Quito, Lima, Bogotá, La Paz y Brasilia, marzo de 2010

Señor Doctor
Santiago Cantón
Secretario Ejecutivo
Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Ref.- Informe sobre el estado actual de aplicación de la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en la región amazónica de Colombia, Brasil, Bolivia, Ecuador y Perú; en relación con la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA).

Las organizaciones y personas que conformamos la Red de Defensa Jurídica de la Amazonía (RAMA) le expresamos un respetuoso saludo a la vez que presentamos por su intermedio a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) un informe sobre el estado actual de aplicación de la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en la región amazónica de Colombia, Brasil, Bolivia, Ecuador y Perú; en relación con la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA).

1.- Antecedentes

1. La Red de Defensa Jurídica de la Amazonía, en adelante la RAMA, fue creada en la ciudad de Lima en 2008 por abogadas y abogados de cinco países de la región amazónica (Colombia, Brasil, Bolivia, Ecuador y Perú), con el fin de proteger y promover los derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas y de la naturaleza en la región amazónica.

2. Al momento la RAMA está integrada por las siguientes personas y organizaciones:

   Bolivia
   Marín Abadi
   Deborah Díaz
   Foro Boliviano sobre Medio Ambiente y Desarrollo (FOBOMADE)
   Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social (CEJIS)

   Brasil
   Instituto Socioambiental (ISA)
   Biviany rojas

Colombia
Ramón Laborde Rubio
Sandra Naranjo
Fundación GAIA Amazonas

Ecuador
Isabella Figueroa
Mario Melo
Bolívar Beltrán
Pablo Fajardo
David Cordero Heredia
Fundación Centro Lianas
Fundación Pachamama
Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH)

Perú
Lily La Torre
Carlos Soria
Cesar Gamboa
Vladimir Pinto
Bertha Reyna
Patricia Urteaga
Yackeline Binari
Raquel Irigoyen
Armando Guevara
Derecho, Ambiente y Recursos Naturales DAR

3. Varios siglos han transcurrido, desde el descubrimiento de América, para que el derecho de nuestros Estados regrese su mirada a los descendientes de los primeros habitantes del continente. El camino para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas no ha sido fácil y ha estado plagado de fuertes luchas, etnocidios e incluso genocidios para que, apenas en las últimas décadas, se haya dejado de mirar a estos pueblos como una minoría que necesita protección y se los empiece a considerar actores de su propia determinación, así como del desarrollo de nuestras sociedades; y a su cosmovisión como fuente de una sabiduría ancestral que plantea soluciones a los males que aquejan al mundo moderno.

4. Es precisamente este mundo moderno el que ha impuesto una idea unidireccional de lo que es el desarrollo basado en el aumento desmedido de la producción y la extracción ilimitada de recursos naturales que están llevando al planeta hacia una catástrofe ecológica y a una repartición cada vez más inequitativa de los recursos. La cosmovisión indígena plantea un modelo diferente, en el cual el desarrollo comunitario y el respeto a la

naturaleza son los ejes de una forma de concebir el mundo que estaría al borde de desaparecer.

5. Como producto de la resistencia de los pueblos indígenas a la imposición del modelo de desarrollo occidental se da un giro al panorama político de los Estados. La capacidad de movilización social y de visibilización de sus culturas y saberes es lo que llevó a los Estados a considerar a estos pueblos como sujetos políticos y, por tanto como sujetos de derechos; es entonces cuando aparecen en las legislaciones internas capítulo especiales que tratan sobre los derechos de los pueblos indígenas, así como tratados internacionales, declaraciones y jurisprudencia que destacan la necesidad de una visión multicultural del Derecho.

6. Es en este marco en que aparece el derecho a la consulta previa como el medio de los pueblos indígenas a elegir su modelo de desarrollo y como obligación negativa de los Estados para imponer proyectos y actividades que vayan en desmedro de la vida, la cultura, la naturaleza y, en general, el territorio de los pueblos indígenas:

   "El requisito de que las consultas deban tender a la consecución de un acuerdo implica que éstas no pueden consistir simplemente en informar a las comunidades indígenas sobre las medidas susceptibles de afectarles. Los procedimientos de consulta deben ser diseñados de forma que se les conceda a los pueblos indígenas la oportunidad de influir de forma efectiva en las decisiones que afectan a sus intereses. Esto requiere que los gobiernos entablen un diálogo con estos pueblos sobre las posibles consecuencias de esas decisiones antes de que éstas sean tomadas. También requiere una serie de garantías procedimentales que tengan en cuenta los propios mecanismos indígenas de toma de decisiones, incluyendo las costumbres y estructuras organizativas pertinentes, y garantizando que los pueblos indígenas tengan acceso a toda la información y a la asesoría que sean necesarias."[1]

7. En sus inicios la consulta previa era concebida como una cuestión meramente procedimental para los gobiernos, sin que éstos le den un contenido material; sin embargo, mediante la jurisprudencia de las Cortes y Tribunales Constitucionales del continente, así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, éste derecho es ahora concebido como una obligación de los Estados de respetar las decisiones que tomen los pueblos indígenas sobre su propio desarrollo,[2] es decir el derecho al consentimiento informado previo.

8. El presente informe tiene como objeto recoger los aportes del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional de cinco países de la región amazónica a la positivización y la práctica del derecho al consentimiento

---

[1] ANAYA, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Ed. Trotta, Madrid, 2005, Madrid, Trotta, p. 235.
[2] Cfr., Op. Cit., p. 241.

informado previo. Finalmente, analizaremos como ha sido tomado en cuenta este derecho en la implementación de la Iniciativa para la Integración de Infraestructura Regional de Sudamérica (IIRSA), por parte de los Estado sudamericanos, en particular aquellos en los que tiene miembros la RAMA (Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Brasil).

2.- Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y de la Organización Internacional del Trabajo sobre los derechos de consulta previa y de consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas.

9. El primer instrumento internacional en reconocer el derecho a la consulta previa es el convenio 169 de la OIT sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989,[3] en el cual se incorpora el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados en los siguientes casos:

   - Adopción de medidas especiales (Artículo 4)
   - Adopción de medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente (Artículo 6.1.a)
   - Adopción de políticas y programas que les conciernen (Artículo 6.1.b)
   - Aplicación formulación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional (Artículo 7.1)
   - Implementación de planes de extracción de minerales o de recursos del subsuelo (Artículo 15.2)
   - Traslado y reubicación de sus territorios (Artículo 16.2)
   - Formulación de programas de formación profesional (Artículo 22.3)
   - Formulación de planes de enseñanza bilingüe (Artículo 28.1)

10. Cabe destacar que en dos de los artículos antes mencionados (Artículos 6.2 y 16.2) ya se habla, aunque de manera débil, de la obligación de alcanzar el consentimiento de la comunidad:

    "Las consultas llevadas a cabo en aplicación de éste convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas."[4]

11. Este convenio reconoce además el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas (Artículo 7) en concordancia con sus vidas, creencias, instituciones, territorios y bienestar espiritual; lo cual rompe con el modelo de Estado –

---

[3] Adoptado por la 76 sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra, 27 de Junio de 1989 y en vigor desde el 5 de septiembre de 1991.
[4] Artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT

Nación imperante en el derecho internacional público, al dar a entender que pueden coexistir distintos modelos de desarrollo dentro del mismo Estado.[5]

12. El derecho a la consulta previa se convierte entonces en el instrumento por el cual los pueblos indígenas (nacionalidades indígenas según las Constituciones de Ecuador y Bolivia) ejercen su derecho al autogobierno en especial en materia de desarrollo. Es en este sentido que, en reiteradas decisiones de la Organización Internacional del Trabajo[6], la falta de consulta previa a pueblos indígenas sobre proyectos extractivos dentro de sus territorios, ha sido considerada una violación al Convenio 169.

13. Si bien es cierto que en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos no existe un instrumento internacional que reconozca los derechos de los pueblos indígenas (aunque debemos destacar el valor doctrinal del proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho referencia a estos derechos en su jurisprudencia,[7] empezando esta línea con

---

[5] Al respecto se han desarrollado doctrinas como la del nacionalismo liberal, el cual es explicado en palabras de Will Kymlicka: "El nacionalismo liberal es no agresivo y no busca desmantelar las instituciones de autogobierno de otros grupos nacionales que se encuentran dentro del mismo Estado o de otros Estados. El nacionalismo liberal busca, entonces, el reconocimiento público de, y compartir espacio con, aquellos grupos nacionales minoritarios que se encuentran dentro de un Estado, quienes democráticamente insisten en mantener su distinción nacional. En particular, los grupos concentrados territorialmente que fueron involuntariamente incorporados a un Estado no están forzados a adoptar la identidad nacional mayoritaria. [...] sus distintivos nacionales serán reconocidos en la vida y símbolos públicos como el idioma oficial, el derecho al autogobierno y el reconocimiento de sus tradiciones legales distintivas. Para aceptar la legitimidad de los nacionalismos minoritarios, el nacionalismo liberal rechaza el objetivo de un mundo homogeneizado en Estados-Nación, y acepta la necesidad y legitimidad de Estados plurinacionales en donde dos o más naciones autogobernadas pueden coexistir." KYMLICKA, Will, *Politics in the vernacular*, 2001, Nueva York, Oxford University Press, P. 40. (original en ingles, la traducción es nuestra).

[6] Ver por ejemplo: RECLAMACIÓN (artículo 24) - 2000 - ECUADOR - C169 ---- Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL); RECLAMACIÓN (artículo 24) - 2006 - ARGENTINA - C169 ---- Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Argentina del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Unión de Trabajadores de la Educación de Río Negro (Un.T.E.R), gremio de base de la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (C.T.E.R.A.); y, RECLAMACIÓN (artículo 24) - 1998 - BOLIVIA - C169 ---- Informe del Comité encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Bolivia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Obrera de Boliviana (COB).

