



**AMICUS CURIAE**

**Ref. Causa No. 273-19-JP**

**Dra. Karla Andrade Quevedo**

**JUEZA PONENTE**

**CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**

**NANCY ADRIANA YAÑEZ FUENZALIDA**, abogada, Directora de Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, domiciliada en Santa María 0200, Providencia, Santiago, Región Metropolitana, Chile, caso No. 273-19-JP, Acción de Protección y Medida Cautelar presentada por la Delegación Provincial de la Defensoría del Pueblo de Sucumbíos y Mario Pablo Criollo Quenama, en calidad de presidente de la Comunidad A'í Cofán de Sinangoe (los "Accionantes"), en contra del Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables ("MERNNR"), la Agencia de Regulación y Control Minero ("ARCOM"), el Ministerio del Ambiente ("MAE"), la Secretaría Nacional del Agua ("SENAGUA") y la Procuraduría General del Estado ("PGE")., a SS. Excma. respetuosamente digo:

Que, teniendo como principal preocupación la protección del interés general en la preservación de la biodiversidad del planeta y del ecosistema amazónico, así como la integridad del hábitat del territorio de propiedad ancestral de la Comunidad A'í Cofán de Sinangoe, sus derechos ambientales y territoriales, de los que depende su supervivencia cultural conforme a su sistema de vida y costumbre, vengo en presentar informe de experto en calidad de Amicus Curiae a efectos de pronunciarme respecto a los siguientes puntos debatidos: estándares internacionales sobre la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas; el derecho al consentimiento vinculante y los estándares internacionales que determinan su exigibilidad; estándares internacionales para la protección de los territorios y el medio ambiente indígena.



## I. Cuestión preliminar: Idoneidad técnica de quién suscribe este Amicus Curiae.

Abogada especializada en derechos indígenas y territoriales, recursos naturales y derechos de agua. Magíster en Derecho Internacional mención Derechos Humanos, Universidad de Notre Dame, EEUU. Doctora en Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Actualmente es Directora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, profesora de Antropología Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, docente en diversos cursos de postgrado en derechos humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y profesora invitada del Programa de Formación de Derechos Humanos para Pueblos Indígenas del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe (Universidad de Deusto – Bilbao, España), en colaboración con la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Co – autora de diversas publicaciones, entre las que destacan: Los derechos de los pueblos indígenas en Chile (UFRO, 2003); Derechos de Agua y Gestión Ciudadana (Agua Sustentable, 2007); La gran minería y los derechos indígenas en el norte de Chile (LOM, 2008); Las Aguas Indígenas en Chile (LOM, 2011); Los pueblos indígenas y el derecho (LOM, 2014). Consultora en materia de derechos de pueblos indígenas para diversas organizaciones internacionales, tales como CEPAL y OEA. Ha sido convocada como perito experta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en caso donde se debate los derechos territoriales de los pueblos indígenas, específicamente CASO COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LHAHA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VS. ARGENTINA, sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 6 de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas).

## II. Antecedente del caso

1. La Delegación Provincial de la Defensoría del Pueblo de Sucumbíos y Mario Pablo Criollo Quenama, en calidad de presidente de la Comunidad A'i Cofán de Sinangoe (los "Accionantes"), presentaron una acción de protección y medida cautelar conjunta en contra del Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables ("MERNNR), la Agencia de Regulación y Control Minero ("ARCOM"), el Ministerio del Ambiente ("MAE"), la Secretaría Nacional del Agua ("SENAGUA") y la Procuraduría General del Estado ("PGE"). Por medio de esta acción (No. 21333-2018-00266) se reclamó la vulneración de los derechos a la consulta previa y al territorio ancestral de la Comunidad A'i Cofán de Sinangoe ("la Comunidad"), así como la violación de los derechos de la naturaleza, por el otorgamiento de 20 concesiones mineras y encontrarse en trámite otras 32, ubicadas alrededor de los ríos Chingual y Cofanes,



lo cual generaría un impacto en el río Aguarico y afectaría a la comunidad (integridad cultural).

2. En virtud del auto de 21 de octubre de 2019, la sentencia favorable a la comunidad Sinangoe, perteneciente a la nacionalidad A'í Cofán, fue seleccionada por la Corte Constitucional del Ecuador para desarrollar jurisprudencia nacional ante la vulneración sistemática del derecho a la consulta previa. Los jueces Carmen Corral Ponce, Alí Lozada Prado y Hernán Salgado Pesantes, jueces de la Corte Constitucional del Ecuador, eligieron el caso No. 273-19-JP, debido a su gravedad y relevancia o trascendencia nacional.
3. Los parámetros de gravedad y novedad que identificó la Sala de Selección de la Corte para elegir la presente causa a efectos de generar jurisprudencia nacional, expresados en el auto de 21 de octubre de 2019, son los siguientes:

“8. El asunto presenta gravedad porque la actividad minera, de no ser adecuadamente consultada, informada, planificada y ejecutada, podría provocar afectaciones a los territorios ancestrales, debido a que induciría a un cambio radical en sus formas de vida y amenazaría con causar daño a la naturaleza, al agua, al medio ambiente, a la cultura, al territorio y a la salud.

9. Por otro lado, la actividad minera en beneficio del desarrollo económico y de la sostenibilidad ambiental y social del Estado ecuatoriano, tiene relevancia y trascendencia nacional en tanto es una industria importante para la economía nacional, siempre que cumpla con buenas prácticas ambientales y tenga "mecanismos de participación y diálogo”.

### **III. Análisis del marco normativo de derecho internacional en materia de consulta y sus implicancias en el desarrollo de estándares jurídicos para su implementación.**

4. Los derechos a la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado se encuentran establecidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante Convenio 169). Sus bases fundamentales se encuentran definidas en los Artículos 6 y 7 de dicho Convenio. Así como también en su Artículo 16.



