

15 de Noviembre, 2021

**Honorable Jueza Karla Andrade Quevedo**  
**Jueces y Juezas de la Corte Constitucional de Ecuador**  
**Quito – Ecuador**

**Número de Caso: 273-19-JP**

**Asunto:** Informe *Amicus Curiae* del experto S. James Anaya sobre los requisitos sustantivos del derecho de las comunidades indígenas al consentimiento libre, previo e informado de concesiones extractivas que afecten a tierras ocupadas y utilizadas por comunidades indígenas.

Yo, S. James Anaya, Profesor de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Colorado, 2450 Kittredge Loop Drive, Boulder, Colorado, EE. UU., respetuosamente presento este informe *amicus curiae* a la Honorable Corte Constitucional del Ecuador en relación con los casos referidos.

### **I. Propósito y resumen de este informe**

Se plantea a la Honorable Corte la cuestión de si el gobierno de Ecuador cumplió fielmente, de conformidad con la Constitución y la ley, el deber del Estado de consultar a la comunidad Sinangoe del pueblo A'i Cofan y el pueblo Waorani en relación con determinadas concesiones de explotación minera y petrolera que afectan los territorios de pueblos indígenas. La presente comunicación se basa en 40 años de práctica jurídica e investigación sobre cuestiones del derecho internacional de los derechos humanos en relación con los pueblos indígenas, y tiene el fin de describir los elementos clave del deber de consultar tal como se encuentran o se derivan de los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes. No he realizado una investigación independiente de los hechos en estos casos y, en consecuencia, no reviso ni aplico la ley a estos hechos. Sin embargo, considero que la recitación de los requisitos de consulta establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos es relevante para la Honorable Corte en el presente proceso, a la luz del artículo 10 de la Constitución de la República de Ecuador, que dice: “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”.

Este informe está estructurado de la siguiente manera: la Sección II ofrece una descripción general de mis antecedentes y experiencia; la Sección III ofrece una descripción general del deber de consulta, incluidos sus principios generales y su base en varios instrumentos internacionales; la Sección IV describe con más detalle el deber de consulta en relación con el principio de consentimiento libre, previo e informado; las Secciones V y VI discuten las obligaciones de los Estados cuando los pueblos indígenas se niegan a ser consultados o cuando no otorgan su consentimiento; y la Sección VII ofrece una conclusión y presenta una solicitud a la Honorable Corte Constitucional del Ecuador.

## **II. Mis antecedentes e interés en el caso**

Los temas que plantea este caso son de vital importancia para los pueblos indígenas en Ecuador y en todo el mundo, y son fundamentales en mi trabajo profesional. Poseo una licenciatura en economía de la Universidad de Nuevo México y un doctorado (Juris Doctor) de la Universidad de Harvard. Desde que terminé mis estudios en 1983, he abogado por pueblos y organizaciones indígenas en numerosos casos, incluso en casos ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Belice entre otros. Además, participé en la redacción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y me desempeñé como Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas desde mayo de 2008 hasta junio de 2014.

Mi trabajo académico, durante los últimos cinco años como Decano y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colorado, y anteriormente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Iowa y la Facultad de Derecho de la Universidad de Arizona, se ha centrado en los derechos humanos internacionales y cuestiones relativas a los pueblos indígenas. En 2017, en reconocimiento a mi alto nivel y singular experiencia sobre los derechos de los pueblos indígenas, fui nombrado Profesor Distinguido de la Universidad y este honor se otorgó a menos del tres por ciento del cuerpo docente de tiempo completo en la Universidad de Colorado. Entre mis muchas publicaciones se incluyen mi aclamado libro *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional* (Trotta, 2005) y un libro de texto muy utilizado *International Human Rights: Problems of Law, Policy and Process* (Wolters / Kluwer, 7a ed. 2016) (Hurst Hannum, Dinah Shelton y Rosa Celorio). Mi publicación académica más reciente que aborda temas de consulta es “*Mitigación*

*de la soberanía estatal: el deber de consulta con los pueblos indígenas*”, Revista de derecho de la Universidad de Toronto. Vol. 67, pág. 435 (2017). Como Relator Especial de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, publiqué numerosos informes sobre situaciones de países y asuntos temáticos, incluidas cuestiones de consulta y consentimiento libre, previo e informado. Un archivo de mis informes está en: [www.unsr.jamesanaya.org](http://www.unsr.jamesanaya.org).