[7] Cfr DURANGO, Rodrigo, "Los derechos de los pueblos indígenas y la protección al medio ambiente dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en American University International Law Review, Volumen 24 No.1, 2008, Washington D.C., Washington College of Law, p. 30.

la sentencia del caso de la comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni en contra del Estado de Nicaragua en cuya sentencia de fondo declaró que:

"[E]sta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua."[8]

14. La corte Interamericana llegó a esta interpretación basándose en la facultad concedida en el Artículo 29 de la Convención Americana sobre derechos humanos la cuál determina que:

"Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de […] b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados."[9]

15. Lo anterior significa que los órganos del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos deben aplicar la Convención Americana en clave de los derechos de los pueblos indígenas, para aquellos Estados que les hayan reconocidos derechos específicos en su Constitución o hayan ratificado el convenio 169 de la OIT, es así cómo la Corte Interamericana en el caso mencionado determinó que el derecho a la propiedad reconocido en el artículo 21 de la CADH no puede ser considerado de la misma manera en el caso de que quienes la ostenten sea pueblos indígenas,[10] ya que se debe tomar en cuenta la especial relación de estos pueblos con sus tierras. Esta relación:

"[d]ebe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para conservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras."[11]

---

[8] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs Nicaragua,* sentencia del 31 de Agosto de 2001, Serie C No. 79, pàrr. 148.

[9] Artículo 29. literal b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

[10] Cabe destacar un caso previo en el que ya se habla acerca del reconocimiento de la propiedad comunal de los pueblos tribales, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, sentencia de reparaciones y costas del 10 de septiembre de 1993, Serie C No. 15, párr. 17.

[11] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs Nicaragua,* sentencia del 31 de Agosto de 2001, Serie C No. 79, pàrr. 149.

16. Esta forma de interpretar el alcance del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios fue ratificada en los casos Yake Axa[12] y Saramaka[13], en los que aparece el derecho a la consulta previa como garantía del respeto a la cultura, la vida y el territorio de los pueblos indígenas y tribales. Con la particularidad de que en el caso Yake Axa se declaró la violación al derecho a la vida por el atentado al territorio de dicho pueblo por parte del Estado de Paraguay y que en el caso Saramaka aparece por primera vez dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana el consentimiento informado previo no como objetivo del derecho a la consulta previa[14], sino como derecho en sí mismo:

"[L]a Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones."[15]

17. El mismo año en que se emite la sentencia del caso Saramaka (2007) es aprobada la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[16] donde fue reconocido el consentimiento previo, libre e informado, (i) como fin de la consulta previa; y, (ii) como obligación específica.

18. Sobre el primer caso, es decir el consentimiento previo, libre e informado como fin de la consulta previa lo encontramos en los artículos 19 y 32 de la mencionada Declaración:

"Artículo 19
Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas, antes de

---

[12] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del 6 de febrero de 2006, Serie C No. 142.

[13] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172.

[14] La consulta a pueblos indígenas en la forma de aplicación de diversas medidas también la encontramos en los casos: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, Sentencia de interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas del 8 de febrero de 2006, Serie C No. 145 párr. 9; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, Sentencia de fondo reparaciones y costas de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146 Párr. 223; y, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124 Párr. 212.

[15] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, pàrr. 134.

[16] Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007.

adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Artículo 32
[...] 2. 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. [...]"

19. El consentimiento previo, libre e informado como obligación de los Estados está determinado por los artículos 10, 11, 28, 29 y 30 de la Declaración:

"Artículo 10
Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Artículo 11
[...] 2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

Artículo 28
1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.
2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

Artículo 29
[...] 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. [...]

Artículo 30
1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.

2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares."

20. Otras instituciones internacionales han reconocido el derecho al consentimiento informado previo, como el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, el cual declara en su Recomendación General XXIII:

"4. El Comité exhorta en particular a los Estados Partes a que: […]
d) Garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado; […]"[17]

21. Los derechos de consulta y consentimiento a pueblos y nacionalidades indígenas, tienen en común una serie de características que han sido desarrolladas en tratados, declaraciones y jurisprudencia internacional:
    - La consulta debe ser libre, es decir libre de todo tipo de coacción.[18]
    - La consulta debe ser previa a la adopción de la decisión estatal.[19]
    - La consulta es obligatoria para los Estados.[20]

---

[17] Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Los derechos de los pueblos indígenas*, Recomendación General XXIII, aprobado en su 51º período de sesiones, 1997, párr. 4.

[18] Cfr., Convenio 169 de la OIT Artículo 6, 7 y 15, Recomendación General del CEDR sobre poblaciones Indígenas Nota 11, Banco Mundial, Directiva Operacional OD 4.20. Documento Preeliminar 4.10, 4.20, Declaración de la ONU Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas arts. 12, 16 y 20, Resolución sobre las medidas internacionales para una protección efectiva de los pueblos Indígenas. Parlamento Europeo 9 de Febrero 1994 y Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Doc. ONU HR. CERD. 99.29 18 de Marzo 1999.

[19] Cfr., Convenio 169 de la OIT Artículo 6, 7, 15 y 24; DDPI Artículos 8, 10 y 19; Estudio sobre los Tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los estados y las poblaciones indígenas: Informe Final presentado por Miguel Alfonso Martínez Relator Especial , DOC ONU, ECN, 4 Sub 2; Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Bolivia del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales 1989; Tercer Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia 2001 del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales; Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador 2001 del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y Comisión de Derechos Humanos de la ONU Recomendación General sobre poblaciones indígenas parr. 7.; Resolución para la protección especial a las poblaciones Indígenas, CIDH, 28 de Diciembre de 1972.

[20] Convenio 169 de la OIT Artículo 6, 7, 15 y 24; Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Bolivia del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales 1989; Tercer Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia 2001 del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales; Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador 2001 del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales; Guía Para la Aplicación del Convenio 169 OIT, 1996; Resolución sobre las medidas internacionales para una

- La consulta debe realizarse sobre cualquier asunto que implique una afectación directa a los pueblos y nacionalidades indígenas.[21]
- La consulta debe realizarse de buena fe, con el fin de alcanzar el consentimiento del pueblo o nacionalidad consultado en cada caso. En las situaciones detalladas anteriormente *(ver supra 16 y 19)* se deberá obtener el consentimiento para la ejecución del proyecto del que se trate.[22]
- La consulta deberá realizarse mediante mecanismos adecuados que permitan que la información sea comprensible y ampliamente difundida, tomando en cuenta las particularidades de cada pueblo o nacionalidad.[23]
- La consulta se deberá realizar mediante los representantes legítimos del pueblo o nacional indígena.[24]
- La consulta debe ser efectiva, es decir con la posibilidad real de influir en la decisión estatal.[25]

---

protección efectiva de los pueblos Indígenas. Parlamento Europeo 9 de Febrero 1994; DDPI Art 18; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Recomendación General sobre poblaciones Indígenas parr. 7; y, Resolución para la protección especial a las poblaciones Indígenas, CIDH, 28 de Diciembre de 1972.

[21] Cfr., Convenio 169 de la OIT Artículos 6 y 7; DDPI Artículos 4, 14, 15 y 16; Guía Para la Aplicación del Convenio 169 OIT, 1996; Tercer Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia 2001 del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales; Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador 2001 del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales; Estudio sobre los Tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los estados y las poblaciones indígenas: Informe Final presentado por Miguel Alfonso Martínez Relator Especial , DOC ONU, ECN, 4 Sub 2; Resolución sobre las medidas internacionales para una protección efectiva de los pueblos Indígenas del Parlamento Europeo 9 de Febrero 1994.

[22] Convenio 169 de la OIT Artículo 6 y 7; DDPI Artículos 5, 10, 18, 19, 25, 26, 29 y 32; Tercer Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia 2001 del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales; Estudio sobre los Tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los estados y las poblaciones indígenas: Informe Final presentado por Miguel Alfonso Martínez Relator Especial , DOC ONU, ECN, 4 Sub 2; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, y Comisión de Derechos Humanos de la ONU Recomendación General sobre poblaciones Indígenas parr. 7; y, Sentencia CIDH, Saramaka vs Surinam 28/11/2007

[23] Cfr., Convenio 169 de la OIT Artículo 7 y 2; Informe de la Comisión OIT sobre el Convenio 107; Tercer Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia 2001 del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales; Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Arts 18, 19, 20, 28 y 38; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y Comisión de Derechos Humanos de la ONU Recomendación General sobre poblaciones Indígenas parr. 7; Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Doc. ONU HR. CERD. 99.29 18 de Marzo 1999.

[24] Cfr., Sentencia CIDH, Saramaka vs Surinam 28/11/2007; Convenio 169 de la OIT Artículo 6 y 7

[25] Cfr., Convenio 169 de la OIT Artículo 6, 7, 15 y 24; Resolución sobre las medidas internacionales para una protección efectiva de los pueblos Indígenas. Parlamento Europeo 9 de Febrero 1994; Estudio sobre los Tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los estados y las poblaciones indígenas: Informe Final presentado por Miguel Alfonso Martínez Relator Especial , DOC ONU, ECN, 4 Sub 2; DDPI Art 19; Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Bolivia del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales 1989; Tercer Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el

- Los pueblos y nacionalidades indígenas deberán contar con información y asesoría dentro del proceso de consulta.[26]
- Los Estados deberán respetar la integridad de los pueblos y nacionalidades, así como su derecho al autogobierno.[27]
- La decisión estatal que se adopte después del proceso de consulta debe ser compatible con los derechos humanos y los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas.[28]

22. Si bien las declaraciones, observaciones generales, sentencias internacionales, entre otras fuentes del derecho internacional, no cuentan con el mismo estatus jurídico que los tratados en el Derecho Internacional Público, su condición en el derecho interno dependerá de la forma en que las Constituciones nacionales les den o no la categoría de normas jurídicas o de principios de interpretación. Este estatus está determinado por las normas constitucionales y la jurisprudencia de cada Estado como analizaremos a continuación.