5. Los Artículos 6 y 7 del Convenio 169 proveen de indicadores claros que, aplicados a un proceso de consulta y participación, permiten determinar si en el caso se ha cumplido con los estándares que impone el deber de respetar, promover y garantizar el derecho de consulta y participación a pueblos indígenas. De acuerdo con estas disposiciones, las principales características de la consulta a los pueblos indígenas son las siguientes:
- La consulta debe ser previa. (Artículo 7 N° 3).
  - Mediante procedimientos apropiados (Artículo 6 N° 1, letra a).
  - A través de sus instituciones representativas (Artículo 6 N° 1, letra a).
  - Cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. (Artículo 6 N° 1, letra a).
  - Efectuarse de Buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias (Artículo 6 N° 2).
  - Con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. (Artículo 6 N° 2).
6. La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión –con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas– de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes<sup>1</sup>.
7. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe. El alcance del principio de buena fe supone que los mecanismos de consulta deben implementarse de una manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad precisa de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Con respecto a la buena fe y a las maneras apropiadas a las circunstancias, los órganos de control de la OIT han señalado que:

“Las consultas deben tener lugar en un clima de confianza mutua. En general, es necesario que los gobiernos reconozcan los organismos de representación y procuren llegar a un acuerdo, lleven adelante negociaciones genuinas y

---

<sup>1</sup> OIT, 2009. Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT. 2009, pág. 61. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf)



constructivas, eviten demoras injustificadas, cumplan con los acuerdos pactados y los implementen de buena fe. Por otra parte, los gobiernos deben garantizar que los pueblos indígenas cuenten con toda la información relevante y puedan comprenderla en su totalidad. Debe otorgarse tiempo suficiente a los pueblos indígenas para que organicen sus propios procesos de toma de decisiones y participen de manera eficaz en las decisiones tomadas de forma coherente con sus tradiciones culturales y sociales”<sup>2</sup>.

8. La OIT ha establecido que las consultas con los pueblos indígenas y tribales son, asimismo, obligatorias antes de emprender cualquier actividad de exploración o explotación de minerales y/u otros recursos naturales que se encuentren en las tierras de dichos pueblos; o cada vez que sea necesario trasladar a las comunidades indígenas y tribales de sus tierras tradicionales a otro lugar; y antes de diseñar y ejecutar programas o políticas públicas dirigidas a los referidos pueblos.
9. Pronunciándose sobre el alcance del Artículo 7, específicamente respecto a proyectos que incidan en la explotación de recursos naturales y la ejecución de planes de desarrollo en territorios indígenas, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) ha señalado que: “[l]a consulta, en el caso de recursos naturales y proyectos de desarrollo, es un requisito del Convenio que debe integrarse en un proceso participativo más amplio previsto en el Artículo 7 del Convenio”<sup>3</sup>.
10. El Artículo 7, por otra parte, establece las bases jurídicas del derecho a la autonomía, la que se manifiesta en el derecho de estos pueblos “... [a] decidir sus propias prioridades en lo que atañe el 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 de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. (Artículo7.1). En esta misma línea se establece el derecho de los pueblos interesados a “...participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” (Artículo 7.1).
11. Cabe recordar que conforme a lo dispuesto en el Artículo 7 numeral 3, este derecho implica la realización de estudios en cooperación con los pueblos interesados que

---

<sup>2</sup> Ibid., pág. 62.

<sup>3</sup> Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, 2009, Capítulo sobre Pueblos Indígenas, Observación a Colombia, pág. 737.



permitan evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y ambiental de los proyectos de desarrollo, información que constituye un criterio fundamental para la toma de decisiones.

12. Con respecto a la determinación de las instituciones representativas, los órganos de control de la OIT han señalado que: “Lo importante es que éstas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”<sup>4</sup>.
13. La consulta si bien busca el consentimiento, reserva al Estado la decisión final. El consentimiento vinculante está establecido por el Convenio 169 sólo para ciertos casos específicos, a saber:
  - Medidas a favor de los pueblos indígenas (bienes, trabajo, cultura y medio ambiente) no deben contrariar los deseos libremente expresados por estos pueblos (4.2)
  - Prohibición general de desplazamiento forzoso (16.1)
  - Consentimiento para traslado o reubicación (16.2)
  - Derecho a regresar a sus tierras (16.3)
14. Como principio rector la OIT ha prescrito que los pueblos indígenas y tribales no deberán ser trasladados de sus tierras. En el evento de producirse la reubicación, ésta tendrá lugar a título de medida excepcional y en circunstancias que se consideren inevitables<sup>5</sup>. La medida adoptada por el Convenio para evitar el desplazamiento forzoso es exigir que se pida a los pueblos interesados su consentimiento, expresado libremente, y luego de haber recibido una información clara y cabal sobre todos los hechos y cifras pertinentes.
15. La OIT ha determinado el alcance de la expresión “consentimiento dado libremente y con conocimiento de causa”, en los siguientes términos: Significa que los pueblos indígenas y tribales deben comprender cabalmente el sentido y las consecuencias del desplazamiento sobre el cual han de manifestar su acuerdo y aceptación<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> OIT, 2009, pág. 61.

<sup>5</sup> OIT, 2009, pág. 98.

<sup>6</sup> Ibid., pág. 98.



16. Se ha establecido que en el evento de que los pueblos indígenas y tribales no estén de acuerdo pero la reubicación sea inevitable, ésta debe llevarse a cabo en forma participativa y transparente, con plena conciencia y colaboración de los interesados<sup>7</sup>, y de acuerdo a las siguientes directrices<sup>8</sup>: (i) Posible encuesta pública, se refiere a la exigencia de un “procedimiento adecuado”, que puede consistir en una audiencia o investigación pública u otra pertinente a las circunstancias del caso; (ii) Derecho de regresar, el Convenio reconoce el derecho de los pueblos a regresar a sus territorios una vez que cesen las causas que determinaron la reubicación, tales como guerras o catástrofes naturales; (iii) Reasentamiento y rehabilitación, aplicable en el caso que se haga imposible el regreso a las tierras de origen, por ejemplo, cuando éstas han sido inundadas, en cuyo caso debe haber un plan de reasentamiento y al mismo tiempo de rehabilitación de pueblos desplazados; (iv) Tierras de calidad equivalente, en caso de reubicación y, a fin de garantizar la certeza jurídica de su dominio, se exige que el título de dichas tierras sea igual o mejor que el que ostentaban respecto a las tierras perdidas. Se establece, sin embargo, que en caso de que los pueblos interesados lo deseen podrán aceptar otras formas de pago en compensación; (v) Indemnización, implica la reparación íntegra de los daños sufridos como consecuencia de la reubicación.
17. Respecto al ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas el Relator James Anaya manifestó que: [...] es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes<sup>9</sup>.
18. El mismo Relator hace referencia a que, necesariamente, la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. En ese sentido enuncia: “Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción

---

<sup>7</sup> Ibid., pág. 98.