He tenido el privilegio de dedicar mi carrera a promover los derechos de los pueblos indígenas, que han sido desposeídos y marginados por los acontecimientos históricos y, sin embargo, contra el peso de la sociedad dominante y el poder del Estado, han logrado mantener su identidad como pueblos distintos, con elementos distintivos culturales, lingüísticos y de gobernanza y con vínculos históricos con sus tierras. Con la vista puesta en esta trayectoria histórica y la comprensión de que hoy esta Corte escribe la historia del mañana, me dirijo respetuosamente a la estimada y Honorable Corte para compartir humildemente algunas ideas de toda una vida de estudio y reflexión sobre estos asuntos de los derechos humanos internacionales.

### **III. El deber de consultar a los pueblos indígenas**

El deber de los estados de consultar a los pueblos indígenas se destaca en los principales instrumentos internacionales que específicamente tratan el tema de los pueblos indígenas, es decir, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante, “Declaración de la ONU), la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante, “Declaración de la OEA), y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT ha declarado que la norma de la consulta es la piedra angular del Convenio 169.<sup>1</sup> Aunque no en términos tan explícitos, varios tratados además del Convenio 169 fundamentan la norma de consulta, tal como ha expuesto la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación a la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>2</sup> y los órganos de tratado de la ONU en relación al Pacto Internacional de Derechos

---

<sup>1</sup> CEACR, OIT, Observación general sobre el Convenio núm. 169, formulada en el 2010 y publicada en 2011.

<sup>2</sup> Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales; protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 47/15 (2015) (en adelante “Informe CIDH sobre pueblos indígenas y recursos naturales”), párrs. 149-155 (resumiendo jurisprudencia de la comisión y corte interamericana sobre consulta).

Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Internacional en Contra de Todas las Formas de Discriminación Racial.<sup>3</sup> Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia en el caso *Sarayaku c. Ecuador*, afirma que la obligación de los estados de consultar a los pueblos indígenas es “un principio general del Derecho Internacional.”<sup>4</sup>

#### **IV. El objetivo y naturaleza de la consulta**

En relación con el contenido de la norma de consulta, tanto el *Convenio 169* como las *declaraciones de la ONU y la OEA*, afirman que la consulta con los pueblos indígenas debe realizarse con el fin de obtener su consentimiento o acuerdo. En varios de sus artículos y con relación a preocupaciones específicas, la Declaración de la ONU hace hincapié en el consentimiento libre, previo e informado. Tanto la Declaración de la ONU como la Declaración de la OEA afirman como principio general el vínculo entre la consulta y el consentimiento de la misma manera.

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.<sup>5</sup>

Lo que implica esta vinculación de la consulta con el consentimiento, tal como ha sido reconocido en la jurisprudencia de varios órganos internacionales, es que la consulta consiste en un diálogo de buena fe, libre de presiones o manipulaciones, con los pueblos indígenas a través de sus propios representantes, por la cual las partes cooperarán para intentar llegar a decisiones consensuadas e informadas.