3.- Los derechos de consulta previa y de consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en la jurisprudencia y normativa interna en Colombia, Brasil, Bolivia, Ecuador y Perú.

23. El Convenio 169 de la OIT fue ratificado por Colombia, Brasil, Bolivia, Ecuador y Perú, con distinto estatus jurídico:

    a. Colombia.- Supra legal. Las sentencias de la Corte Constitucional lo consideran parte del Bloque de Constitucionalidad, es decir

---

incumplimiento por Colombia 2001 del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales; Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador 2001 del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y Comisión de Derechos Humanos de la ONU Recomendación General sobre poblaciones Indígenas parr. 7; Comunidad Mayagna Sumo Awas Tingni vs Nicaragua Fondo y Reparación Sentencia CIDH del 31 de Agosto de 2001.

[26] Cfr., Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y Comisión de Derechos Humanos de la ONU Recomendación General sobre poblaciones Indígenas parr. 7; Sentencia CIDH, Samaka vs Surinam 28/11/2007; Convenio 169 de la OIT Artículo 6 y 7.

[27] Comunidad Mayagna Sumo Awas Tingni vs Nicaragua Fondo y Reparación Sentencia CIDH del 31 de Agosto de 2001; DDPI Art 19, 32 y 38; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y Comisión de Derechos Humanos de la ONU Recomendación General sobre poblaciones Indígenas parr. 7; Carta de las Naciones Unidas Art 73; Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Doc. ONU HR. CERD. 99.29 18 de Marzo 1999.

[28] DDPI Art 18, 19, 23 y 38; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y Comisión de Derechos Humanos de la ONU Recomendación General sobre poblaciones Indigenas parr. 7; Comunidad Mayagna Sumo Awas Tingni vs Nicaragua Fondo y Reparación Sentencia CIDH del 31 de Agosto de 2001; Resolución para la protección especial a las poblaciones Indígenas, CIDH, 28 de Diciembre de 1972; Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de Noviembre 196, 18 de Julio 1978, Art 8; Sentencia CIDH, Saramaka vs Surinam 28/11/2007.

materialmente forma parte de la Constitución – Derecho Fundamental. Constitución de Colombia, art. 93.

b. Brasil.- Nivel constitucional, los derechos reconocidos son derechos fundamentales.
c. Bolivia.- Supra legal y nivel constitucional, los derechos reconocidos son derechos fundamentales.
d. Ecuador.- Supra legal y nivel constitucional, los derechos reconocidos son derechos fundamentales.
e. Perú.- Supra legal. Las sentencias de la Corte Constitucional consideran que las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad y por tanto las disposiciones del Convenio tendrían carácter de derechos fundamentales (Constitución de Perú, disposición transitoria cuarta)

24. En cuanto a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, sólo Ecuador le da estatus de fuente de derechos fundamentales, es decir nivel constitucional.[29] En el caso de Colombia y Perú, sus Cortes Constitucionales reconocen el principio de interpretación constitucional del Bloque de Constitucionalidad, por el cual la Declaración podrá ser invocada como fuente de derechos fundamentales para los pueblos y nacionalidades indígenas de sus respectivos Estados.

3.1.- Colombia

3.1.1.- Normativa interna

25. La Constitución de Colombia vigente reconoce un principio de participación de los pueblos indígenas en la adopción de decisiones que puedan afectarles, sin que esta formulación sea un reconocimiento expreso del derecho a la consulta previa:

> Art. 330.- […] PARÁGRAFO.- La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

26. Sin embargo, la Constitución de Colombia les da a los tratados internacionales categoría supra legal, pero no los incorpora como normas constitucionales. Es en base a la aceptación del Convenio 169 OIT en esta categoría jurídica, que la Corte Constitucional ha podido analizar el

[29] Constitución de La República Del Ecuador, art. 57.

cumplimiento o no del derecho a la consulta previa con pueblos y nacionalidades indígenas.

27. A nivel infra legal existen dos decretos pertinentes sobre la regulación de la consultas previa en Colombia, estos son los decretos 1397 (creación de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas) y el decreto 1320 (reglamento de consulta previa a pueblos indígenas).

28. El Decreto 1397 de 1996 crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas, y se dictan otras disposiciones. El primer organismo está encargado de la rectoría de política pública respecto a pueblos indígenas, mientras la segunda se encarga de:

    Artículo 11. Objeto. La Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas tendrá por objeto concertar entre éstos y el Estado todas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos, evaluar la ejecución de la política indígena del Estado, sin perjuicio de las funciones del Estado, y hacerle seguimiento al cumplimiento de los acuerdos a que allí se lleguen.

29. La mesa permanente integrada por organizaciones del Estado y de los pueblos indígenas de Colombia sería el espacio en el que se desarrolle la reglamentación de la consulta previa y se encargaría de vigilar los procesos que se desarrollen. La mesa no ha funcionado desde la emisión de este decreto en 1996.

30. El Decreto 1320 de 1998 reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. El documento señala la consulta como obligatoria a cargo del Estado; sin embargo, no se refiere a los efectos que la posición de la comunidad surta respecto del proyecto; es más, su artículo 1 define la consulta como un espacio para recabar información de impacto, más no como expresión de la autodeterminación de los pueblos indígenas, ni como un derecho humano:

    Artículo 1º. Objeto. La consulta previa tiene por objeto analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, conforme a la definición del artículo 2º del presente decreto, y las medidas propuestas para proteger su integridad.

31. El Decreto en cuestión regula la consulta en tres momentos: consulta previa en materia de Licencias Ambientales o establecimiento de planes de manejo ambiental, la consulta previa frente al documento de evaluación y manejo

ambiental; y, la consulta previa en materia de permisos de uso, aprovechamiento o afectación de Recursos Naturales Renovables. Se entiende que en los tres casos previstos ya existe una decisión de la autoridad de llevar a cabo el proyecto (licitación, adjudicación, etc.) por lo que la consulta se convierte en una fase de la ejecución de los proyectos. La Corte Constitucional de Colombia expresó en su sentencia SU-383/03 que este decreto es incompatible con el convenio 169 de la OIT.

3.1.2.- Jurisprudencia

32. El tema de consulta previa se ha tratado ampliamente por parte de la Corte Constitucional Colombiana:
    i. SENTENCIA C-461/08.- ACCIÓN DE TUTELA POR NEGATIVA DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ÉTNICOS-Procedencia de la tutela para la protección de derechos fundamentales colectivos de los pueblos indígenas y de sus miembros individualmente considerados
    ii. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN SU-383/03.- COMUNIDAD INDÍGENA DE LA AMAZONÍA-Consulta previa sobre erradicación de cultivos ilícitos.
    iii. SENTENCIA C-208/07.- CONSULTA DE COMUNIDAD INDÍGENA-Consulta previa para que la adopción del sistema especial de educación de los grupos étnicos es sea un derecho fundamental.
    iv. SENTENCIA C-620/03.- CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD INDÍGENA Y NEGRA PARA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES-Omisión de hacer referencia a recomendaciones de OIT atinentes a la modificación del decreto reglamentario. El Derecho interno debe definir la forma en la cual debe adelantarse
    v. SENTENCIA C-750/08.- CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD INDÍGENA-Carácter obligatorio para la expedición de disposiciones de orden legislativo y administrativo requeridas en desarrollo del tratado. No se requiere cuando las disposiciones del tratado no la afecta de manera directa y específica.
    vi. SENTENCIA C-461/08.- DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2006-2010-Omisión del deber estatal de consulta previa a comunidades y grupos étnicos que pueden resultar afectados por normas del plan. Obligación impuesta al Estado cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente. Obligación impuesta al Estado cada vez que se vayan a adoptar medidas susceptibles de afectarles directamente.
    vii. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN SU.383/03.- DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD INDÍGENA-Concertación entre el Estado y la comunidad indígena. Desarrollo legislativo.
    viii. SENTENCIA T-382/06.- DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA CONSULTA PREVIA FRENTE A UN PROYECTO DE LEY-Eventos en los que procede la Acción de tutela.

ix. SENTENCIA T-880/06.- DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA CONSULTA PREVIA-Desarrollo normativo y jurisprudencial. Medidas respecto a la delimitación territorial de la comunidad Motilón Barí. Vulneración por cuanto la consulta no se adelantó por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia. Vulneración por cuanto no se adelantó la consulta para la exploración de recursos naturales. Suspensión de actividades que adelanta ECOPETROL hasta que culmine el proceso de consulta previa.
x. SENTENCIA T-955/03 DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES A LA CONSULTA PREVIA.
xi. SENTENCIA C-245/04.- ERRADICACIÓN DE CULTIVOS ILÍCITOS-Consulta previa de comunidades indígenas.
xii. SENTENCIA T-652/98.- EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES EN PUEBLO INDÍGENA EMBERA KATIO DEL ALTO SINU-Omisión de consulta previa para licencia ambiental.
xiii. SENTENCIA C-030/08.- CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ÉTNICOS- INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY GENERAL DE FLORESTAS. Materias en que dicha consulta tienen carácter obligatorio. No toda medida legislativa que concierna a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta.
xiv. SENTENCIA SU-039/97.- CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ÉTNICOS.
xv. SENTENCIA C-169/01.- CONSTITUCIONALIDAD DE LA Ley por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia.
xvi. SENTENCIA C-891/02.- CONSTITUCIONALIDAD DEL Código de Minas.
xvii. SENTENCIA T-737/05.- DERECHO A LA DIVERSIDAD E INTEGRIDAD ÉTNICA, CULTURAL Y AL DEBIDO PROCESO DENTRO DE LA CONFORMACIÓN DEL CABILDO INDÍGENA DE VILLAMARÍA