<sup>8</sup> Ibid., pág. 98 y 99.

<sup>9</sup> Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 15 de julio de 2009, A/HRC/12/34, párr. 43.



puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas”<sup>10</sup>.

19. La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI)<sup>11</sup>, contempla la obligación general de consulta que pesa sobre los Estados antes de adoptar medidas administrativas o legislativas que los afecten a fin de obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos por medio de sus instituciones representativas (art. 19); y, específicamente, consagra el derecho a la consulta para utilizar tierras para actividades mineras (30.2) y en caso de utilización de tierras y territorios para proyectos de exploración y explotación de minerales (32.2, 32.3).
20. La Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI)<sup>12</sup>, regulando el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas dispone: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo” (Artículo XXIX).
21. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha pronunciado específicamente sobre el estándar de consulta, estableciendo que la obligación del Estado de consultar es un principio de derecho internacional, coincidiendo con los planteamientos que al respecto ha formulado el Relator Anaya<sup>13</sup>. En cuanto a la obligación de consulta la Corte IDH, en el marco del caso del pueblo *Saramaka con Surinam*, referido en los párrafos precedentes, ha determinado que el Estado está obligado a consultar acerca de seis asuntos: (i) El proceso de delimitación y demarcación del territorio comunal; (ii) El reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva de las organizaciones representativas indígenas; (iii) El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que incidan en el reconocimiento, protección y garantía de los derechos colectivos indígenas; (iv) El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho de los pueblos indígenas a

---

<sup>10</sup> Ibid, párr. 47.

<sup>11</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. A/RES/61/295.

<sup>12</sup> Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16)

<sup>13</sup> Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.párrs.165 y ss.



ser efectivamente consultados, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; (v) Sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental; (vi) En relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad de los pueblos indígenas, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten sus territorios<sup>14</sup>.

**IV. La consulta indígena conforme a procedimientos culturalmente adecuados, que reconozcan las especificidades culturales de cada pueblo y con miras a obtener el consentimiento**

22. En una interpretación progresiva de la Convención Americana de Derechos Humanos y aplicando como baremo de interpretación las normas y principios del Convenio 169, la Corte IDH analiza los derechos de participación efectiva de los Pueblos Indígenas para pronunciarse sobre la ejecución de planes de inversión o desarrollo en sus territorios, reconociendo que tienen el derecho de consulta previa y que éste es un proceso comunicativo continuo<sup>15</sup>. Sobre el carácter previo de la consulta se dispone que el Estado tiene: "...el deber, desde el inicio de la actividad que se propone, de consultar activamente (...) de buena fe, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, lo cual a su vez requiere que el Estado acepte y brinde información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible"<sup>16</sup>.

23. La misma Corte IDH ha señalado, además, que las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo, de modo que sea un verdadero instrumento de participación. El objetivo último es establecer un diálogo entre las partes basado en la confianza y el respeto mutuo, con miras a alcanzar un consenso y precavido cualquier tipo de coerción o cohecho contra la representación indígena por parte del Estado o de terceros con la anuencia de éste. Debiendo consultarse con el pueblo o la comunidad, de conformidad con sus propias tradiciones. En síntesis, la obligación estatal acorde a estos lineamientos implica el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dichas comunidades según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Corte IDH, Caso Saramaka con Surinam, 2008, párr. 16.

<sup>15</sup> Corte IDH, Caso Saramaka con Surinam, 2008, párrs. 15 y ss.

<sup>16</sup> Ibid., párr. 17.

<sup>17</sup> Corte IDH, Caso Sarayaku con Ecuador, 2012, párrs. 208 - 211.



24. Se entiende que hay mala fe de parte del Estado y sus instituciones si no aplica estos estándares y, específicamente, en el caso que haya intentos de desintegración de la cohesión social de la comunidad. La representación indígena corresponde a las organizaciones que determinen los mismos pueblos indígenas, de acuerdo con procesos internos de auto identificación y acorde a sus sistemas tradicionales y no a través de estructuras impuestas por el Estado. La Corte IDH dispone que si surgiera algún conflicto interno entre los miembros de los Pueblos Indígenas con ocasión de la implementación de un proceso de consulta, éste debe ser resuelto por los miembros de los pueblos involucrados, de conformidad con sus propias costumbres, es decir por sus normas tradicionales, y no por el Estado o instancias judiciales (nacionales o internacionales)<sup>18</sup>. Estas exigencias hacen parte además del estándar que impone que la consulta sea adecuada y accesible<sup>19</sup>.
25. Respecto a la oportunidad de la consulta, hay consenso que ésta debe llevarse a cabo en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad al plan o proyecto que se pretende implementar<sup>20</sup>. Implica que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso, y en todo caso antes de tomar la medida o realizar el proyecto susceptible de afectar el interés indígena<sup>21</sup>.

## V. Consulta como mecanismo para el ejercicio de derechos colectivos

26. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), por su parte, se ha pronunciado específicamente sobre el derecho de consulta indígena, estableciendo que la obligación del Estado de consultar es un principio de derecho internacional, que se funda en la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en el derecho a la identidad cultural, a la participación política y a la libre determinación.

27. Precizando los alcances de esta obligación se señala que “[...] implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas

---

<sup>18</sup> Corte IDH, Caso Saramaka con Surinam, 2008, párr. 26; Corte IDH, Caso Sarayaku con Ecuador, 2012, párrs. 185 - 200.

<sup>19</sup> Caso del Pueblo Sarayacu con Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, Sentencia de Fondo y Reparaciones, párrs. 201 - 203.

<sup>20</sup> Corte IDH, Caso Sarayaku con Ecuador, 2012, párr. 180; Comité de Derechos Humanos, Caso Ángela Poma Poma con Perú, Com. N° 1457/2006, dictamen de 24/04/2009; párrs 7.4; 7.5; 7.6; y 7.7.

<sup>21</sup> Corte IDH, Caso Sarayaku con Ecuador, 2012, párr. 181.



las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos”. Esta obligación de adecuación supone un ajuste de las estructuras estatales para organizar procesos de consultas donde se expresen los pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas y en un clima propicio para el desarrollo de un diálogo confiable, acorde a los estándares internacionales<sup>22</sup>.