---

<sup>3</sup> Véase, *ibid*, párr. 157; *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, Doc. ONU A.HRC/12/34 (2009), paras. 40 (refiriéndose a dictámenes de órganos del tratado)

<sup>4</sup> Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C. No. 245, párr.. 164

<sup>5</sup> Declaración de la ONU, art. 19; Declaración de la OEA, art. XXIII.2

Mientras que el Convenio 169 y las declaraciones de la ONU y la OEA se refieren a la consulta como una obligación o deber de los estados, la Constitución de la República de Ecuador en su artículo 57 se refiere al *derecho* a la consulta. Es importante recordar, sin embargo, que este derecho es corolario del *deber* estatal de consultar y, tal como se plantea en los instrumentos y jurisprudencia internacionales, no es un derecho aislado o independiente. Más bien la norma de consulta, con su principio conexo de consentimiento libre, previo e informado, se presenta en los instrumentos y jurisprudencia internacional como una salvaguarda para el conjunto de derechos sustantivos de los pueblos indígenas que puedan ser afectados por las decisiones administrativas o legislativas de los estados.

La consulta se trata de una obligación estatal destinada a salvaguardar, en particular, los derechos de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras, recursos y territorios, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una serie de casos en el contexto de proyectos de extracción de recursos naturales.<sup>6</sup> La consulta también puede salvaguardar otros derechos, tal como el derecho a la cultura y a la religión, por ejemplo, cuando una decisión sobre un proyecto podría afectar sitios sagrados; el derecho de los pueblos indígenas de sentar sus propias prioridades para el desarrollo, sobre todo cuando se trata de proyectos de inversión a grande escala en territorios indígenas; o el derecho a la salud y bienestar físico en relación con un medio ambiente limpio y saludable. Además, la consulta y el consentimiento funcionan para asegurar e implementar el derecho de participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones que les conciernen, de manera coherente son su derecho a la libre determinación y el ejercicio del conjunto de derechos aplicables. Todos estos derechos y otros amparados por la consulta se fundamentan en múltiples instrumentos internacionales, inclusive los tratados multilaterales de derechos humanos antes mencionados, y están enunciados en las declaraciones de la ONU y la OEA. La consulta y el consentimiento han de funcionar para identificar y evaluar los impactos sobre estos derechos que puedan tener las decisiones administrativas o legislativas estatales, y para proteger y facilitar el goce de estos derechos bajo arreglos consensuados.

Por lo tanto, siempre y cuando surge la cuestión de la consulta en situaciones puntuales, debe haber un enfoque específico en los derechos sustantivos de los pueblos indígenas que podrían verse

---

<sup>6</sup> Véase, Informe CIDH sobre pueblos indígenas y recursos naturales, párrs.159-160

afectados por la medida a ser consultada. Con este enfoque en derechos, se aclaran la pertinencia de la consulta, el asunto a ser consultado, y el objeto del consentimiento o los acuerdos que deberían resultar de la consulta. Así, por ejemplo, en el contexto de un proyecto de extracción de recursos naturales, los pueblos o comunidades indígenas específicas a ser consultados son aquellos que son los titulares de los derechos que podrían verse afectados por el proyecto; los temas a tratarse en el proceso de consulta se definen en gran parte en torno a un enfoque en los posibles efectos sobre los derechos; y el consentimiento que se busca es el consentimiento a estos efectos, sobre la base de condiciones justas y equitativas que salvaguardan e instrumentalizan los derechos.

Dado el objetivo de llegar al consentimiento, la consulta no se trata de la mera transmisión de información ni de la búsqueda de un “sí” o “no” a una medida ya determinada. Se trata de un diálogo de buena fe en que se intercambia información y perspectivas, y en que se exploran varias alternativas para la medida propuesta, con el fin de llegar a una decisión consensuada. Si se logra el consentimiento, debe de ser por medio de un acuerdo o acuerdos justos, con medidas de mitigación apropiadas y, compensación para cualquier afectación a los derechos correspondientes, y el reparto de beneficios si se trata de una obra con fines de lucro. Por supuesto sería inadmisibles el consentimiento bajo términos injustos que pondrían poner en peligro el goce de derechos fundamentales o la supervivencia cultural o física del grupo indígena interesado.