33. En las referidas sentencias la Corte Constitucional Colombiana ha analizado las características con las que debe contar la consulta previa:

- Reconoce a la consulta previa como derecho fundamental, no sólo como participación, sino en los términos del Convenio 169 de la OIT.[30]
- Señala el ámbito de aplicación de la consulta, en especial la pre-legislativa, al determinar que el alcance de legislación "de afectación directa" a los pueblos indígenas no sólo comprende la normativa expresa en materia de sus derechos, sino cualquier legislación que en la práctica pueda afectar sus vidas y territorios.[31]
- Se señala que es de cumplimiento obligatorio para el Estado en materia de explotación de recursos naturales.[32]

---

[30] Cfr., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-039/97
[31] Cfr., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-030/08 y Sentencia C-175/09
[32] Cfr., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-169/01

- La consulta debe ser previa a la adopción de la decisión estatal.[33]
- La consulta debe estar precedida de una preconsulta sobre las condiciones de la consulta principal.[34]

3.2.- Brasil

3.2.1.- Normativa interna

34. La Constitución de la República Federal de Brasil contempla la participación de los pueblos indígenas, sin llegar a reconocer de forma expresa el derecho a la consulta previa:

> Art. 231.- Se reconoce a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias tradicionales y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, correspondiendo a la Unión demarcarlas, protegerlas y hacer que se respeten todos sus bienes: […]
> 3. El aprovechamiento de los recursos hidráulicos, incluido el potencial energético, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas sólo pueden ser efectuadas con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción, en la forma de la ley.

35. Sin embargo la propia Constitución les da categoría de derechos fundamentales a aquellos contenidos en convenios internacionales ratificados por el Estado:

> Art. 5.- […] 2.- Los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte.

36. Esta disposición constitucional le da a los derechos contenidos en el Convenio 169 de la OIT, el estatus de derechos fundamentales, mientras que el resto del Convenio tiene rango supra legal.

3.2.2.- Jurisprudencia

37. Como analizamos en párrafos anteriores, el estatus de los tratados internacionales sobre derechos humanos en Brasil es de nivel constitucional, así lo ha determinado el Supremo Tribunal Federal en el caso Banco de Bradesco v. Vera Albuquerque de 2006.[35]

---

[33] Cfr., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-891/02
[34] Cfr., Corte Constitucional de Colômbia, Sentencia T-737/05
[35] Cfr., STF, RE 466343 / SP – Sao Paulo, Sentencia de Recurso Extraordinario.

38. El Supremo Tribunal Federal resaltó la importancia, de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, en el caso de solicitud de medidas cautelares de la Confederación Nacional de Trabajadores de Comercio vs. el Presidente de la República. El alto tribunal determinó la importancia del Convenio 126 de la OIT para reforzar los argumentos de inconstitucionalidad expresados en la demanda, aún cuando no se encuentre en duda la jerarquía de este tipo de tratados por encima de la normativa infra constitucional.[36]

39. La obligación de llevar adelante procesos de consulta previa sólo se ha analizado a nivel de tribunales regionales, como en los casos INCRA v. Cooperativa Agraria Industrial, donde el Tribunal Federal de la cuarta región estableció que las disposiciones del Convenio 169 de la OIT se aplican también a los pueblos Quilombolas;[37] y, en el caso "Ministerio Público Federal v. IBAMA", donde el Tribunal Federal de la primera región determinó la obligación de realizar la consulta a los pueblos indígenas afectados previa la ejecución de un proyecto y con el propósito de que se tome en cuenta el pronunciamiento de los consultados en la decisión a ser adoptada.[38]

40. Al Supremo Tribunal Federal llegó el caso del complejo hidroeléctrico de Juruena, el cual sería construido afectando a varios pueblos indígenas, en especial al pueblo Enawenw Nawe, ninguno de los pueblos afectados fue consultado sobre la construcción del proyecto. El caso fue presentado ante el Tribunal Federal de la primera región, el cual dictó una resolución preliminar de suspender los trabajos. El presidente del STF, dictó una resolución el 3 de diciembre de 2009 en la cual revoca la decisión preliminar y en consecuencia permite que continúen las obras, bajo el argumento de que las obras no se realizan en territorio indígena, sino en sus alrededores, sin analizar la posibilidad de la influencia que pueda o no tener dicho proyecto.[39]

3.3.- Bolivia

41. La Constitución Política del Estado Boliviano reconoce el derecho a la consulta previa en varios apartados:

---

[36] Cfr., STF, ADI 1675 MC / DF – Distrito Federal, Medida Cautelar Na Ação Direta de Inconstitucionalidade

[37] Cfr., Tribunal Federal Regional de La 4ª. Región, No. 2008.04.00.0101160-5/PR, INCRA v. Cooperativa Agraria Agroindustrial, citado por Isabela Figueroa en "El Convenio 169 de La OIT y El deber del Estado brasilero de consultar a los pueblos indígenas y tribales", en *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*, Red Jurídica Amazónica (RAMA), 2009, p.25.

[38] Cfr., Tribunal Federal Regional de la 1ª. Región, No. 2006.01.00.017736-8/PA, Ministerio Público Federal v. IBAMA, citado por Isabela Figueroa en "El Convenio 169 de La OIT y El deber del Estado brasilero de consultar a los pueblos indígenas y tribales", en *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*, Red Jurídica Amazónica (RAMA), 2009, p.32.

[39] Cfr., STF, SL 368 / MT – Mato Grosso, Suspensão de Liminar.

Artículo 11.- [...] II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley: 1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la **consulta previa**. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a la Ley.
Artículo 30.- [...] II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: [...] 15. **A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles.** En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.
Artículo 304.- I. Las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias exclusivas: [...] 21. **Participar, desarrollar y ejecutar los mecanismos de consulta previa, libre e informada** relativos a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas y administrativas que los afecten.
Artículo 403.- I. Se reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley; **a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios**; la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza. Los territorios indígena originario campesinos podrán estar compuestos por comunidades.

42. De la formulación constitucional encontramos que la consulta debe ser previa, obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe, concertada, para medidas legislativa o administrativas, es una de las formas de ejercicio democrático y será conducida por las autonomías indígenas originarias.

43. La Constitución Boliviana reconoce además, en su artículo 14, a los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado como derechos fundamentales, por lo que el Convenio 169 de la OIT cuenta con rango constitucional dentro de este Estado.

3.3.1.- Normativa interna

44. La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no podría ser considerado *prima facie* como normativa constitucional, sin embargo el Estado Boliviano la reconoció como Ley de la República No. 3760, por lo que las disposiciones de dicha Declaración están vigentes a nivel legal.

45. Dentro de las actividades hidrocarburíferas, la ley del ramo recoge el derecho a la consulta previa a pueblos y nacionalidades indígenas:

Artículo 114.- En cumplimiento a los Artículos 4º, 5º, 6º, 15º y 18º del Convenio 169 de la OIT, ratificado por Ley de la República N º 1257, de 11 de julio de 1991, las comunidades y pueblos campesinos, indígenas y originarios, independientemente de su tipo de organización deberán ser consultados de manera previa, obligatoria y oportuna cuando se pretenda desarrollar cualquier actividad hidrocarburífera prevista en la presente Ley.

46. La Ley de Hidrocarburos (Ley 3058 de mayo 17 de 2005) describe algunas características del proceso como la buena fe, obligatoria, con principios de veracidad, transparencia, información y oportunidad, por medio de autoridades pertinentes del gobierno, con procedimientos que respeten las características de cada pueblo, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, y mediante las instituciones representativas de cada pueblo.