## VI. Estándares de Consentimiento vinculante

28. La Corte IDH ha enfatizado que cuando se trata de planes de desarrollo o inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales indígenas, el Estado no sólo tiene la obligación de consultar, sino también de obtener el consentimiento previo, libre e informado, acorde a la costumbre y las tradiciones de estos pueblos<sup>23</sup>.

29. En estas circunstancias la exigencia de un consentimiento vinculante está asociado a la magnitud del impacto donde estaría comprometida la subsistencia misma del pueblo indígena concernido:

“[...] considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión 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.”<sup>24</sup>

30. En esta misma línea se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos. En el caso Angela Poma Poma con Perú. El Comité determinó que procede el consentimiento

---

<sup>22</sup> Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.párrs.165 y ss. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.párr.166. CDIH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc.OEA/SerL/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1050. Corte IDH, Caso Sarayaku con Ecuador, 2012, párr. 217. Corte IDH, Caso Yatama con Nicaragua 2005, párr. 225. Corte IDH, Caso Saramaka con Surinam, 2008, párr. 80. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.párr.166. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.párr.166.

<sup>23</sup> Ibid., párr. 17. Corte IDH. Caso Saramaka con Surinam, 2008, párr. 136.

<sup>24</sup> Corte IDH. Caso Saramaka con Surinam, 2008, párr. 137.



en caso que se ejecuten proyectos que comprometan la integridad cultural de la comunidad, lo que incluye la afectación a las actividades económicas de valor cultural y exigió la participación indígena en el proceso que involucra la extracción de recursos. Estableció que la participación en dichos casos debe ser efectiva y se requiere el consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad, precisando que la falta de consulta, estudios de impacto ambiental, medidas para minimizar los impactos e imposibilidad de seguir con las actividades tradicionales compromete de manera sustantiva el modo de vida y la cultura<sup>25</sup>.

“El Comité reconoce que un Estado pueda legítimamente tomar medidas para promover su desarrollo económico. Sin embargo, recuerda que ello no puede menoscabar los derechos reconocidos en el artículo 27. Así pues, el alcance de la libertad del Estado en este ámbito deberá medirse con base a las obligaciones que deba asumir de conformidad con el artículo 27. El Comité recuerda asimismo que las medidas cuya repercusión equivalga a una negación del derecho a gozar de la propia cultura de la comunidad son incompatibles con el artículo 27, mientras que aquellas medidas que sólo tuvieran una repercusión limitada sobre el modo de vida y el sustento de las personas pertenecientes a la comunidad no equivaldrían necesariamente a una denegación de los derechos reconocidos por ese artículo.” (párr. 7.4).

“El Comité considera que la permisibilidad de las medidas que comprometen significativamente las actividades económicas de valor cultural de una minoría o comunidad indígena o interfieren en ellas, guarda relación con el hecho de que los miembros de esa comunidad hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas y de que sigan beneficiándose de su economía tradicional. El Comité considera que la participación en el proceso de decisión debe ser efectiva, por lo que no es suficiente la mera consulta sino que se requiere el consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad. Además, las medidas deben respetar el principio de proporcionalidad, de manera que no pongan en peligro la propia subsistencia de la comunidad y de sus miembros” (párr.7.6).

31. Un problema estructural de la consulta indígena deriva del hecho de que no es vinculante. Si bien es cierto que la consulta, de acuerdo con el Convenio N°169 OIT, no proporciona un derecho de veto a los pueblos indígenas –toda vez que alcanzar

---

<sup>25</sup>Comité de Derechos Humanos. Dictamen. Comunicación N° 1457/2006. CCPR/C/95/D/1457/2006, 24 de abril de 2009, párrafos 7.4; 7.5; 7.6; y 7.7



un acuerdo o lograr el consentimiento es el propósito al iniciar el proceso de consulta y no un requisito independiente—, la OIT ha señalado que:

“[...] incluso si el proceso de consulta fue concluido sin acuerdo o consentimiento, la decisión adoptada por el Estado debe respetar los derechos sustantivos reconocidos por el Convenio, tales como los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y a la propiedad. La importancia de obtener el acuerdo o el consentimiento es mayor mientras más severas sean las posibles consecuencias para los pueblos indígenas involucrados. Si, por ejemplo, hay peligro para la continuación de la existencia de una cultura indígena, la necesidad del consentimiento con las medidas propuestas es más importante que en los casos en los que las decisiones pueden resultar en inconvenientes menores, sin consecuencias severas o duraderas”<sup>26</sup>.

32. De esta manera, de acuerdo con la propia OIT, el estándar de la consulta y el consentimiento son un continuo dinámico, donde la necesidad de obtener el consentimiento se va volviendo imperativa mientras más severas sean las posibles consecuencias de adoptar una determinada decisión para los pueblos indígenas involucrados.
33. Por otra parte, el Convenio N°169 sí exige el consentimiento previo en al menos dos circunstancias (adopción de medidas favorables a los pueblos indígenas 4.1 y 4.2, y traslado de población indígena 16.2). Además, de acuerdo al principio de universalidad, interconexión e indivisibilidad de los derechos humanos, recogido expresamente por el propio Convenio en el artículo 35<sup>27</sup>, se debe tener presente que el derecho internacional contempla otras situaciones en las que el consentimiento previo opera no solo como finalidad de la consulta, sino como requisito para la adopción de la medida propuesta. Entre otras, las que impliquen una denegación de su subsistencia como pueblos diferenciados; las que impliquen una interferencia en actividades económicas con significación cultural para los afectados; las que impliquen interferencia con recursos naturales de los pueblos interesados; y el almacenamiento de materiales peligrosos en sus tierras o territorios (Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, 2007, Art. 29.2.)<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> OIT, 2013. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Pág. 17. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_205230.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf)

<sup>27</sup> OIT, 1989. Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales.

<sup>28</sup> OIT, 2013.



34. Sobre el particular se ha pronunciado el Mecanismo de Expertos de Naciones Unidas para los Derechos Indígenas, enfatizando el derecho a la consulta indígena en su dimensión maximalista, esto es CPLI, relevando su carácter vinculante como salvaguarda de los derechos indígenas respecto a la tierra y la integridad de sus territorios como base de sus culturas y dignidad.