## **V. Los casos en que los pueblos indígenas se niegan a ser consultados**

Dicho lo anterior, es evidente que en muchos casos los pueblos indígenas simplemente no quieren ser consultados, sobre todo cuando se trata de proyectos de desarrollo o de inversión de grande escala dentro de o cerca de sus territorios. Esta negativa se debe a la desconfianza en los procesos de consulta ofrecidos por los estados, o por posiciones ya cimentadas en contra de las medidas o proyectos a ser consultados. Considero que son bien comprensibles estas posturas, dada la historia que han sufrido los pueblos indígenas frente a proyectos de inversión impulsados por los estados que han vulnerado sus derechos y la falta de procesos de consulta adecuados.

Es importante resaltar que los pueblos indígenas tienen el derecho de oponerse, de manera pacífica, a los proyectos de inversión u otras medidas impulsadas por los estados, en función de su derecho a la libertad de expresión y de asociación. El estado en todo momento debe respetar este derecho

y no fomentar o permitir represalias de ningún tipo en contra de los pueblos indígenas cuando ejercitan este derecho y se oponen a proyectos impulsados por el estado.

Además, aunque corresponde al estado el deber de realizar consultas con los pueblos indígenas antes de decidir sobre medidas que les puedan afectar, el estado no debe insistir en realizar las consultas mientras que la parte indígena mantiene una oposición clara en contra de la consulta con el estado y del proyecto o medida en cuestión. Considero que el estado cumple con su deber de consultar cuando ofrece un proceso de consulta adecuado de acuerdo con los estándares internacionales y se enfrenta con esta postura definitiva de oposición. En tales circunstancias, se puede entender que la parte indígena ha renunciado a su derecho a ser consultado por el estado, pero no ha renunciado a su derecho de consentir o, como necesario corolario de un derecho de consentir, el derecho de no consentir. De hecho, cuando los pueblos se oponen a ser consultados y a la medida en cuestión, están rehusando otorgar su consentimiento, al igual si hubiesen entrado en un proceso de consulta y hubiesen rehusado otorgar su consentimiento o de llegar a acuerdos dentro de ese proceso.

## **VI. Cuando los pueblos indígenas se niegan a dar su consentimiento**

Hay que tener presente que, sea con o sin el consentimiento de la parte indígena, el Estado tiene la obligación dentro del derecho internacional de respetar y proteger los derechos de los pueblos indígenas de acuerdo con los estándares internacionales establecidos. Recordemos que la consulta y el consentimiento existen para salvaguardar e instrumentalizar los derechos de los pueblos indígenas; de ninguna manera representan un marco normativo exhaustivo con respeto a las decisiones estatales en relación a tales pueblos. Cabe notar que en el contexto de proyectos de extracción de recursos naturales, el deber estatal de protección implica, aparte de la obligación de realizar consultas, entre otras, las obligaciones de contar con estudios de impacto ambiental, de elaborar medidas de mitigación en el caso de posibles impactos previstos, y de ofrecer compensación en el caso de injerencias permisibles en el goce de derechos de propiedad.<sup>7</sup> En todo caso, los estados deben evitar decisiones que lleven a vulneraciones de cualquiera de los derechos específicos de los pueblos indígenas que han sido afirmados en los instrumentos internacionales o

---

<sup>7</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C. No. 172, párr.130.

en el derecho interno, con independencia del otorgamiento o no del consentimiento por la parte indígena.

Por otro lado, se debe reconocer las circunstancias en que es exigible obtener el consentimiento, lo que en cada caso depende de la naturaleza de la medida a ser consultada y su grado de afectación a los derechos de la parte indígena. La Declaración de la ONU, por ejemplo, señala que el consentimiento es exigible, más allá de ser un objetivo de la consulta, en el caso en que un proyecto dé lugar al traslado de un grupo indígena fuera de sus tierras tradicionales y en los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas.<sup>8</sup> En esta misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humana ha sostenido que, “cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión de gran escala que tendría un impacto mayor dentro de un territorio [indígena o tribal], el Estado tiene la obligación no solo de consultar [a la parte indígena o tribal], sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones.”<sup>9</sup> En todas estas situaciones – almacenamiento de desechos tóxicos, traslado de grupos indígenas, y proyectos de inversión de gran escala en territorios indígenas – el impacto es significativo sobre el ejercicio de una serie de derechos de los pueblos indígenas.

