



A la atención de:

Corte Constitucional del Ecuador.

Edificio Matriz Quito, José Tamayo E10 25, y Quito- Ecuador

Amicus Curiae presentado por parte de la organización Land Is Life en atención a la selección de sentencia para Corte Constitucional del caso signado No. 273-19-JP, acción de protección referente a la demanda de A'Cofan Sinangoe en contra Ministerio de Energía y Recursos No Renovables, Agencia de Control y Regulación Minero (ARCOM), el Ministerio del Ambiente (MAE), la Secretaría Nacional del Agua (SENAGUA) y la Procuraduría General del Estado (PGE).

Yo, David Alejandro Suárez Changuán con cédula de ciudadanía No 1712217130, por mis propios y personales derechos, en mi calidad de Coordinador General del Programa Global de Consentimiento Previo, Libre e Informado de la organización Land Is Life, y en representación de ella, respetuosamente comparezco en calidad de **Amicus Curiae** y manifiesto.

1. Antecedentes.

Land Is Life es una organización no gubernamental de rango global cuyo enfoque es la salvaguarda de los derechos de los Pueblos Indígenas en tres ejes fundamentales: a) Protección de territorios indígenas y afirmación de sistemas de gobernanza propios; b) fortalecimiento y afirmación cultural; c) preservación y gestión indígena de la biodiversidad.

Cooperamos con una amplia red de líderes, comunidades y organizaciones indígenas en Africa, Asia y América Latina con una visión comprometida con el empoderamiento para el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y sus derechos conexos.

Desde 2019 hemos implementado el primer programa global para temas de consentimiento previo, libre e informado desde la visión de nuestros socios y actualmente desarrollamos experiencias de formación y asistencia técnica y



metodológica para la elaboración de estrategias orientadas al fortalecimiento de la gobernanza propia y el ejercicio del derecho al consentimiento en poblaciones indígenas de Ecuador, Colombia, Bolivia y Kenya.

En el marco de la decisión de la Corte Constitucional del 5 de septiembre de 2019 referente a la selección la Causa No 273-19-JP para emisión de sentencias, motivada por la consideración de la Corte de que el “...*caso podría ser objeto de un pronunciamiento de la Corte Constitucional debido a que reúne los parámetros de selección previstos en el numeral 4 del artículo 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC)*” consideramos importante que la Corte considere algunos análisis y líneas de interpretación en torno al consentimiento previo, libre e informado que se han desarrollado en conjunto con líderes y organizaciones indígenas regionales, así como con expertos e investigadores durante el “Encuentro Internacional Consentimiento Previo, Libre e Informado y Protocolos de Consulta de los Pueblos Indígenas del Abya Yala” co-organizado con la Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA), en Quito – Ecuador en noviembre de 2019.

Para ello, compartimos con la Corte Constitucional un extracto del artículo de mi autoría respecto a dichas reflexiones publicado en el libro: “De la Consulta al Consentimiento: Debates y experiencias desde Abya Yala” editado por Abya Yala en agosto de 2020, que refleja las conclusiones y visiones generadas por el diálogo entre líderes indígenas de siete países e investigadores del continente americano.

2. Análisis de Fondo

2.1 “Sin Consentimiento NO hay Consulta”.

La promulgación del Convenio 169 de la OIT, hace ya casi cuatro décadas, significó un punto de giro en el tratamiento de la cuestión indígena dentro del sistema de derechos humanos.

No solo se superó el inconveniente y caduco enfoque integracionista que tuvo el Acuerdo 107 sobre Grupos y Poblaciones Tribales, sino que fueron establecidas, por primera vez, principios y salvaguardias que tendían al reconocimiento de la libre determinación de los pueblos indígenas, cuando menos en aquellas decisiones relativas a sus tierras y territorios, así como a sus propias prioridades respecto al gobierno de sus destinos.