“Este derecho tienen tres fundamentos. (...) [A] punta a devolver a los pueblos indígenas el control sobre sus tierras y recursos, como se indica en el artículo 28. Algunos autores aducen que el consentimiento libre, previo e informado tiene sus orígenes en el principio del título nativo, según el cual los pueblos nativos tienen derecho a la tierra sobre la base de su derecho consuetudinario y su relación sostenida con la tierra y otros sostienen que la doctrina legal histórica establece sólidamente los derechos soberanos de los pueblos indígenas sobre las tierras y los recursos ancestrales como cuestión de derecho internacional de larga data. En segundo lugar, se funda en la posibilidad de que el consentimiento libre, previo e informado devuelva a los pueblos indígenas su integridad cultural, su orgullo y su autoestima, como se indica en el artículo 11 de la Declaración. Parte del patrimonio cultural de los pueblos indígenas, con inclusión de restos humanos, apropiados sin su consentimiento, sigue en poder de otros. En tercer lugar, el consentimiento libre, previo e informado puede rectificar el desequilibrio de poder entre los pueblos indígenas y los Estados con miras a forjar nuevas alianzas sobre la base de derechos y del respeto mutuo entre las partes (véase A/HRC/EMRIP/2010/2), como se indica en los artículos 18 y 19 de la Declaración.”<sup>29</sup>

35. El pronunciamiento del Mecanismo se funda en el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y releva que la consulta como instrumento para la afirmación de derechos y no para su debilitamiento como viene ocurriendo en la práctica.
36. Cabe consignar que en forma previa, el Relator Especial Miguel Alfonso Martínez, basado en la libre determinación indígena había relevado que el CPLI es el mecanismo idóneo para expresar la voluntad soberana de los pueblos indígenas, citamos textual: “(...) [E]l proceso de negociación y búsqueda de consentimiento inherente a la elaboración de tratados es el más adecuado no solo para conseguir la

---

<sup>29</sup> Consejo de Derechos Humanos, 2018. Consentimiento libre, previo e informado: un enfoque basado en los derechos humanos. A/HRC/39/62 y anexo, párr. 11 y ss.



efectiva contribución de los indígenas a todo esfuerzo dirigido, en último término, al reconocimiento y la restitución de sus derechos y libertades, sino también para establecer unos mecanismos prácticos que faciliten la realización y el respeto de sus derechos ancestrales y de los que figuran en textos nacionales e internacionales. Esta es, pues, la estrategia más adecuada para la resolución del conflicto de las cuestiones indígenas en todos los niveles y donde cabía un consentimiento libre y consciente de los indígenas”<sup>30</sup>.

37. La CIDH ha hecho lo propio, enfatizando el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas como base para decidir sobre su vida común y participar en la toma de decisiones que les afecten. Los pueblos indígenas, indica la CIDH, como sociedades preexistentes al establecimiento de las fronteras estatales, son titulares del derecho colectivo a la libre determinación, cuyo ejercicio supone definir libremente su desarrollo económico, social y cultural para asegurar su existencia y bienestar como grupos diferenciados. De este modo, se precisa, pueden definir su propio destino en condiciones de igualdad y participar de manera efectiva en todos los procesos que involucren la toma de decisiones que los afectan. Concluye la CIDH que “[el] reconocimiento de este derecho constituye una premisa fundamental para el ejercicio pleno de los otros derechos humanos de los pueblos indígenas [...], tanto individuales como colectivos [...], lo cual, como sostiene la CIDH, incluye derechos sobre sus territorios ancestrales y recursos naturales [...]. En ese sentido, la imposición de actividades extractivas y megaproyectos de desarrollo sin una consulta previa, libre e informada puede suponer la vulneración de su contenido [...]”<sup>31</sup>.

38. Estas perspectivas son las que impulsan una nueva generación de protocolos autonómicos que se observa como una tendencia en todos el continente, y que emergen como herramientas instrumentales de la autodeterminación indígena, cambiando los paradigmas que estructuran la consulta indígena en el restrictivo marco normativo que provee el Convenio 169. Un análisis detallado de los protocolos autonómicos que se han impulsado en la región nos permite relevar la aspiración que subyace en los mismos en orden a exigir la adhesión estatal a los resultados de las consultas realizadas conforme a dichos protocolos. No se trata solamente del cumplimiento de las reglas de procedimiento recogidas en los

---

<sup>30</sup> COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. Los derechos humanos de las poblaciones indígenas. Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas. E/CN.4/Sub.2/1999/20, párr. 263

<sup>31</sup> CIDH, 2019. Informe sobre la situación de derechos humanos de los Pueblos Indígenas y Tribales de la Panamazonía. OAS/Ser.L/V/II.Doc. 176, 29 septiembre 2019, párrs. 23 a 26.



protocolos, sino el carácter vinculante de los resultados y la decisión indígena sobre los asuntos deliberados<sup>32</sup>.

## VII. La obligación de motivación que pesa sobre el Estado

39. Además, la Corte IDH impone la exigencia de motivar las decisiones que se adopten por parte del Estado en el proceso de consulta, indicando que éstas deben ser motivadas. Este deber de motivación implica la justificación de las razones que determinaron que el Estado deseché o acoja las posiciones de los pueblos indígenas expresadas en el proceso de consulta. Al respecto ha señalado la Corte IDH “[...] las decisiones que adopten los órganos internos, que puedan afectar los derechos humanos, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias.” Los motivos esgrimidos por el Estado para obviar los resultados de una consulta indígena deben ser “[...] objetivos, razonables y proporcionales a un interés legítimo en una sociedad democrática” y susceptible de ser revisada en instancias administrativas y judiciales “[...] a través de procedimientos adecuados y efectivos, que evalúen la validez y pertinencia de dichas razones, así como el equilibrio entre los derechos e intereses en juego.”<sup>33</sup>

## VIII. Sobre la obligación de proteger las tierras indígenas

40. El Artículo 14 del Convenio 169, reconoce explícitamente los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas. El Artículo 14 del Convenio 169 dispone: “1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan... 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema

---

<sup>32</sup> López y Yáñez, 2020. Los protocolos autonómicos de consulta indígena y sus alcances en relación con el carácter vinculante de la consulta. IWGIA.