47. La Ley de Hidrocarburos señala además los momentos en que se realizará la consulta:

Artículo 115.- […] La Consulta tiene carácter obligatorio y las decisiones resultantes del proceso de Consulta deben ser respetadas. En todos los casos, la Consulta se realizará en dos momentos:
a. Previamente a la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos, siendo condición necesaria para ello; y,
b. Previamente a la aprobación de los Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental. Cuando se trate de Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental para actividades, obras o proyectos hidrocarburíferos a desarrollarse en lugares de ocupación de las Comunidades, Pueblos Campesinos, Indígenas y Originarios, y áreas de alto valor de biodiversidad, […]

48. En idéntico sentido se desarrolla la consulta y el consentimiento previo en el Reglamento de Consulta Previa y Participación en Actividades Hidrocarburíferas (Decreto Supremo Nº 29033 de 16 de febrero de 2007). El Reglamento contiene la descripción de los principios que rigen la consulta:

Artículo 4.- Los principios a los que se sujeta el proceso de Consulta y Participación son:
- Respeto y Garantía. El Estado Boliviano a través del Ministerio de Hidrocarburos y Energía [Autoridad Competente] y la Autoridad Ambiental Competente (AAC) deberán hacer respetar y garantizar el ejercicio y vigencia de los derechos fundamentales, especialmente los referidos a la consulta y participación; así como los derechos: sociales, económicos, culturales, ambientales, el hábitat y formas de

organización - social, económica, cultural y espiritual; la integridad y propiedad de las tierras y propiedades de Pueblos Indígenas y Originarios y Comunidades Campesinas; que se encuentran garantizados por la Constitución Política del Estado, y los Pactos, Convenios y Declaraciones internacionales de los Derechos Humanos.
Al mismo tiempo se respetará las instancias de decisión de representación y las tierras y territorios de cada uno de los Pueblos Indígenas y Originarios y Comunidades Campesinas; así como sus formas de organización, usos y costumbres, en el marco de la independencia de las organizaciones susceptibles de ser afectadas por actividades hidrocarburíferas, guardándose de efectuar cualquier tipo de interferencia, intromisión o influencia en asuntos inherentes a sus organizaciones o instancias de representación.
- Información previa y oportuna. El Estado Boliviano, a través de la Autoridad Competente del proceso de consulta y participación, deberá asegurarse que los Pueblos Indígenas y Originarios, y Comunidades Campesinas, que formen parte del proceso de Consulta y Participación, reciban de forma previa, y oportuna la información suficiente y necesaria, de acuerdo a las características lingüísticas del área de los mismos [Pueblos Indígenas y Originarios] y [Comunidades Campesinas]. Con respecto a las actividades hidrocarburíferas que se pretendan licitar, autorizar y ejecutar, y de los posibles impactos socio-ambientales y culturales de la actividad hidrocarburífera, antes de la realización de la consulta y participación, facilitando los medios necesarios para su socialización.
-Veracidad. El proceso de consulta y participación deberá enmarcarse en este principio de veracidad en concordancia con las normas legales vigentes, especialmente en las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, que establecen que la consulta debe realizarse de buena fe y por tanto, toda la información que sea parte y resultado del proceso de consulta y participación deberá ajustarse a la verdad.
- Integralidad. Los aspectos y temas, objeto de la consulta y participación, serán analizados de forma integral en todo el proceso. En caso de que fuere necesaria la participación de otras instancias que coadyuven en el proceso, éstas serán convocadas por la Autoridad Competente y estarán obligadas a proporcionar la información sobre los aspectos de su competencia.
- Oportunidad. El proceso de consulta y participación deberá comunicarse de manera oportuna, para que tanto las instancias representativas de cada uno de los Pueblos Indígenas y Originarios, y Comunidades Campesinas; así como la autoridad competente, puedan desarrollar el proceso y cumplir con las etapas y procedimientos establecidos en el presente reglamento.
- Participación. Los Pueblos Indígenas y Originarios, y Comunidades Campesinas intervendrán participaran en todo el proceso de la consulta y participación, con miras a ejercer sus derechos y garantizar el respeto a su integridad territorial, usos y costumbres.
- Transparencia. El proceso de consulta y participación deberá desarrollarse de manera clara y pública, con acceso libre y oportuno a toda la información relacionada a la actividad hidrocarburífera relativa al proyecto

49. De lo antes expuesto podemos concluir que el Estado Boliviano expidió una legislación hidrocarburífera acorde a los estándares internacionales en cuanto a la consulta previa y que reconocía al consentimiento previo, libre e

informado como fin de la consulta, pero también como derecho específico por el estatus legal de la Declaración de Naciones Unidas de Derechos de los Pueblos Indígenas. Lamentablemente dicho reconocimiento del consentimiento libre, previo e informado, como fin de la consulta previa, fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional Boliviano, como veremos en el siguiente acápite.

3.3.2.- Jurisprudencia

50. El 16 de septiembre de 2005 fue presentada una demanda de inconstitucionalidad a varios artículos de la Ley de Hidrocarburos. Para el presente informe es relevante la petición de inconstitucionalidad del artículo 115 de la mencionada ley por presuntamente exceder el espíritu de la consulta previa contenida en el Convenio 169 de la OIT, al señalar que el fin de dicha consulta sería obtener el consentimiento del pueblo consultado. El Tribunal Constitucional encontró inconstitucional la norma basándose en el siguiente argumento:

> "Respecto a lo dispuesto por las normas del art. 115 de la Ley de Hidrocarburos, se debe expresar que su texto refleja la adopción del derecho a la consulta establecido por el art. 15.2 del Convenio 169 de la OIT; no obstante, al establecer que dicha consulta tiene por objeto, además de determinar la afectación a los intereses de los pueblos indígenas o campesinos, lograr su consentimiento, se margina de lo dispuesto por el bloque de constitucionalidad, pues como ya fue analizado, el referido art. 15.2 del Convenio 169 de la OIT, no tiene ese objeto, máxime cuando, como ya fue expuesto, los hidrocarburos son de propiedad del Estado; por tanto, ninguna persona, parcialidad o grupo de personas puede oponerse a la explotación de las riquezas hidrocarburíferas, lo que no implica que se prive de derechos a los grupos afectados por dicha explotación; pues, producto de la consulta sobre la afectación que sufrirán, deberán recibir una indemnización equitativa, que debe establecerse para cada caso, conforme dispone el art. 116 de la [Ley de Hidrocarburos].
> De otro lado, respecto al carácter obligatorio de la consulta, dicho mandato puede tener dos acepciones, siendo la una constitucional y la otra no; así, la primera de ellas impone el deber, ineludible para el Estado, de consultar a los pueblos indígenas sobre el perjuicio que pueden sufrir por la actividad hidrocarburífera, lo que es concordante con el mandato supralegal; empero, lo dispuesto por el art. 115 de la Ley de Hidrocarburos, dándole valor obligatorio al resultado de la consulta como una autorización, es una segunda comprensión de obligatoriedad, dirigida a otorgar autoridad a la consulta, y valor vinculante para el Estado, el consentimiento del pueblo indígena para desarrollar actividad hidrocarburífera, lo que excede la previsión del bloque de constitucionalidad, que como ya fue dicho, no tiene la intención de frenar la explotación de la riqueza del subsuelo que pertenece al Estado; por tanto, dicha obligatoriedad debe ser entendida en el sentido de que la consulta es un deber ineludible del Estado; por ello la frase que dispone: "o lograr el

consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios", resulta inconstitucional, y así debe ser declarada."[40]

51. La interpretación que realiza el Tribunal Constitucional va en el sentido de restringir el desarrollo normativo que se realizó dentro de esta ley al derecho a la consulta previa. El Convenio 169 fue interpretado en el sentido de que limita un estándar mayor establecido en el derecho interno, lo cual es contrario al principio de aplicación progresiva de la normas de derechos humanos, contenida en tratados como la Convención Americana de Derechos Humanos y el propio Convenio 169:

Convención Americana sobre Derechos Humanos
Artículo 29. Normas de Interpretación
Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
Convenio 169 de la OIT
Artículo 35
La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

3.4.- Ecuador

52. Para empezar el análisis del reconocimiento de las fuentes de derecho internacional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en materia de consentimiento informado previo, cabe destacar la formulación que la propia Constitución de la República del Ecuador da a este derecho:

"Artículo 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumento internacionales de derechos humanos los siguientes derechos colectivos: […]
7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y

[40] Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia 0045/2006, del 2 de junio de 2006, acápite II.5.4.

oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. […]
17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos."[41]

53. Para interpretar la expresión "*si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada se procederá conforme a la Constitución y la ley",* cabe preguntarse cuál es la relevancia de las fuentes de derecho internacional aplicables a esta materia. En primer lugar debemos remitirnos al Artículo 3 de la Constitución, el cuál reconoce como deber primordial del Estado la garantía de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.[42]

54. La expresión instrumentos internacionales[43], debe entenderse como una categoría genérica dentro de la cual los tratados Internacionales son apenas una especie, ya que, en la Constitución se encuentran referencias específicas a los tratados Internacionales cuando se busca referirse a éstos de forma inequívoca.[44] Es así como en el capítulo segundo del título VIII se denomina "Tratados e instrumentos internacionales", haciendo entender que existe una diferencia entre estos términos. Para comprender el alcance del término instrumentos internacionales se debe recoger las referencias que la propia constitución hace a diferentes fuentes del derecho internacional: declaraciones,[45] informes de organismos internacionales de derechos humanos, y sentencias de cortes internacionales de derechos humanos.[46]A pesar de no estar expresamente señalados deberían entenderse como instrumentos internacionales las observaciones generales y opiniones consultivas emitidas por los organismos autorizados a interpretar los tratados

---

[41] Constitución de la República de Ecuador, Artículo 57

[42] **Art. 3.-** Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

[43] Sobre el alcance de la expresión *instrumentos internacionales* en la Constitución de Ecuador de 2008: FLORES, Xavier, "Las relaciones internacionales en la Constitución de 2008: un análisis sistemático", en *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie: Justicia y Derechos Humanos, Quito, p. 241 y ss.

[44] Ejemplo de ello es el artículo 417 de la Constitución de la República del Ecuador que prescribe:
Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

[45] Artículo 57 de la Constitución de la República del Ecuador.

[46] **Art. 93.-** La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.

internacionales en materia de derechos humanos, dada la fuerza vinculante que la propia Constitución les otorga a sus informes y sentencias.

55. Es así como los Artículos 57. 7 y 57. 17 al referirse a que el tratamiento de la falta de consentimiento de los pueblos y nacionalidades indígenas deberá ser tratado conforme a la Constitución, está haciendo referencia directa a las fuentes que se describen en el segundo apartado; es decir, el Convenio 169 de la OIT, las resoluciones de la OIT sobre quejas formuladas por violaciones al Convenio 169, los informes sobre casos individuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Es entonces este bloque normativo el que limitará la normativa *infra* constitucional que regule el derecho al consentimiento informado previo.