Por lo tanto, tal como observé en mi calidad de Relator Especial de la ONU en mi informe, *Industrias extractivas y los pueblos indígenas*:

27. De la Declaración [de la ONU] y de otras fuentes internacionales de autoridad, junto con algunas consideraciones prácticas, se deriva la regla general de que no se deben realizar actividades extractivas [tal como proyectos de minería o de extracción de petróleo o gas] dentro de los territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. Los territorios de los pueblos indígenas incluyen las tierras que el Estado les reconoce o reserva de una u otra forma, las tierras que tradicionalmente poseen en régimen consuetudinario (tengan o no título oficial de propiedad) y las demás zonas que son de importancia cultural o religiosa para ellos o en las que tradicionalmente tienen acceso a recursos que son importantes para su bienestar físico o sus prácticas culturales. El

---

<sup>8</sup> Declaración de la ONU, arts. 10 y 29, párr. 2, respectivamente.

<sup>9</sup> Caso Saramaka c. Surinam, supra, párr. 134.



consentimiento también puede ser necesario cuando las actividades extractivas afectan de otro modo a los pueblos indígenas, en función del carácter de los posibles efectos de las actividades en el ejercicio de sus derechos. En todos los casos de proyectos de extracción que podrían afectar a los pueblos indígenas, deberían celebrarse consultas con ellos y, por lo menos, debería tratar de obtenerse su consentimiento, aun cuando este no sea estrictamente obligatorio.

28. La regla general señalada se deriva del carácter del consentimiento libre, previo e informado como salvaguardia de los derechos internacionalmente reconocidos de los pueblos indígenas que suelen verse afectados por las actividades extractivas que se realizan en sus territorios. Esos derechos comprenden, además de los derechos de participación y libre determinación, los derechos a la propiedad, a la cultura, a la religión y a no ser objeto de discriminación en relación con las tierras, los territorios y los recursos naturales, lo cual incluye los lugares y objetos sagrados; los derechos a la salud y el bienestar físico en relación con un medio ambiente limpio y saludable; y el derecho de los pueblos indígenas a establecer y materializar sus propias prioridades de desarrollo, incluida la explotación de los recursos naturales (véase A/HRC/21/47, párr. 50, y las fuentes citadas). No hay duda de que, habida cuenta del carácter invasivo de la extracción de los recursos naturales a escala industrial, el disfrute de esos derechos se ve invariablemente afectado de una u otra forma cuando las actividades extractivas tienen lugar dentro de los territorios indígenas; de ahí se deriva la regla general de que el consentimiento de los indígenas es obligatorio para las actividades extractivas dentro de sus territorios.

29. Esta regla general se ve reforzada por algunas consideraciones prácticas. Una opinión cada vez más extendida es que, cuando un proyecto extractivo pueda afectar a los pueblos indígenas o a sus territorios, los Estados o las empresas que promueven el proyecto deberían obtener el consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas interesados por una mera cuestión de buena práctica. Dicho consentimiento o acuerdo proporciona la necesaria aprobación social y sienta las bases para que los operadores del proyecto extractivo tengan una relación positiva con las personas más directamente afectadas, lo cual contribuirá a la necesaria estabilidad del proyecto.

30. Mientras que la denegación del consentimiento puede bloquear los proyectos extractivos promovidos por empresas o Estados, su aceptación puede abrirles la puerta. Sin embargo, hay que destacar que el consentimiento no es un instrumento independiente de legitimación. El principio del consentimiento libre, previo e informado, al originarse en un marco de derechos humanos, no contempla el consentimiento como un simple sí a una decisión predeterminada, o como un medio de validar un acuerdo desfavorable para los pueblos indígenas afectados. Cuando se otorga no solo libremente y con conocimiento de causa, sino también en condiciones justas que protejan los derechos de los pueblos indígenas, el consentimiento cumple su función de salvaguardia de los derechos humanos.