<sup>33</sup> Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.párr.166. Corte IDH, Caso Sarayaku con Ecuador, 2012, párrs. 208 - 211. Corte IDH, Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros con Honduras, párr. 180. Corte IDH. Caso Apitec Barbera y otros con Venezuela, 2008, párr. 78. Corte IDH, caso Tristan Donoso con Panamá, 2009, párrs. 152 y 153. CIDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Doc. OEA/Ser. L./VII, Doc. 56, 30 de diciembre de 2009, párr. 327. Corte IDH, Caso Saramaka con Surinam, 2008, párr. 17.



jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”.

41. La interpretación que la CEACR de la OIT ha hecho del Artículo 14 del Convenio 169, ha determinado que los derechos de propiedad y posesión de que trata este Artículo no solo se refieren a aquellas tierras sobre las cuales los pueblos indígenas tienen propiedad legal, sino también sobre aquellas de propiedad ancestral, aunque no tengan título de dominio sobre ellas.

En efecto, la CEACR ha dispuesto que el establecimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras se basa en la ocupación y en el uso tradicional, y no en el eventual reconocimiento o registro legal oficial de la propiedad de la tierra por parte de los Estados, argumentando que la ocupación tradicional confiere el “derecho a la tierra en virtud del Convenio [...] independientemente de que tal derecho hubiera sido reconocido o no [por el Estado]”<sup>34</sup>.

42. De igual modo, la CEACR ha establecido que el derecho fundado en la ocupación de la tierra es un principio rector del Convenio, conforme al que se reconoce que la ocupación ancestral es la fuente del derecho de propiedad de los pueblos indígenas e impone a los Estado la obligación de generar los procedimientos adecuados para hacerlo efectivo. El CEACR se pronuncia al respecto en los siguientes términos: “Si los pueblos indígenas no pudieran hacer valer la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y de posesión, el Artículo 14 del Convenio se vaciaría de contenido... La Comisión es consciente de la complejidad de plasmar este principio en la legislación, así como de diseñar procedimientos adecuados, pero subraya al mismo tiempo que el reconocimiento de la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y posesión mediante un procedimiento adecuado, es la piedra angular sobre el que reposa el sistema de derecho sobre la tierra establecido por el Convenio. El concepto de ocupación tradicional puede ser reflejado de diferentes maneras en la legislación nacional, pero debe ser aplicado”<sup>35</sup>.

43. La concepción que subyace tras estas normativas es que los pueblos indígenas “[...] tienen derecho a una relación continuada con las tierras y recursos naturales de acuerdo a sus patrones tradicionales de uso y ocupación.”<sup>36</sup>. Dicha ocupación debe tener relación con el presente para que otorgue derecho de propiedad y posesión,

---

<sup>34</sup> Conferencia Internacional del Trabajo, CEACR 2003, 73.ª sesión, Observación, Perú. párr. 7.

<sup>35</sup> Conferencia Internacional del Trabajo, CEACR 2009: 742.

<sup>36</sup> Anaya, James (2005). Los Pueblos indígenas en el derecho internacional, Editorial Trotta, Universidad Internacional de Andalucía. Pág. 208.



pero se entiende que dicha vinculación se mantiene incluso con aquellas tierras que han sido perdidas, o dicho de otra forma de las que han sido desplazados los indígenas, en la medida que se mantenga una relación cultural continuada con las mismas, especialmente si éstas han sido substraídas del dominio indígena en tiempos recientes<sup>37</sup>. La obligación impuesta a los Estados de instaurar procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para resolver las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas carece de un horizonte temporal y, por tanto, es aplicable a reivindicaciones que tienen su origen en un pasado remoto<sup>38</sup>.

44. Coincidentemente con la interpretación de la OIT, la DNUDPI, hace un reconocimiento explícito al derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar no solo las tierras, sino también los territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional y otra forma tradicional de ocupación<sup>39</sup>. Más aún, establece que los pueblos indígenas tienen derecho a que las tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente hayan poseído u ocupado, les sean restituidas y/o compensados cuando ellas hayan sido confiscadas o tomadas sin su consentimiento<sup>40</sup>.
45. La Corte IDH ha consolidado una jurisprudencia en esta materia siguiendo tanto la interpretación fidedigna formulada por los órganos de aplicación del Convenio 169 de la OIT como las disposiciones de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, al reconocer que el derecho de propiedad comunal ancestral de los pueblos indígenas sobre sus tierras confiere pleno dominio. Ello, haciendo una interpretación evolutiva del derecho de propiedad privada consagrado en la Declaración y la Convención Americana. Así, en el caso *Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001), la Corte IDH reconoció a la luz del Artículo 21 de la Convención Americana la propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre la tierra y le otorgó protección<sup>41</sup>, estableciendo que la propiedad comunal indígena no corresponde a la concepción clásica de propiedad<sup>42</sup> y precisando la noción de propiedad en los siguientes términos:

---

<sup>37</sup> Ídem.

<sup>38</sup> Ídem.

<sup>39</sup> Artículo 26.1, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

<sup>40</sup> Aylwin J., 2002. El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: un estudio de casos, CEPAL. Pág. 11.

<sup>41</sup> Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. párr. 148-149.

<sup>42</sup> Steiner Christian y Fuchs Marie – Christine, 2019. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Eds., 2019 2ª. Ed. Pág. 626.



“El Artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos<sup>156</sup>. Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra<sup>43</sup>, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Estas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del Artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas”<sup>44</sup>.

46. La Corte IDH, asimismo, reconoció la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aun a falta de título, como fundamento de su propiedad sobre ellas, y la necesidad de que la estrecha relación que los indígenas tienen con sus tierras sea reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica<sup>45</sup>. La Corte extendió la protección de la propiedad basada en el Artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos a la ocupación basada en el derecho consuetudinario indígena<sup>46</sup>. Respecto a la validez del derecho consuetudinario, señala la Corte IDH que “[el] derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, párr. 148, y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, párr. 85. Además, Comisión Interamericana, Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 156.

<sup>44</sup> Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, párr. 145.

<sup>45</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001, párr.151.

<sup>46</sup> Corte IDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001, párr. 149; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. párr. 118, y Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, párr. 90. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214. párr. 88.

<sup>47</sup> Corte IDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, 2001, párr. 151.