Una de las salvaguardias más importantes que contiene el Convenio, es la institución del mecanismo de Consulta Previa en tanto instrumento para la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que les conciernen, tanto aquellas que se refieren a las actividades a desarrollarse en sus territorios como aquellas medidas administrativas que pudiesen involucrarlos y/o afectarles. Es un derecho, en tanto constituye una obligación de los Estados, instituida por su artículo 6 mencionada para ámbitos específicos en sus artículos 15, 17, 22, 27, 28.

El espíritu de la Consulta Previa en el 169 procuraba apuntalar la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas, especialmente sobre sus territorios; no obstante, las complejas negociaciones trabadas con los Estados y la acre resistencia que presentaron estos frente a la propuesta, supuso que el texto final fuese muy distinto al esperado por los movimientos, organizaciones y representantes de los pueblos indígenas. La redacción final supuso reservas y limitaciones sobre la toma de decisión de los pueblos indígenas respecto a los recursos del suelo y subsuelo, establece un mecanismo procedimental débil para el proceso de consulta, e incluye una cláusula que permite a los Estados interpretar el proceso de consulta como separado – o no vinculante – con respecto a la obtención del consentimiento. (Viana Garcés, 2016, pág. 14)

Sin embargo, las observaciones posteriores realizadas en evaluaciones al Convenio 169 por parte de la Comisión de Expertos, determinaron que la relación entre consentimiento y consulta previa en el Convenio 169 de la OIT resulta inextricable.

Los expertos señalan que, pese a los desacuerdos para incluir la frase “recabar el consentimiento” en el texto final del Convenio, la solución adoptada incluye la obligación para los gobiernos de emprender procedimientos de consulta de buena fe orientados, efectivamente, a la obtención del consentimiento.

Esto supone que los Estados se obligan a sí mismos a efectuar un proceso consultivo exhaustivo, transparente, implementado dentro de un ambiente de confianza y buena fe que permita la expresión irrestricta y amplia de las opiniones de los pueblos indígenas respecto a los asuntos que motivan la consulta. Se debe propender a que el proceso de consulta permita a los pueblos consultados influir de manera sustantiva sobre los resultados del proceso y que sea posible arribar a consensos respecto a la decisión a tomar. Más allá de la limitación de la capacidad de veto de los pueblos indígenas durante la consulta, lo importante es que los Estados garanticen un proceso orientado a la obtención del consentimiento. Sin este ambiente de buena fe, respeto mutuo y sinceridad en el objetivo de llegar a un acuerdo mutuo, el proceso consultivo no puede considerarse como un derecho cumplido de manera cabal. (OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2010)

La obtención del consentimiento implica que la comunidad indígena aprueba la ejecución de un proyecto que le afecta o puede afectar de alguna manera; o que



muestra su acuerdo respecto a determinada medida legislativa a tomarse. Para ello, el mecanismo consultivo debe realizarse de buena fe y de una forma culturalmente accesible, mientras la búsqueda del consentimiento debe procurarse de manera previa, libre e informada.

Los posteriores desarrollos y ampliaciones de las relaciones entre consentimiento y consulta han sido recogidos en la jurisprudencia internacional y en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (UNDRIP). A partir de ello, es posible volver a poner sobre sus propios pies la relación entre el derecho a la consulta y el consentimiento como derecho.

La relación que guardan ambos términos nos refiere a la relación que existe entre lo que serían los derechos fundamentales y aquellos mecanismos que funcionan más bien serían como sus garantías procedimentales.

En estricto sentido, la consulta por sí sola no existe como un derecho per se. Es ante todo un mecanismo que permite la expresión y canalización de la voluntad colectiva de una comunidad o pueblo indígena en relación a la afirmación de sus derechos fundamentales, en este caso el consentimiento como expresión de la libre voluntad. (Espinoza Hernández, 2019, pág. 72).

Los procedimientos de consulta no pueden ser indiferentes respecto a las garantías que provean para asegurar la prevalencia de los derechos fundamentales; sin ello, el procedimiento o mecanismo carece de sustancialidad y anula el contenido positivo de su naturaleza jurídica, es decir, la de ser una garantía jurisdiccional que permite la expresión y obtención del proceso del consentimiento.