### **El limitado alcance de las excepciones permisibles a la regla general**

31. La obligación general de obtención del consentimiento de los indígenas a las actividades extractivas dentro de los territorios indígenas puede estar sujeta a algunas excepciones, pero solo con arreglo a parámetros rigurosamente definidos. En primer lugar, el consentimiento puede no ser necesario en el caso de las actividades extractivas realizadas dentro de territorios indígenas cuando pueda determinarse de manera concluyente que las actividades no afectarán sustancialmente a los pueblos indígenas en el ejercicio de cualquiera de sus derechos sustantivos en relación con las tierras y los recursos de sus territorios; quizás esta sea principalmente una posibilidad teórica, dado el carácter invasivo de las actividades de extracción, especialmente cuando los pueblos indígenas viven cerca de la zona en que se realizan las actividades. En una situación más plausible, el consentimiento puede no ser necesario cuando se pueda determinar que la actividad extractiva solo impondría, a los derechos sustantivos de los pueblos indígenas, limitaciones permitidas, con sujeción a estrictas condiciones, por el derecho internacional de los derechos humanos.

32. Según la doctrina establecida del derecho internacional de los derechos humanos, y de conformidad con las disposiciones expresas de los tratados internacionales de derechos humanos, los Estados pueden imponer limitaciones al ejercicio de algunos derechos humanos, como el derecho a la propiedad y el derecho a la libertad de religión y de expresión. Sin embargo, para ser válidas, las limitaciones deben cumplir ciertos criterios

de necesidad y proporcionalidad en relación con una finalidad pública válida, definida dentro de un marco general de respeto de los derechos humanos. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en su artículo 46, párrafo 2, establece los parámetros de las limitaciones permitidas a los derechos en ella reconocidos, y define las siguientes condiciones mínimas:

El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán solo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática.

33. Se recordará que el consentimiento cumple una función de salvaguardia de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Cuando los pueblos indígenas dan libremente su consentimiento a proyectos extractivos con sujeción a condiciones que tienen por objeto proteger sus derechos, cabe suponer que toda limitación del ejercicio de sus derechos es admisible y que no se infringen sus derechos. En cambio, cuando los pueblos indígenas no dan su consentimiento a proyectos extractivos dentro de sus territorios, dicha suposición no es aplicable, y para que se lleve a cabo un proyecto el Estado tiene el deber de demostrar que no se limitará ningún derecho o que, en caso contrario, la limitación es válida.

34. Para que una limitación sea válida, en primer lugar, el derecho debe ser uno de los que pueden ser objeto de limitación por el Estado y, en segundo lugar, como se indica en la Declaración, la limitación debe ser necesaria y proporcional en relación con un objetivo válido del Estado en interés de los derechos humanos de otras personas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los intereses de propiedad de los pueblos indígenas con respecto a sus tierras y recursos, aunque están protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, están sujetos a limitaciones por parte del Estado, pero solo a aquellas limitaciones que cumplan los criterios de necesidad y proporcionalidad en relación con un objetivo válido.

35. El Relator Especial observa que, en varios casos, los Estados han afirmado su facultad para expropiar a los indígenas tierras o recursos del suelo con el fin de acceder o permitir el acceso a los recursos del subsuelo, de los que reclaman su titularidad. Puesto que una expropiación de ese tipo es una limitación de los derechos de propiedad de los indígenas, aunque se les proporcione una compensación justa, una cuestión previa en esos casos es si la limitación obedece a una finalidad pública válida. El Relator Especial advierte que entre las finalidades públicas válidas no se encuentran los meros intereses comerciales o los objetivos de generación de ingresos, y mucho menos cuando los beneficios de las actividades extractivas tienen un destino principalmente privado. Cabe recordar que, en virtud de diversas fuentes del derecho internacional, los pueblos indígenas tienen derechos de propiedad, culturales y de otro tipo en relación con sus territorios tradicionales, aunque no dispongan de un título de propiedad u otro tipo de reconocimiento oficial. Las limitaciones de todos esos derechos de los pueblos indígenas deben, como mínimo, obedecer a una finalidad pública válida en un marco de derechos humanos, al igual que ocurre con las limitaciones de los derechos formalmente reconocidos por el Estado.