3.4.1.- Normativa interna

56. La Constitución vigente, así como la Constitución de 1998, reconocen dos tipos de consulta previa, la dirigida a pueblos y nacionalidades indígenas; y, la ambiental, dirigida a la población en general que pueda ser afectada. La legislación infra constitucional ha confundido los dos tipos de consulta a pesar de que la primera genera obligaciones específicas al los Estado, incluyendo el derecho al consentimiento libre, informado previo, como fin de la consulta y como obligación específica. Los cuerpos normativos infra constitucionales que hacen referencia a la aplicación de la consulta previa son: la Ley de Gestión Ambiental, la Ley de Minería y el Decreto 1040.

57. La Ley de Gestión Ambiental en su artículo 28 determina que:

> Art. 28.- Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado. Se concede acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal por denuncias o acusaciones temerarias o maliciosas.
> El incumplimiento del proceso de consulta al que se refiere el artículo 88 [referente a la consulta previa ambiental] de la Constitución Política de la República tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos.

58. A pesar de que esta disposición se refiere a la consulta previa ambiental y no a la consulta previa a pueblos y nacionalidades indígenas, el Decreto 1040 que regula esta disposición legal confunde ambas consultas, al establecer en su artículo 26 que las disposiciones de dicho decreto serán aplicadas a las consultas a pueblos y nacionalidades indígenas:

Artículo 26.- PROCEDIMIENTO PARA PUEBLOS INDÍGENAS Y AFROECUATORIANOS.- El procedimiento de participación social señalado en este reglamento, se aplicará, sin perjuicio del régimen especial que otorga los artículos 84 y 85 de la Constitución Política de la República, a los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos.

59. El Decreto 1040 establece que la consulta previa se realizará antes de la aprobación de los estudios de impacto ambiental del proyecto, etapa posterior a la firma de contratos de concesión, por lo que el resultado de la consulta ya no sería previa a la decisión de impulsar los proyectos a los cuales se refiera.

60. Desde la vigencia de la Constitución de la república de 2008 se ha promulgado una sola ley que tiene que ver específicamente con el consentimiento informado previo, ésta es la Ley de Minería.[47] El mencionado instrumento da muestra del retroceso en la voluntad política en cuanto al reconocimiento de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas en el Ecuador. La mencionada ley en su artículo 87 prescribe que:

El Estado es responsable de ejecutar los procesos de participación y consulta social a través de las Instituciones Públicas que correspondan de acuerdo a los principios constitucionales y a la normativa vigente. Dicha competencia es indelegable a cualquier instancia privada. Estos procesos tendrán por objeto promover el desarrollo sustentable de la actividad minera, precautelando el racional aprovechamiento del recurso minero, el respeto del ambiente, la participación social en materia ambiental y el desarrollo de las localidades ubicadas en las áreas de influencia de un proyecto minero.
En el caso que de un proceso de consulta resulte una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de desarrollar el proyecto será adoptada por resolución motivada del Ministerio Seccional.

61. Sobre las características y fines de la consulta previa, y en particular la consulta a pueblos y nacionalidades indígenas los artículos 89 y 90 prescriben:

Art. 89.- Procesos de Participación y consulta.- La participación ciudadana es un proceso que tiene como finalidad considerar e incorporar los criterios de la comunidad a la gestión social y ambiental de un proyecto minero, dicho proceso deberá llevarse a cabo en todas las fases de la actividad minera en el marco de los procedimientos y mecanismos establecidos en la Constitución y la ley.
Art 90.- Procedimiento Especial de Consulta a Pueblos.- Los procesos de participación ciudadana o consulta deberán considerar un procedimiento especial obligatorio a las comunidades, pueblos y nacionalidades, partiendo del principio de

[47] Publicada en el Registro Oficial No 517 del Jueves 29 de Enero de 2009

legitimidad y representatividad, a través de sus instituciones para aquellos casos en que la exploración por la explotación minera se lleve a cabo en sus tierras y territorios ancestrales y cuando dichas labores puedan afectar sus intereses. De conformidad con el artículo 398 de la Constitución de la República.

62. Por su parte el artículo 398 de la Constitución ecuatoriana reconoce el derecho a la consulta previa ambiental como una de las garantías del derecho de todas las personas a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. En dicho artículo se establece que de encontrarse una oposición mayoritaria al proyecto, la decisión de ejecutar o no el mismo será adoptada por el superior jerárquico que determina la ley.

63. Cabe entonces hacer tres reflexiones en cuanto a la compatibilidad o no de la nueva legislación minera con la Constitución y el derecho internacional. En primer lugar, la ley minera establece que la consulta deberá realizarse en cada una de las fases de la actividad minera, es decir la prospección, exploración, explotación, beneficio, fundición, refinación, comercialización y cierre de minas;[48] excluyendo la fase de concesión, la cual ya genera derechos al concesionario para desarrollar su actividad en el área adjudicada; es decir que la oposición de la nacionalidad o pueblo indígena no resultaría efectiva para detener el proyecto en cuestión.

64. En segundo lugar, la normativa legal confunde el derecho al consentimiento libre informado y previo de los pueblos y nacionalidades indígenas artículo 57. 7 de la Constitución de la República del Ecuador con el derecho general de consulta previa en materia ambiental (Art 398 de la Constitución de la República del Ecuador), éste último menos desarrollado y basado en valores diferentes a los del consentimiento informado previo a pueblos indígenas.

65. Y, en tercer lugar, el texto legal no hace referencia a la obligación del Estado de alcanzar el consentimiento libre informado y previo de los pueblos y nacionalidades indígenas ni señala las consecuencias jurídicas que tendría la oposición de los consultados en concordancia con lo señalado en la Constitución.

3.4.2.- Jurisprudencia

66. El antiguo Tribunal Constitucional del Ecuador conoció el Caso de la Federación Independiente del Pueblo Shuar (FIPSE). La Federación presentó una acción de amparo constitucional por el ingreso al territorio del pueblo Shuar sin la autorización de la dirigencia para promover diálogos privados con algunos miembros de la Federación. En su resolución el Tribunal acepta el amparo constitucional bajo el argumento de que la consulta previa o

[48] Artículo 27 de la Ley de Minería

cualquier acercamiento a la comunidad debe respetar su forma de organización comunitaria, hacer lo contrario provocaría la división de la comunidad afectándola gravemente, constituyendo esto una violación a varios de sus derechos específicos, entre ellos el derecho a la consulta previa.[49]

67. En otro caso referente a la actividad de la compañía petrolera AGIP en territorio de la nacionalidad Waorani, se volvió a poner en consideración del antiguo Tribunal Constitucional la legitimidad de los acuerdos alcanzados por la compañía y una organización no tradicional de la nacionalidad indígena creada gracias al aporte económico de la compañía. La acción fue rechazada por el Tribunal por falta de legitimación de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) para presentar esta acción en nombre de la nacionalidad Waorani. El Tribunal no pasó a conocer los alegatos de fondo, sobre todo la renuncia de derechos como la consulta previa por parte de los supuestos representantes de la nacionalidad.

68. En su resolución, que contiene un solo párrafo de análisis, el Tribunal Constitucional resuelve el caso revocando la resolución del juez inferior en lo favorable para la nacionalidad Wuaorani y confirmando la validez del convenio. En dicha resolución se sientan dos precedentes contrarios a los estándares internacionales en la materia: (i) se equiparan los convenios impulsados por las empresas (incluso en los que se acepta la existencia de consultas previas inexistentes) con nacionalidades indígenas a contratos civiles cuya legitimidad se debe suponer; (ii) en caso de alegarse que la información fue insuficiente o que influyó en el error de la comunidad, esto debería demostrarse mediante un proceso civil y no uno constitucional, a pesar de que la consulta previa era un derecho fundamental reconocido expresamente en la Constitución entonces vigente.[50]

69. Existen casos relevantes dentro de la jurisprudencia del antiguo Tribunal Constitucional en los cuales se debate la viabilidad o no de proyectos en los cuales no se realizó la consulta previa ambiental, ya que sus consideraciones en términos generales serían aplicables en un eventual caso de falta de consulta previa a pueblos o nacionalidades indígenas.

70. En el caso de la construcción del cine IMAX en la parroquia de Cumbayá (Quito), se presentaron dos acciones: una de amparo constitucional y la otra de inconstitucionalidad de la normativa municipal que permitía la realización del proyecto. Entre otros argumentos, el accionante alegó que no se había

---

[49] Cfr., antiguo Tribunal Constitucional de Ecuador, resolución No.247-RA-00 de 16 de marzo de 2000.

[50] Cfr., antiguo Tribunal Constitucional, resolución No. 0054-2003-RA del 3 de julio de 2003.

realizado la consulta previa a la comunidad, tanto al aprobar la realización del proyecto como al legislar mediante una ordenanza para su consecución.

71. En la resolución de amabas acciones el antiguo Tribunal Constitucional determinó la violación del derecho a la consulta previa ambienta, tanto para la aprobación del proyecto como para la aprobación de la normativa que lo viabilizaba, en ambos casos bastó al demandante argumentar los posibles daños ambientales que habría sufrido la comunidad.[51]

72. Mediante esta resolución el Tribunal Constitucional reconoció a la actividad legislativa dentro de aquellas actividades que deben ser consultadas a la comunidad si la medida legislativa viabiliza la realización de proyectos que ponen en peligro el medio ambiente. Esta conclusión es relevante en la medida de que el texto constitucional al referirse a la consulta previa ambiental no hacía referencia expresa a que la consulta previa debe ser realizada también en el campo legislativo, cosa que sí hace la actual Constitución en lo referente a consulta pre legislativa a pueblos y nacionalidades indígenas.