Tal como han señalado Vargas por una parte, y Murcia Riaño por otra, si el proceso normativo respecto a la consulta inobserva esta prelación del derecho fundamental sobre su garantía jurisdiccional, termina invalidando su contenido o, peor aún, reconvirtiéndose en una forma jurídica que devasta y anula el contenido fundamental que el derecho posee. (Vargas; 2014) (Murcia Riaño:2019) .

La consulta, por sí sola, desligada del consentimiento y la libre determinación, no es un derecho humano, ni un derecho fundamental para las comunidades. Su contenido solo tiene pertinencia en relación a la dependencia de la consulta respecto de la expresión positiva de los derechos de autodeterminación, autonomía y a la expresión del consentimiento de la comunidad, colectividad o pueblo indígena en relación al ejercicio de tales derechos y formas.

Tanto en la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, como en los órganos especiales de Naciones Unidas y en la Declaratoria de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas (UNDRIP 2007), se han producido significativos avances respecto a los estándares mínimos que los Estados deben observar en relación al derecho de consulta y el consentimiento libre e informado de los pueblos. El



desarrollo de la jurisprudencia internacional tiende a afirmar de manera cada vez más precisa la inscripción de la consulta y el consentimiento en el marco del reconocimiento más amplio, respecto al derecho de libre determinación de los pueblos indígenas, aunque las implicaciones y alcances de este debate, sean aún motivo de discusión.

2.2. Libre Determinación y Consentimiento.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada en el año 2007, establece nuevos marcos para la comprensión y ejercicio de los derechos de los Pueblos Indígenas. Sin duda, la principal novedad estriba en el reconocimiento del derecho de libre determinación para los pueblos indígenas.

En efecto, en su artículo 3, la Declaración manifiesta:

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (UNDRIP:2007)

que el contenido positivo de los ámbitos protegidos por la Declaración y otros instrumentos de derechos humanos, permiten establecer una interpretación consistente respecto a los alcances del derecho a la libre determinación para los pueblos recogido en la Declaración.

Siguiendo la propuesta de Coulter (2010) el contenido positivo de la autodeterminación incluiría:

- a) el derecho de los indígenas a crear y transformar sus propias formas de autogobierno, el derecho a determinar cómo ha de relacionarse este autogobierno con el Estado (dentro de ciertos límites),
- b) el derecho a crear y erigir sus propios leyes y sistemas de justicia para regular sus propios asuntos,
- c) El derecho a existir como un cuerpo político colectivo al interior de los Estados y participar de la comunidad internacional.
- d) El derecho a contraer relaciones políticas y económicas con otros/as
- e) El derecho al control, uso y usufructo de sus tierras, territorios y recursos.

De este modo, los **derechos fundamentales** que hacen alusión a la capacidad de elegir sus propias formas de desarrollo, la institución de sus modos de gobierno, la protección de la participación en la toma de decisiones y el consentimiento libre e informado, entran



en una relación constitutiva e interdependiente respecto al **derecho mayor o derecho marco** que pasa a ser el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.

El reconocimiento del derecho a libre determinación en la UNDRIP supone la reorganización de los derechos previamente adquiridos como derechos que vehiculizan o permiten el ejercicio de la autodeterminación que pasaría a ser el derecho fundamental de los pueblos indígenas.

De allí que el Consentimiento Previo, Libre e Informado, pase a considerarse una *norma* de derechos humanos **enmarcada en el ejercicio del derecho a la libre determinación** de los pueblos indígenas y en el derecho de los mismos a la no discriminación racial. Tal como lo ha señalado Schrijive (2013) a propósito de la Resolución 1803 de la Asamblea General de Naciones Unidas, el concepto *libre determinación* trae aparejado el atributo de “estar plenamente informados” para asumir el uso del derecho a decidir supuesto en el fundamento de la autodeterminación, al tiempo que refuerza el segundo atributo fundamental que sostiene la facultad de los pueblos para mantener el control sobre sus propios territorios y recursos.