47. De este modo, el Sistema Interamericano de derechos humanos reconoce la propiedad derivada de patrones tradicionales o consuetudinarios de uso y posesión generados por los propios pueblos indígenas<sup>48</sup>.
48. En años posteriores la Corte IDH ha ratificado su interpretación sobre la materia en diversos fallos<sup>49</sup>. Cabe resaltar la jurisprudencia que reconoce los derechos de carácter comunal sobre sus tierras ancestrales a las comunidades de Yakye Axa, Sawhoyamaka y Xákmok Kasek en Paraguay<sup>50</sup>. La Corte IDH acogió el reclamo de estas comunidades por la violación del derecho de propiedad ancestral de carácter colectivo en base al Artículo 21 de la Convención Americana (además de la violación del derecho a la vida, la integridad personal, los derechos del niño, la protección judicial, la personalidad jurídica). Se pronunció, además, sobre la persistencia en el tiempo de los derechos de propiedad sobre las tierras ancestrales de pueblos indígenas cuando estos han perdido la posesión sobre las mismas por haber sido desplazados de sus territorios ancestrales sin su consentimiento o en contra de su voluntad libremente expresada. Al respecto, en su sentencia en el caso Sawhoyamaka la Corte IDH sostuvo que el derecho a la reivindicación de las tierras de propiedad ancestral reclamadas por los pueblos indígenas no se extinguió mientras estas mantengan su relación con dichas tierras, sea esta material o espiritual<sup>51</sup>.
49. El Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, en adelante el Comité, Recomendación General Nº 23 (1997) (CEDR), también se ha pronunciado en la materia. El Comité exhortó a los Estados Partes de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial a: “[...] que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se

---

<sup>48</sup> Anaya, James (2005). Los Pueblos indígenas en el derecho internacional, Editorial Trotta, Universidad Internacional de Andalucía. Pág. 204.

<sup>49</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, párr. 85. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Vs. Nicaragua, párr. 149 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, párrs. 85 a 87. Caso Pueblos Kaliña y Lonkono vs. Surinam, párr. 129 a 131. Comisión Interamericana, Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 156.

<sup>50</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Corte IDH, Caso Sawhoyamaka vs. Paraguay, 2006; Corte IDH, Caso Xákmok Kásek vs. Paraguay, 2010.

<sup>51</sup> Así la Corte sostiene que “mientras que esta relación exista, el derecho de reivindicación permanecerá vigente.” Corte IDH, Caso Sawhoyamaka vs. Paraguay, 2006, párr. 131.



han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos. Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios.”<sup>52</sup>

50. El Convenio 169 dispone que deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar las tierras o de transmitir sus derechos sobre las tierras ancestrales fuera de la comunidad<sup>53</sup>. De igual modo cuando se ejecutan proyectos de inversión en sus territorios que afectan la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras<sup>54</sup>.
51. La Corte IDH, como señalamos en el acápite anterior y reiteramos, se ha pronunciado respecto a la exigencia de la consulta en materia de delimitación, demarcación y otorgamiento de tierras a pueblos indígenas; medidas legislativas y administrativas necesarias para proteger los territorios indígenas; y, los planes de inversión y/o desarrollos públicos y privados que puedan implicar restricciones a sus derechos<sup>55</sup>, según sus costumbres y tradiciones<sup>56</sup>.
52. La Corte IDH también ha exigido consultas previas y el logro de un consenso con los pueblos indígenas o tribales en casos de “elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos”, los cuales “no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario”<sup>57</sup>.
53. En razón de lo expuesto precedentemente, está sujeta a consulta previa y a la obtención del consentimiento del pueblo respectivo toda decisión que pueda afectar, modificar, reducir o limitar de cualquier modo los derechos de propiedad

---

<sup>52</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General N° 23. Aprobada en su 51° período de sesiones (1997), párr. 5.

<sup>53</sup> OIT, Convenio 169, Artículo 17.1.

<sup>54</sup> OIT, Convenio 169, Artículo 15.

<sup>55</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, párr.16.

<sup>56</sup> Corte IDH, Caso Saramaka vs. Surinam, 2007, párr.129.

<sup>57</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 2005, párr. 151; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, 2006, párr. 135.



indígenas. Recogemos en este punto la conclusión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): “[...] en criterio de la CIDH, “los Artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana obligan especialmente a los Estados miembros a garantizar que toda determinación de la medida en que los peticionarios indígenas mantienen intereses en las tierras por las que han poseído tradicionalmente un título y han ocupado y usado, se base en un proceso de consentimiento previamente informado de parte de la comunidad indígena en su conjunto”. Para la CIDH, los principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los pueblos indígenas incluyen el derecho a que su título relativo a la propiedad y uso de territorios y recursos “sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien”<sup>58</sup>.

#### **IX. Sobre la obligación de proteger el medio ambiente, el derecho a la alimentación, el agua y la identidad cultural indígena**

54. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso N° 12.094, Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat con Argentina, sentencia de 6 de febrero de 2020, reconoce el derecho indígena a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural, aplicando el artículo 26 de la Convención<sup>59</sup>.
55. Haciendo un análisis sistemático entre la Convención y la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Carta de la OEA), reconoce que el derecho al medio ambiente sano se entiende incluido en el artículo 26 de la Convención y que dimana de la obligación de los Estados de alcanzar el “desarrollo integral” de sus pueblos, conforme lo establecen los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la OEA<sup>60</sup>.
56. Precizando el alcance y contenido sustantivo del derecho al medio ambiente, el fallo se remite a su Opinión Consultiva OC-23/17, relevando que se trata de un derecho autónomo que protege los componentes del ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros. Protege la naturaleza y sus componentes, como intereses/bienes

---

<sup>58</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc.56/09. Párr. 281.

<sup>59</sup> Corte IDH, Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat Vs. Argentina, 2020, párr. 201.

<sup>60</sup> Ibid., párr. 202.



jurídicos en sí mismos, aun cuando no se tenga certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas. Se trata de proteger la naturaleza y su utilidad respecto de todos los organismos vivos del planeta, no solo respecto de los seres humanos. La Corte IDH precisa que, no obstante que el derecho al medio ambiente es un derecho autónomo, es incuestionable que otros derechos humanos puedan ser vulnerados como consecuencia de daños ambientales y, de igual modo, deben ser salvaguardados<sup>61</sup>.

