁴⁶, ha sido el imperante desde los comienzos de la era petrolera.

La presión ejercida sobre los pueblos nativos por las empresas transnacionales, militares, misioneros han convertido vulnerables a estos pueblos frente a las adversidades que trae consigo la actividad petrolera, y han visto reducido dramáticamente sus territorios y posibilidades de supervivencia, con cambios irreversibles de su modo de vida y convirtiéndose en dependientes de los petroleros. Así, “algunos pueblos como los Tetetes frente al cambio cultural impuesto por la industria petrolera en su territorio,

⁴⁴⁵ La *LGA* establece que una EIA comprenderá: “a) La estimación de los efectos causados a la población humana, la biodiversidad, el suelo, el aire, el agua el paisaje y la estructura y función del los ecosistemas presentes en el área previsiblemente afectada; b) Las condiciones de tranquilidad públicas, tales como: ruido, vibraciones, olores, emisiones luminosas, cambios térmicos y cualquier otro perjuicio ambiental derivado de su ejecución; y, c) La incidencia que el proyecto, obra o actividad tendrá en los elementos que componen el patrimonio histórico, escénico y cultural. Además previene que “[l]os Sistemas de manejo ambiental incluirán estudios de línea base; evaluación del impacto ambiental, evaluación de riesgos; planes de manejo; planes de manejo de riesgo; sistemas de monitoreo; planes de contingencia y mitigación; auditorías ambientales y planes de abandono. Una vez cumplidos estos requisitos y de conformidad con la calificación de los mismos”(Artículos 21 y 23). Si bien está prevenido todo lo concerniente a los posibles efectos que puede dañar la ejecución de un proyecto al ambiente, la cuestión es si esto se cumple en Ecuador y si satisface las previsiones establecidas por la COIDH, tomando en cuenta los antecedentes que hemos tenido en esta materia.

⁴⁴⁶ Cfr. M. MELO, *Consulta previa, ambiente y petróleo...*, op. cit., p. 14.

desaparecieron. Sólo con su desaparición, el país perdió algo mucho más valioso que todo el dinero que la actividad petrolera puede generar”⁴⁴⁷.

Es evidente que las actividades extractivistas y la explotación petrolera no se han revertido en mejores intereses de la sociedad en general, a costa de la naturaleza y los pueblos que habitan en lugares donde se llevan los proyectos o actividades de extracción de recursos, sin contar con medidas adecuadas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual. En consecuencia, la oportunidad de llevar adelante los proyectos o actividades de extracción de recursos naturales con estándares exigidos es relativa. Las observaciones hechas por parte de la CIDH en su informe respecto de Ecuador en el año 1997 ratifica lo afirmado cuando dijo que “los efectos de desarrollo y explotación de petróleo en el Oriente no sólo han dañado el medio ambiente, sino que han impedido directamente el derecho a la supervivencia física y cultural de los pueblos”⁴⁴⁸ indígenas.

Por otra parte, se sostiene que en situaciones cuando la medida o proyecto tendría impactos sustanciales que podría poner en peligro el bienestar físico o cultural básico del pueblo indígena interesado, el Estado está en la obligación de obtener el consentimiento de la comunidad y abstenerse de seguir con la medida o proyecto⁴⁴⁹. En este sentido, la CIDH en el Caso del Pueblo *Sarama vs. Surinam* ha considerado que

...cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre “consulta” y “consentimiento” en este contexto requiere de mayor análisis⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ M. MELO, *Consulta previa, ambiente y petróleo...*, op. cit., p. 16.

⁴⁴⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador...*, op. cit., capítulo IX

⁴⁴⁹ Cfr. UNITED NATIONS, HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights...*, op. cit., párrafo 39.

⁴⁵⁰ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam...*, op. cit., párrafo 134.

Además sostuvo que la consulta que debe realizarse es en función de la naturaleza y del contenido de los derechos de la tribu; y a la vez consideró que

...adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión⁴⁵¹ dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones^{452/453}.

En el mismo sentido, el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial ha observado que cuando se trata de explotación de recursos naturales del subsuelo en tierras tradicionales de las comunidades indígenas, la consulta no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. Por lo tanto, ha recomendado que se obtenga el CPLI de dichas comunidades^{454/455}.

⁴⁵¹ Al utilizar este término, la COIDH supone cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio Saramaka, en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras.

⁴⁵² Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam...*, op. cit., párrafo 137.

⁴⁵³ Con estas anotaciones, en el punto 8 de su decisión, la CIDH requirió al Estado de Surinam el deber de “adoptar...medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaran a cabo...”. *Ibidem*, punto resolutivo 8.