73. Los casos de Intag, Nangaritza y Yuma guardan una gran similitud en cuanto a sus hechos. Los tres consisten en concesiones mineras entregadas por el Estado a distintas empresas sin realizar una consulta previa a las comunidades afectadas.

74. El caso Nangaritza fue resuelto por el antiguo Tribunal Constitucional el 1 de octubre de 2003, en esta resolución se analiza únicamente el proceso legal de la adjudicación de la concesión minera concluyendo que el acto estatal era legítimo, no se analiza el derecho a la consulta previa.[52] El caso de Intag fue resuelto por el antiguo Tribunal Constitucional el 9 de diciembre de 2003, en esta resolución no se analiza el fondo del caso, la demanda es desechada por la falta de inminencia.[53]

75. El caso Yuma fue resuelto por el antiguo Tribunal Constitucional el 21 de marzo de 2007, en este caso sin argumentar sus razones, se aparta de las decisiones adoptadas en las sentencias del caso del cine IMAX y niega el amparo constitucional a pesar de la falta de consulta previa.[54]

76. En el caso de los Pantanos Secos de Pastaza, el municipio de Pastaza adjudicó una obra de pantanos secos artificiales en los límites de la ciudad.

---

[51] Cfr., antiguo Tribunal Constitucional, resolución 679-2003-RA de 17 de marzo de 2004; y, 034-2003-TC del 23 de diciembre de 2003**.**

[52] Cfr., antiguo Tribunal Constitucional, resolución No. 0334-2003-RA del 1 de octubre de 2003.

[53] Cfr., antiguo Tribunal Constitucional, resolución No. 459-2003-RA del 9 de diciembre de 2003.

[54] Cfr., antiguo Tribunal Constitucional, resolución No. 0544-06-RA del 21 de marzo de 2007.

La población afectada demandó la inejecutabilidad del proyecto por no haberse realizado la consulta previa ambiental a la población afectada por la contaminación. El antiguo Tribunal aceptó la pretensión por considerar que se violó el derecho a la consulta previa.[55]

77. Como vemos, en los párrafos anteriores, existe una falta de consistencia en la jurisprudencia del antiguo Tribunal Constitucional, además de una grave deficiencia argumentativa que no permite distinguir las razones de sus decisiones y no desarrollan el alcance de los derechos fundamentales alegados. Se espera que la actual Corte Constitucional pueda superar estas deficiencias técnicas.

78. El 17 de marzo de 2009, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), auspiciada por los abogados de la RAMA, presentó una demanda de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Minería aprobada en 2009, entre otros argumentos la demanda trata de la falta de consulta previa a pueblos y nacionalidades indígenas antes de su aprobación y la forma en que reglamenta el derecho a la consulta y al consentimiento informado previo dentro de su articulado. Se espera que la sentencia de este caso marque el camino para el desarrollo y garantía de los derechos a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado en el Ecuador.

3.5.- Perú

79. La Constitución Peruana no reconoce de forma expresa el derecho a la consulta previa. El Convenio 169 de la OIT tiene jerarquía supra legal.

80. El catálogo de derechos fundamentales de la Constitución Peruana contiene una cláusula abierta que permite el reconocimiento de derechos inherentes a la dignidad humana, sin embargo no hace referencia a los derechos reconocidos en los tratados internacionales reconocidos por el Estado:

Artículo 3.- Derechos Constitucionales. Numerus Apertus
La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

81. En virtud de esta cláusula abierta, el Tribunal Constitucional podrá dar la categoría de derechos fundamentales a la consulta previa y al consentimiento informado previo mediante la interpretación constitucional, la cual si debe ser realizada de acuerdo a los tratados internacionales (bloque de constitucionalidad):

---

[55] Cfr., antiguo Tribunal Constitucional, resolución No. 222-2004-RA del 9 de junio de 2004.

Disposiciones Finales y Transitorias
Cuarta.- Interpretación de los derechos fundamentales
Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

82. El reconocimiento de los derechos a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado como derecho fundamental queda entonces en manos de la justicia constitucional o de una reforma constitucional.

3.5.1.- Normativa interna

83. Dentro de la normativa interna existen varias disposiciones en las cuales se hace referencia al derecho a la consulta previa, estos cuerpos normativos serán descritos a continuación.

84. El Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas (D.S 038-2001-AG) alude a la consulta en un sentido bastante cercano al espíritu del Convenio 169-OIT:

Artículo 43.1.- El proceso para la categorización definitiva o el de establecimiento de un Área Natural Protegida, se debe realizar en base a procesos transparentes de consulta a la población local interesada, donde se incluye a las comunidades campesinas o nativas, de acuerdo a los procedimientos de consulta establecidos en el "Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes" de la Organización Internacional del Trabajo - OIT. En estos últimos casos dicha participación se realiza en particular a través de sus organizaciones locales y utilizando en lo posible el idioma más relevante del lugar.
Artículo 43.2.- Se pueden establecer Áreas Naturales Protegidas o categorizarlas definitivamente sobre predios de propiedad comunal, si es que se cuenta con el consentimiento previo dado libremente y con pleno conocimiento de causa de los propietarios de los mismos, cuyos derechos fundamentales se reconocen explícitamente en el dispositivo de creación.

85. También en lo relativo a la utilización productiva de los conocimientos indígenas sobre la diversidad biológica se ha establecido un criterio similar en la Ley 26839:

Artículo 23.- Se reconoce la importancia y el valor de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas, para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. Asimismo, se reconoce la necesidad de proteger estos conocimientos y establecer mecanismos para promover su utilización con el consentimiento informado de dichas

comunidades, garantizando la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización.

86. Este criterio es ratificado luego por la ley 27811, que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos genéticos:

Artículo 5.- Objetivos del régimen
Son objetivos del presente régimen: (…) d) Garantizar que el uso de los conocimientos colectivos se realice con el consentimiento informado previo de los pueblos indígenas.
Artículo 6º.- Condiciones para el acceso a los conocimientos colectivos.
Los interesados en acceder a los conocimientos colectivos con fines de aplicación científica, comercial e industrial deberán solicitar el consentimiento informado previo de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que posean un conocimiento colectivo.

87. El Decreto Supremo 012-2008-EM, mediante el cual se expide el Reglamento de Participación Ciudadana para la Realización de Actividades de Hidrocarburos, rompe la línea de las leyes antes señaladas:

Artículo III.- De los derechos de los pueblos indígenas
En el desarrollo de las Actividades de Hidrocarburos, el Estado promueve el pleno ejercicio de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones y sus instituciones. La Consulta, como forma de participación ciudadana, llevada a cabo por los pueblos indígenas deberá ejercerse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar al mejor entendimiento sobre los alcances del proyecto y sus beneficios [...].

88. El decreto no se refiere al consentimiento de los pueblos indígenas, sin embargo determina que los momentos de consulta son el proceso pre-licitatorio, la elaboración y aprobación de estudios; y, durante la implementación del proyecto. El hecho de que la consulta se realice en la fase pre-licitatoria permite que la consulta pueda ser efectiva y oportuna.

3.5.2.- Jurisprudencia

89. El 13 de octubre de 2006, se presentó una demanda de amparo contra las empresas: Occidental Petrolera del Perú, LLC, Sucursal del Perú, Repsol Exploración Perú, Sucursal del Perú, y Petrobras Energía Perú S.A., por considerar que las actividades realizadas por estas empresas dentro del área protegida "Cordillera Escalera" amenazaban varios derechos fundamentales, entre los cuales se encontraba el derecho a la consulta previa.

90. El Tribunal Constitucional, al decidir el recurso de apelación, reconoció la vigencia del derecho a la consulta previa de la manera que lo expresa el Convenio 169 de la OIT y las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

"31. Previamente, debe destacarse que "nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades" (STC N.° 0047-2004-AI/TC, Fundamento 22). Asimismo, este Tribunal ha afirmado que los "tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional" (STC N.° 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N.° 169 mediante Resolución Legislativa N.° 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes. […]
33. [La] libre determinación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. Este derecho, que viene a ser una concretización también del artículo 2. 17 de la Constitución, se encuentra explícitamente recogido en los artículos 6 y 7 del Convenio N.° 169. El artículo 6, literal a), indica que cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Gobierno tendrá que consultar previamente y mediante los procedimientos apropiados e instituciones representativas. Tales consultas deberán efectuarse de buena fe y de forma apropiada a las circunstancias del caso, con la finalidad de llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento de las medidas propuestas. […]
36. [Los] criterios [sobre consulta previa] han sido también recogidos por la Corte Interamericana en el caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam. En dicha sentencia se estableció que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tenían el derecho de ser titulares de los recursos naturales que tradicionalmente habían usado en su territorio. De otro lado, también se explicitó que, no obstante ello, es claro que los derechos no son absolutos, pudiendo quedar subordinado el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad. Frente a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que:
"[...]cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones" (Pueblo de Saramaka vs. Surinam, fund. 134).

Esta participación y consulta de los pueblos indígenas legitima la acción gubernamental y particular, facilitando la actuación de los sujetos involucrados en la explotación de los recursos naturales."[56]

91. Finalmente el Tribunal Constitucional no declaró la violación del derecho a la consulta, ya que consideró que no existe normativa que desarrolle la forma en que debe realizarse el proceso de consulta. Sin embargo la sentencia tiene el mérito de reconocer el derecho a la consulta previa como derecho fundamental y la obligación de aplicar los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación constitucional.[57]

4.- La Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA).