57. El Estado tiene respecto a este derecho la obligación de respeto y, asimismo, la obligación de garantía de modo tal que prevenga vulneraciones de terceros. Se consigna que esta obligación de prevenir daños ambientales, forma parte del derecho internacional consuetudinario. Se establece que los estándares exigibles al Estado para la aplicación del principio de prevención, frente a actividades potencialmente dañosa al medio ambiente, son: i) regular; ii) supervisar y fiscalizar; iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; iv) establecer planes de contingencia, y v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental<sup>62</sup>.
58. La debida diligencia supone hacerse cargo de la circunstancia que las problemáticas ambientales pueden afectar de modo diferenciado a pueblos, grupos y personas en condición de vulnerabilidad, como los pueblos indígenas, quienes dependen para su economía y supervivencia de la integridad de los recursos ambientales que configuran su hábitat<sup>63</sup>.
59. Sobre el contenido del derecho a la alimentación la Corte IDH se sustenta en la Observación General 12, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), el que señaló que el “contenido básico” del derecho a la alimentación comprende “[l]a disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada”, y “[l]a accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos”<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Ib., párr. 203.

<sup>62</sup> Ib., párr. 208.

<sup>63</sup> Ib., párr. 209.

<sup>64</sup> Ib., párr. 218.



60. El fallo releva los componentes culturales del derecho y su incidencia en la conceptualización de los estándares de “adecuación” y “seguridad alimentaria” que son propios del derecho<sup>65</sup>.
61. En el mismo sentido, la Corte IDH se pronunció sobre el derecho al agua<sup>66</sup> y fijó sus contenidos normativos acorde a lo establecido por el Comité DESC en la Observación General N° 15<sup>67</sup>.
62. La Corte IDH hace un análisis sistemático de los derechos mencionados en este acápite y su interdependencia,<sup>68</sup> dimensionando la forma en que estos derechos (al agua, a la alimentación y a participar en la vida cultural), son particularmente vulnerables a las afectaciones ambientales. De la misma forma, cabe connotar la sentencia en cuanto integra al análisis la necesaria relación entre identidad cultural y desarrollo integral de los pueblos, comunidades y grupos sociales del continente, conforme al marco normativo que provee la Carta OEA<sup>69</sup>, precisando que “[...] el derecho protege los rasgos distintivos que caracterizan a un grupo social, sin que ello implique negar el carácter histórico, dinámico y evolutivo de la cultura”<sup>70</sup>

## X. CONCLUSION

63. En el caso *sub lite*, considerando la magnitud de la intervención (52 concesiones mineras) y la potencialidad de afectar la integridad cultural y ambiental de los pueblos indígenas afectados, no cabe duda que el estándar exigible es el consentimiento vinculante.
64. Siguiendo los estándares internacionales en casos similares “... se debe garantizar que la participación en el proceso de decisión sea efectiva, por lo que no es suficiente la mera consulta sino que se requiere el consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad. Además, las medidas deben respetar

---

<sup>65</sup> Ibid., párr. 220 y 221.

<sup>66</sup> Ibid., párr. 226 - 230.

<sup>67</sup> Comité DESC. Observación General 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

<sup>68</sup> Véase, epígrafe B.1.2 Interdependencia entre los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural y especificidades en relación con pueblos indígenas.

<sup>69</sup> Ibid., párr. 231.

<sup>70</sup> Ibid., párr. 240.



el principio de proporcionalidad, de manera que no pongan en peligro la propia subsistencia de la comunidad y de sus miembros”<sup>71</sup>.

65. Los fundamentos de la Corte Constitucional para seleccionar el presente caso evidencian que se configura el requisito de gravedad y magnitud que hace procedente el consentimiento vinculante, cito textual: “El asunto presenta gravedad porque la actividad minera, de no ser adecuadamente consultada, informada, planificada y ejecutada, podría provocar afectaciones a los territorios ancestrales, debido a que induciría a un cambio radical en sus formas de vida y amenazaría con causar daño a la naturaleza, al agua, al medio ambiente, a la cultura, al territorio y a la salud” (párr.8).
66. A mayor abundamiento, y efectos de cuantificar el impacto en el territorio y medio ambiente indígena, se debe considerar que Ecuador perdió, entre 2001 y 2018, 7.006 km<sup>2</sup> de bosques de su región amazónica, el equivalente a casi 19 veces la extensión de su capital, Quito. Tan sólo en el año 2018, el 16,2% de los bosques amazónicos originarios de Ecuador fueron deforestados. Aunque el país tiene una pequeña parte (1,6%) de la selva amazónica, las provincias amazónicas representan el 47% del territorio nacional ecuatoriano y albergan algunas de las partes más biodiversas de la selva, especialmente en la cuenca del alto Napo y el Parque Nacional Yasuní. Las áreas protegidas cubren el 20% del territorio ecuatoriano y los territorios indígenas cubren una gran proporción de la Amazonia ecuatoriana, unos 3 millones de hectáreas, y cerca del 70% de ellos están legalmente reconocidos en forma de derechos de propiedad colectiva indígena. La deforestación, la degradación de los bosques tropicales y la pérdida de biodiversidad están cerca de un punto de inflexión y de no retorno, en el que se puede desencadenar un proceso de sabanización autosuficiente<sup>72</sup>.
67. En este escenario los derechos territoriales y ambientales indígenas están amenazados por el otorgamiento de concesiones para el desarrollo de proyectos extractivos de recursos naturales en tierras indígenas sin consultar debidamente a los pueblos indígenas afectados, como ocurre en este caso en relación específicamente con el otorgamiento de 52 concesiones mineras en el territorio ancestral de la Comunidad A’I Cofán de Sinangoe. Es obligación del Estado

---

<sup>71</sup> Ángela Poma Poma con Perú, dictamen de 24/04/2009, párr. 7.

<sup>72</sup> 5° Tribunal Ético de Defensa de la Naturaleza. Informe Sumario Panel Científico por la Amazonía, Parte II, capítulo 19. Pueblos Indígenas y Tribales de la Panamazonía. OAS/Ser.L/V/II. Doc. 176, 2019, p. 7. Citando WWF. Informe Amazonia Viva 2016. Un enfoque regional para la conservación de la Amazonia. 2016, p. 10 y 14. CEPAL. Amazonía posible y sostenible. 2013 p.11



Ecuatoriano salvaguardar, por medio del consentimiento previo, libre e informado, el derecho al territorio, las tierras y el medio ambiente de las comunidades accionantes para proteger su supervivencia organizada como pueblo en su territorio ancestral, conforme a su sistema de vida y costumbre.

Nancy Yáñez Fuenzalida

Cédula Nacional de Identidad N° 9.893.147-3