El Consentimiento Previo, Libre e Informado, En tanto ejercicio del derecho de autodeterminación el CLPI debe ser entendido como **la expresión manifiesta de los pueblos indígenas de sus decisiones y pareceres en el marco del derecho a la autodeterminación política, económica, social y respecto a sus prioridades culturales.**

En este sentido el CLPI es mucho más que un proceso de negociación con los pueblos indígenas para buscar su aquiescencia respecto a planes o proyectos gubernamentales impulsados por actores públicos o privados. EL CLPI es una contribución para lograr reconocer y restituir derechos y libertades que han sido tradicionalmente inobservadas por los Estados en relación a los pueblos indígenas, así como facilitar la institución de mecanismos prácticos para la realización e implementación de los derechos ancestrales.

Es así como para el ex Relator de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, James Anaya, el CLPI supone

“un deseo manifiesto de los pueblos indígenas en relación a establecer o reestablecer un nuevo tipo de relación cualitativamente distinta en relación al modo conflictivo y a menudo desapacible con que se han vivido hasta ahora las relaciones con el sector no indígena de la sociedad en los países donde conviven”
(Anaya:2015)

El espíritu del CLPI en la UNDRIP, de acuerdo al más reciente estudio del Mecanismo de Expertos de Naciones Unidas en Derechos de los Pueblos Indígenas (ONU 2018), se mueve en tres ámbitos primordiales ligados con el derecho de libre determinación y con el derecho de no discriminación de los pueblos indígenas:



- En primer término, el CLPI busca restaurar el control de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos tal como se especifica en el artículo 28 de la UNDRIP. En este sentido, restaura, los orígenes del derecho soberano sobre las tierras y territorios de los pueblos nativos bajo su propia ley consuetudinaria.
- En segundo término, el CLPI adquiere en la UNDRIP el potencial de restaurar la integridad cultural, el orgullo y la autoestima de los pueblos indígenas cuyos fundamentos han sido devastados. En este sentido, la restauración de su patrimonio cultural incluyendo el control sobre sus acervos arqueológicos y sus restos humanos, está garantizado en la disposición del expedito consentimiento para su traslado, uso o manejo.
- En tercer término, el CLPI dentro de la UNDRIP está orientado a reestablecer el equilibrio entre los pueblos indígenas y sus Estados en lo relativo al forjamiento de nuevos pactos societales que se basen en el reconocimiento de los derechos y el respeto mutuo de los mismos entre las partes, lo que se refleja en los artículos 18 y 19 de la UNDRIP.

El CLPI instituye la obligación para los Estados de formular mecanismos adecuados para promover diálogos, rondas de conversación y fórmulas de consulta culturalmente adecuadas que permitan canalizar la expresión libre y voluntaria de los pueblos o colectividades indígenas en relación a proyectos y programas que impacten en sus territorios así como en medidas legislativas o administrativas que se refieran a asuntos relacionados con los procesos económicos, sociales y culturales de las parcialidades indígenas.

El CLPI es por tanto más amplio en su alcance y se encuentra diferenciado de los derechos más simples de “participación” y “consulta” fundados también en otros instrumentos y cuerpos del derecho internacional, incluyendo la Declaración de NN.UU (UNDRIP) y el Convenio 169 de la OIT que también diferencia la “participación” y “consulta” siendo ambos términos conceptos fundamentales de este instrumento internacional.

En función de esta señalada amplitud del CLPI y su estrecha correlación con los derechos mayores de autodeterminación y no discriminación, sus principales instrumentos internacionales de garantía están avalados en la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (ICCPR), el Convenio Internacional sobre Derechos Económicos y Sociales (ICESCR) y la Convención Internacional para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD).

En definitiva, el CLPI debe ser comprendido como el vehículo de expresión manifiesta de la libre voluntad de un pueblo, comunidad o parcialidad indígena, en lugar de referirse limitarse únicamente a la aceptación o no aceptación de un proyecto, programa o medida administrativa. EL CLPI constituye una herramienta de reorganización de la vida política



y los términos de convivencia dentro de las estructuras estatales entre los pueblos indígenas y las llamadas “sociedades nacionales”.