⁴⁵⁴ Cfr. NACIONES UNIDAS, CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION RACIAL, COMITE PARA LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION RACIAL, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Ecuador*, 62º período de sesiones, 3 a 21 de marzo de 2003, CERD/C/62/CO/2, Nueva York, N.U., 2003, disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/422/13/PDF/G0342213.pdf?OpenElement>, consultado: 13 de marzo de 2009, párrafo 16. En el mismo sentido recomendó en sus Observaciones Finales del 16 de mayo de 2008, párrafos 15 y 16. Este Comité en su *Recomendación General XXIII* exhortó a los Estados Partes de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial a que: “d) Garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado; e)...a que

Al decir del Relator Especial de la ONU sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, es necesario el CPLI para proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo debido a que

[c]uando [los proyectos de desarrollo a gran escala] tienen lugar en zona ocupadas por pueblos indígenas, es posible que sus comunidades sufran profundos cambios sociales y económicos que a menudo las autoridades competentes son incapaces de comprender y mucho menos de prever. [L]as principales repercusiones de estos proyectos...están relacionados con la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los efectos negativos a largo plazo en la salud y la nutrición así como, en algunos casos, el hostigamiento y la violencia⁴⁵⁶. [Por lo tanto], [e]n relación con los grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas...⁴⁵⁷

Con esta previsión, la COIDH y otros que hemos referido, han establecido que los pueblos indígenas tienen el derecho al CPLI frente a los proyectos y actividades que se pretenden llevar a cabo. En estos casos implica el derecho absoluto al veto.

El CPLI, en principio, si bien no es un veto que se les concede a los pueblos indígenas para impedir los planes de desarrollo o proyectos de extracción de recursos

reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales”.

⁴⁵⁵ La CIDH recomendó a su vez al Estado peruano, asegurar “...en consonancia con lo estipulado por el Convenio 169 de la OIT, que todo proyecto de infraestructura o de explotación de recursos naturales en el área indígena o que afecte su habitar o cultura, sea tramitado y decidido con participación y en consulta con los pueblos interesados con vistas a obtener su consentimiento y eventual participación en los beneficios”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Peru2000sp/capitulo10.htm>, consultado: 2 de septiembre de 2009, Capítulo X, punto resolutivo 5.

⁴⁵⁶ NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la Resolución 2002/65 de la Comisión*, 59º periodo de sesiones, E/CN.4/2003/90, Nueva York, N.U., disponible en: <http://daccess-ods.un.org/TMP/301752.4.html>, consultado: 10 de octubre de 2009, p. 2.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, párrafo 66.

naturales, constituye un derecho fundamental de estos pueblos para hacer efectivo los derechos inherentes de autodeterminación de los pueblos y otros derechos humanos de los que son titulares los pueblos indígenas. Sin embargo, en situaciones cuando la medida o proyecto tendría impactos sustanciales que podría poner en peligro el bienestar físico o cultural básico del pueblo indígena interesado, da lugar el derecho al veto a estos pueblos, y en caso de que estas situaciones no se prevean, se sostiene que no es una condición absoluto para impedir el desarrollo de un proyecto o actividad, pero deberá proceder con base a una justificación basada en los intereses de la sociedad en general y con medidas adecuadas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual, y el cumplimiento de requisitos y condiciones establecidos por la COIDH que hemos hecho referencia anteriormente. No obstante, si estas exigencias no han sido observadas, daría lugar al CPLI de los pueblos indígenas debido a la amenaza que presenta su supervivencia como pueblo frente a las omisiones de los entes que están encargados de evaluar los impactos sobre los temas mencionados.

No obstante, se considera que un país que basa su economía en explotación indiscriminada de los recursos naturales, siempre será posible llevar a cabo los proyectos de desarrollo, cualquier recurso para fundamentar su posición frente a los pueblos indígenas será válido y suficiente; sumado a ello, la deficiente EIA que se realizan dará lugar que hasta en proyectos a gran escala que ha sostenido la CIDH, tenga justificación para lograr los propósitos del Estado. Por lo tanto, es de prever que la política de desarrollo que se lleven tendrá como camino la extracción de recursos para su crecimiento económico a costa de los derechos de la naturaleza y los pueblos indígenas.

Finalmente cabe sostener que, aparte de las circunstancias que requieren el CPLI absoluto de los pueblos indígenas, en los casos en donde no es una condición absoluto el CPLI, tendría lugar este derecho no solo frente al incumplimiento de los requisitos y condiciones básicas establecidos, sino por el hecho mismo del derecho inalienable de la libre determinación de los pueblos, y como tal de disponer sus recursos naturales como tal, y a la vez. Además por ser los titulares de las tierras, territorios y recursos desde tiempos inmemoriales que se vieron ofuscadas por la Constitución de nuevos Estados.