36. Aun cuando puede determinarse la existencia de una finalidad pública válida para la limitación de los bienes de propiedad u otros derechos relacionados con los territorios indígenas, la limitación debe ser necesaria y proporcional a esa finalidad. En general, ese requisito será difícil de cumplir en el caso de las actividades extractivas que se llevan a cabo en los territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento. Al determinar la necesidad y la proporcionalidad, debe tenerse debidamente en cuenta la importancia para la supervivencia de los pueblos indígenas de toda la gama de derechos que podrían resultar afectados por el proyecto. También debe tenerse en cuenta que, en muchos de los casos, si no en la mayoría de ellos, los pueblos indígenas siguen reivindicando su derecho a disponer de los recursos del subsuelo de sus territorios sobre la base de sus propias leyes y costumbres, aunque el ordenamiento jurídico del Estado disponga lo contrario. Estos factores disminuyen en gran medida la posibilidad de que las limitaciones de derechos impuestas por el Estado se consideren proporcionales, lo que refuerza la regla general del

consentimiento de los pueblos indígenas a las actividades extractivas dentro de sus territorios.<sup>10</sup>

En todo caso es preciso tener en cuenta que los pueblos indígenas se caracterizan por las condiciones de discriminación, marginación, y conflictividad que han vivido históricamente y que siguen viviendo. Este contexto hace necesario que los estados actúen con especial cautela para no exacerbar estas condiciones, tomando debidamente en cuenta el deber especial que tienen los estados de velar por los derechos de los pueblos indígenas. Cuando no existan consensos con los pueblos indígenas, el Estado debería no precipitarse en actuar de una manera que haga difícil la construcción de consensos en el futuro y una paz social duradera tanto para los pueblos indígenas como en el conjunto del país o regiones.

## **VII. Conclusión y petición**

Quisiera terminar destacando que la consulta y su vinculación con el principio del consentimiento libre, previo e informado son elementos centrales para un nuevo modelo de relaciones entre los estados y los pueblos indígenas, así como para un nuevo modelo de desarrollo. No nos cuesta mucho recordar la historia de opresión e invasiones que por siglos han vivido los pueblos indígenas del continente americano. Esta historia es una en que los pueblos indígenas han sido excluidos de las decisiones que han tomado los estados y otros actores poderosos sobre aspectos fundamentales de sus vidas, muchas veces con consecuencias desastrosas para su supervivencia física o cultural.

Pero afortunadamente hoy día existe una vertiente de pensamiento de reconocimiento, valoración e inclusión de los pueblos indígenas, una vertiente de pensamiento que presenta un reto al legado de la historia de opresión. Esta vertiente ha venido manifestándose en los nuevos instrumentos internacionales, como la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, y el Convenio

---

<sup>10</sup> *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas James Anaya, – Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*, Doc. ONU A/HRC/24/41 (2013), párrs. 27-36 (notas de pie excluidas).

169 de la OIT, que forman parte de un nuevo régimen normativo internacional relativo a los pueblos indígenas. En este nuevo régimen normativo se plantea un nuevo relacionamiento entre los estados y los pueblos indígenas dentro del modelo plurinacional o pluricultural. Y dentro de este modelo, los pueblos indígenas deben poder determinar sus propios destinos en pie de igualdad con los demás, participar en la toma de las decisiones que les afectan, y estar seguros en sus derechos individuales y colectivos.

Por lo tanto, pido a la Honorable Corte tomar en cuenta lo expuesto en el presente escrito.

\* \* \*

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'S. James Anaya', is written over a horizontal line. The signature is stylized and cursive.

S. James Anaya