2.3.Consulta y Consentimiento: Alternativas para una Regulación efectiva.

A medida que la contienda entre Estados y Pueblos indígenas respecto al ejercicio de la Consulta Previa ha cobrado fuerza, se ha desarrollado también, de manera paradójica, toda una batalla en torno a la normatividad del derecho. Por una parte, la jurisprudencia lograda en casos emblemáticos como el del Pueblo Saramaka vs Surinam, o el caso Sarayaku vs Ecuador, ha establecido estándares mínimos que los Estados deberían observar en torno a la consulta, al tiempo que ha puesto en claro la inextricable ligazón entre el consentimiento previo, libre e informado y la Consulta. Sin embargo, también los Estados han asumido una parte activa en la contienda, máxime cuando su interés sobre el desarrollo de proyectos extractivos en tierras indígenas se incrementó a medida que el ciclo de superprecios de los commodities reforzó la vocación primario exportadora en América Latina.

Para los Estados, la consulta y el consentimiento ha sido afrontada menos como una herramienta de relación intercultural y política con los Pueblos indígenas, y más como el reconocimiento forzado de un molesto procedimiento previo, en el mejor de los casos, para viabilizar la ejecución de proyectos y megaproyectos hidrocarburíferos, gasíferos, mineros y de infraestructura, que se encuentran dentro de los confines de tierras y territorios indígenas. una serie de proyectos y megaproyectos que se encuentran en tierras indígenas.

De esta manera, la regulación normativa del derecho al consentimiento y su derivación en la consulta previa se encuentra bajo el asedio de las presiones económicas, políticas y financieras que orillan a los Estados a ejercer una nueva forma de bloqueo o censura con respecto a los derechos indígenas. No se trata ya de desconocer la titularidad de derechos que le asisten a las poblaciones indígenas, sino de limitar los efectos de dicho reconocimiento a dispositivos institucionales burocráticos que encapsulan y represan la posibilidad efectiva de que estos derechos se conviertan en herramientas de reorganización política de la convivencia de los pueblos indígenas dentro de las sociedades y los Estados nacionales.

El derecho de libre determinación de los pueblos indígenas y la comprensión del CLPI como el ejercicio manifiesto de tal derecho apuntala la noción de que los pueblos indígenas obtienen una herramienta para apuntalar sus modos de vida, estructuras de organización social y política, y sostener sus procesos de reproducción social sin la



presión del integracionismo o la supeditación al *interés general* entendido como una subordinación a los intereses de la sociedad dominante.¹

Los pueblos indígenas, entendidos como entidades socio-históricas específicas que han perpetuado determinados rasgos y diferencias societales en relación a un determinado territorio, tiempo y bajo formas culturales propias, han establecido en función de estos elementos una diferencia *específica* en relación a las sociedades nacionales y los Estados.

El contenido *político* de la llamada *cuestión étnica*, supone que para los pueblos indígenas estos elementos (tierra, historia y cultura) se inscriben dentro de su organización sociopolítica con una racionalidad diferente articulada no en función de un sector o poder particular dentro del grupo, sino *dentro* del grupo mismo considerado como *totalidad*. (Sánchez Parga, 1986)

Existen pues como una sociedad inserta dentro de otra sociedad, y como tal, aspiran no solo a mantenerse sino a reproducirse en escala ampliada, bajo sus propias formas de organización, sus propios sistemas de gobierno y poder.

Esto supone el reconocimiento de la efectividad de sus propios sistemas de normatividad, reconocidos ahora como sistemas jurídicos, que coexisten con otros sistemas de normatividad, reclaman obediencia en el mismo territorio y pertenecen a sistemas distintos. (Correa:2004, pag 124)

Si la consulta procura que se haga bajo los terminos culturalmente adecuados, lo adecuado sería que la regulación del derecho a consulta provenga de estos ordenes, en lugar de buscar centralizar las decisiones y homogeneizar normas relativas a la consulta. Las realidades de los pueblos y sus sistemas de decisión distan de parecerse a los órdenes de poder centralizado de los Estados modernos y a los imperativos de regulación social de las sociedades de mercado.

De hecho, cada vez resulta más evidente para los pueblos indígenas el hecho de que la única vía legítima para lograr una normatividad adecuada y satisfactoria respecto a los derechos fundamentales, es la construcción de normas efectuadas desde los propios pueblos indígenas, estableciendo las reglas de como deberían ser consultados y que procedimientos resultan culturalmente adecuados según cada pueblo, al tiempo de señalar los temas en los que existe posibilidad de consentimiento y aquellos sobre los cuáles no existe consentimiento expreso como para para formular siquiera un proceso de consulta.

¹ Tal como señala Viana Garces (2018) a propósito de una resolución de la Corte Constitucional Colombiana; el *interés general* de los Estados no puede ser comprendido sin la protección y observación de los derechos fundamentales de las poblaciones indígenas cuyo cometido pasa a formar parte integrante del *interés general* de la sociedad.



Una alternativa que va cobrando cada vez mayor profundidad y fuerza es la instrumentación de protocolos de consulta, elaborados de manera autogestiva y en el marco del pluralismo jurídico, por las propias comunidades y pueblos indígenas.

Los protocolos de consulta, son procesos de inmersión en la cosmovisión y estructura social propia de cada pueblo, en sus prioridades y expectativas respecto a la relación con los Estados y las sociedades *nacionales*, que, amparados en el CLPI, estiman los procedimientos culturalmente adecuados respecto a los cuales las sociedades, pueblos y colectividades indígenas pueden establecer diálogos y procesos de consulta. Los protocolos salvaguardan la voluntad de las comunidades respecto a los temas en los que priorizan la consulta con los Estados y aquellos en donde no existe consentimiento sobre mecanismos futuros de consulta.

Los protocolos han sido implementados por varios pueblos indígenas de Nicaragua, Canadá, Venezuela, Colombia, y Perú. Para los pueblos indígenas conocer, analizar y valorar esta experiencia resulta fundamental para avanzar en la formulación de una propuesta estratégica para elaborar e instrumentar protocolos de (auto)consulta por parte de los pueblos y organizaciones, a fin de establecer un cambio en las actuales tendencias regresivas en relación al CLPI y la Consulta Previa en la región.

La propuesta de elaboración de protocolos de consulta surge como una alternativa pensada desde la autogestión y autonomía de los pueblos indígenas, desde la necesidad de formular, en base sus propios valores y sistemas éticos, jurídicos y políticos, un instrumento para expresar de manera más libre, y sin contar con las coacciones de los gobiernos y Estados - interesados muchas veces en la aprobación de proyectos extractivos y de otra naturaleza en sus territorios

BIBLIOGRAFIA

Bibliografía

Anaya, J. (1993). A Contemporary Definition of the International Norm of Self-Determination. 3 *Transnat'l. & Contemp. Probs*, 132 161 .

Anaya, J. (2004). International Human Rights and Indigenous Peoples: The move toward multicultural state. *Arizona Journal of International & Comparative Law Vol 21, No. 1* , 13-61.

Correas, O. (2004). *Teoría de Derecho* . México D,F.: Fontamara.

Coulter, R. (2010). THE LAW OF SELF-DETERMINATION AND THE UNITED NATIONS DECLARATION ON THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES . *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*.



Díaz Polanco, H. (1997). *Indigenous Peoples in Latin America. The Quest for Self-determination*. New York : Routledge.

Espinoza Hernández, R. (2019). La consulta a debate ¿Garantía de derechos o mecanismo de despojo? . *Ecuador Debate # 106*, 75-91.

OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones . (2010). *Observación general (CEACR) - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)* . https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms_305844.pdf.

Sánchez Parga, J. (1986). *Etnia Vs Estado y la "Forma" Clase*. Quito : CAAP.

Viana Garcés, A. (2016). *El derecho a la Consulta Previa : echando un pulso a la nación homogénea*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.