92. La Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana (en adelante IIRSA), es una grupo de proyectos de infraestructura entre doce países de Sudamérica (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela). La IIRSA surgió de la Reunión de Presidentes de América del Sur, realizada en Agosto del año 2000 en la ciudad de Brasilia.[58] En dicha reunión los mandatarios de la región decidieron "realizar acciones conjuntas para impulsar el proceso de integración política, social y económica suramericana, incluyendo la modernización de la infraestructura regional y acciones específicas para estimular la integración y desarrollo de subregiones aisladas".[59]

93. En la mencionada reunión, los presidentes sudamericanos declararon que:

"Los mandatarios de la región tomaron nota con especial satisfacción del Plan de Acción para la Integración de la Infraestructura Regional en América del Sur, que contiene sugerencias y propuestas, con un horizonte de diez años, para la ampliación y la modernización de la infraestructura física de América del Sur, en especial en las áreas de energía, transportes y comunicaciones, con la finalidad de configurar ejes de integración y de desarrollo económico y social para el futuro espacio económico ampliado de la región, teniendo presente, en particular, la

---

[56] Tribunal Constitucional Peruano, Sentencia 03343-2007-AA, 19 de febrero de 2009.

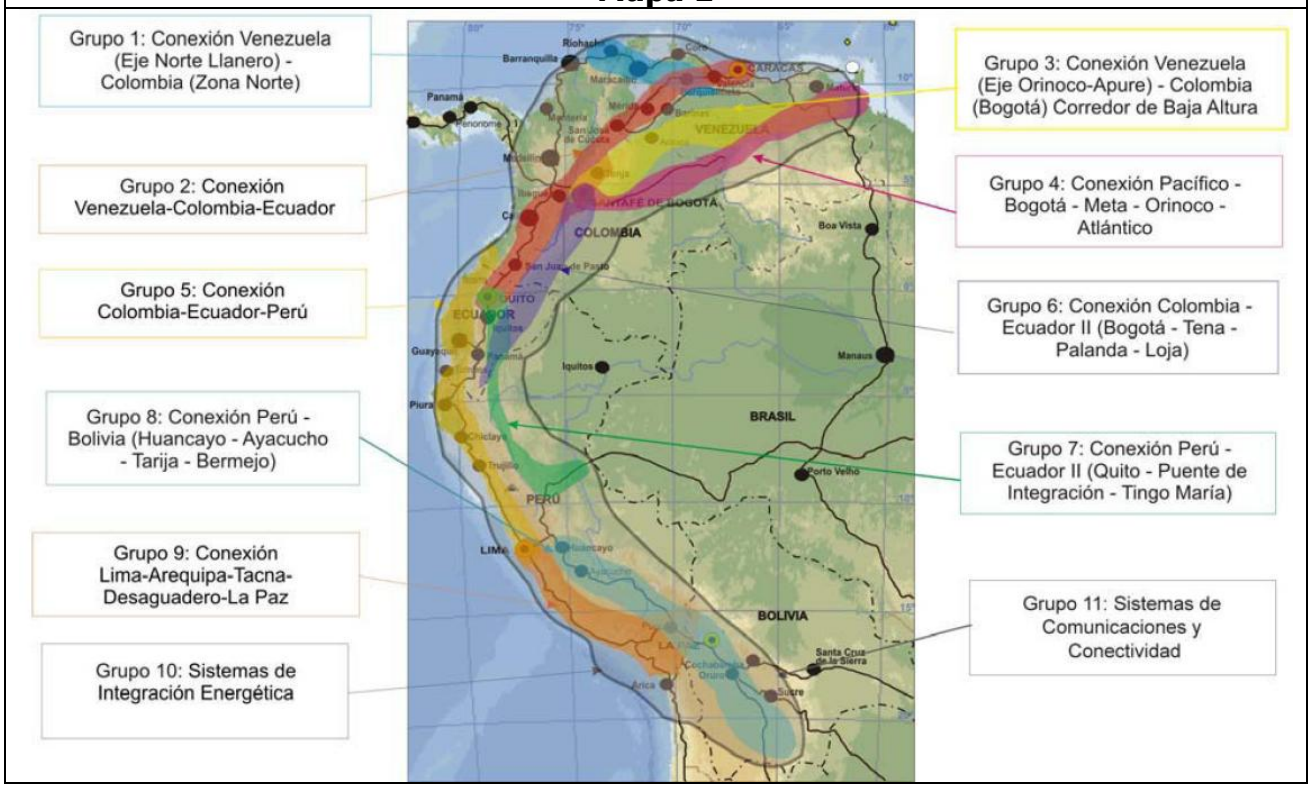
[57] Otras sentencias que desarrollan esta obligación es: Tribunal Constitucional Peruano, Sentencia 5854-2005-AA, 8 de noviembre de 2005; y, Tribunal Constitucional Peruano, 047-2004-AI/TC, 24 de abril de 2006.

[58] http://www.iirsa.org/BancoConocimiento/O/origenes/origenes.asp?CodIdioma=ESP&CodSeccion=117

[59] Id.

situación de los países que enfrentan dificultades geográficas para tener acceso por vía marítima a los mercados internacionales."[60]

Mapa 1



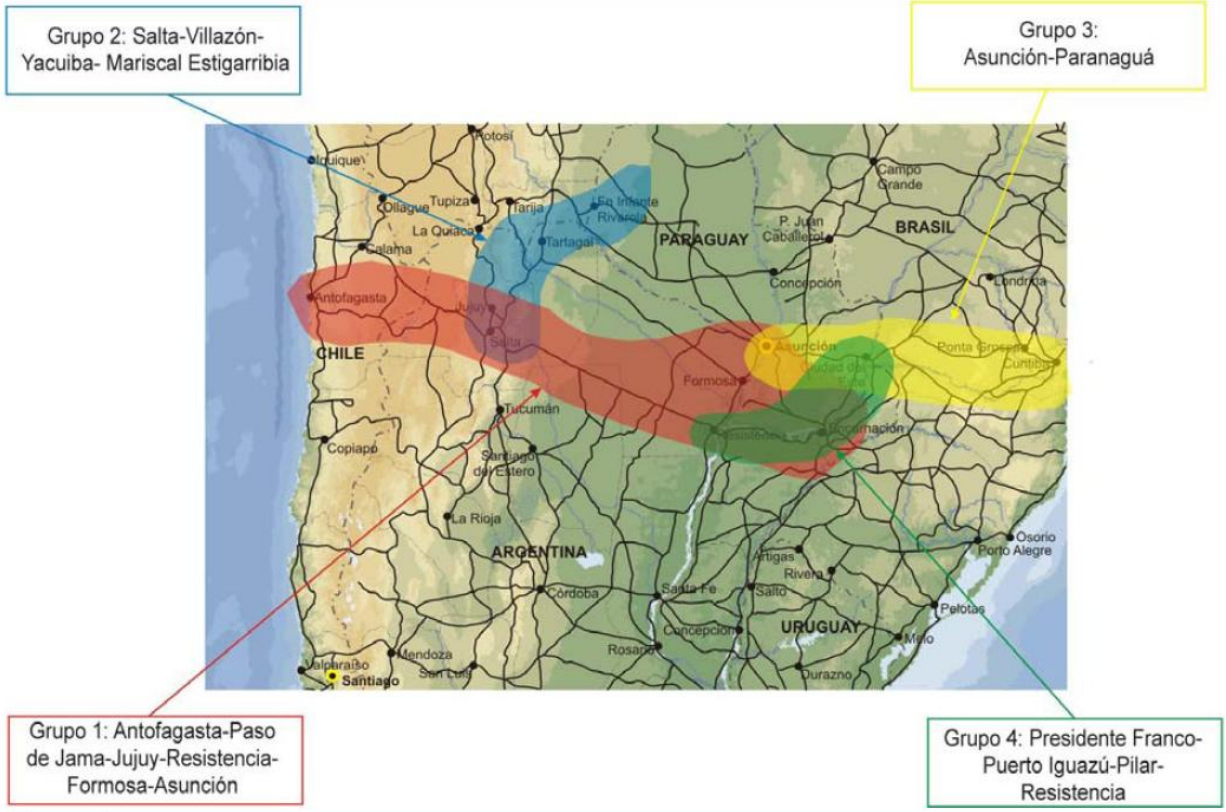
94. La IIRSA descansa sobre diez "ejes de integración y desarrollo": Eje Andino, Eje Andino del Sur, Eje de Capricornio, Eje de la Hidrovía Paraguay – Paraná, Eje del Amazonas, Eje del Escudo Guayanés, Eje del Sur, Eje Interoceánico Central, Eje MERCOSUR-Chile y Eje Perú-Brasil-Bolivia. Cada eje contiene varios proyectos en las áreas de Instrumentos de Financiamiento, Integración Energética, Pasos de Frontera, Tecnologías Información y Comunicaciones, Transporte Aéreo, Transporte Marítimo y Transporte Multimodal.

95. El Eje Andino incluye a Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivía. Los proyectos incluyen: ampliación de vías terrestres y creación de nuevas vías (38), vías ferroviarias (1), puertos marítimos (1), puertos fluviales (1), interconexión eléctrica, de oleoductos y gaseoductos (10), aeropuertos (7), generación eléctrica (3), interconexión de sistemas de telecomunicaciones (2) e infraestructura de pasos de frontera (11), varios de ellos en la amazonía (ver Mapa 1). En Colombia, el proyecto de navegabilidad del Río Meta creará vías de acceso a los territorios de los pueblos indígenas Achagua (resguardo

[60] Comunicado de Brasilia, punto 39. Disponible en: http://www.iirsa.org/BancoConocimiento/C/comunicado_de_brasilia_final/comunicado_de_brasilia_final.asp

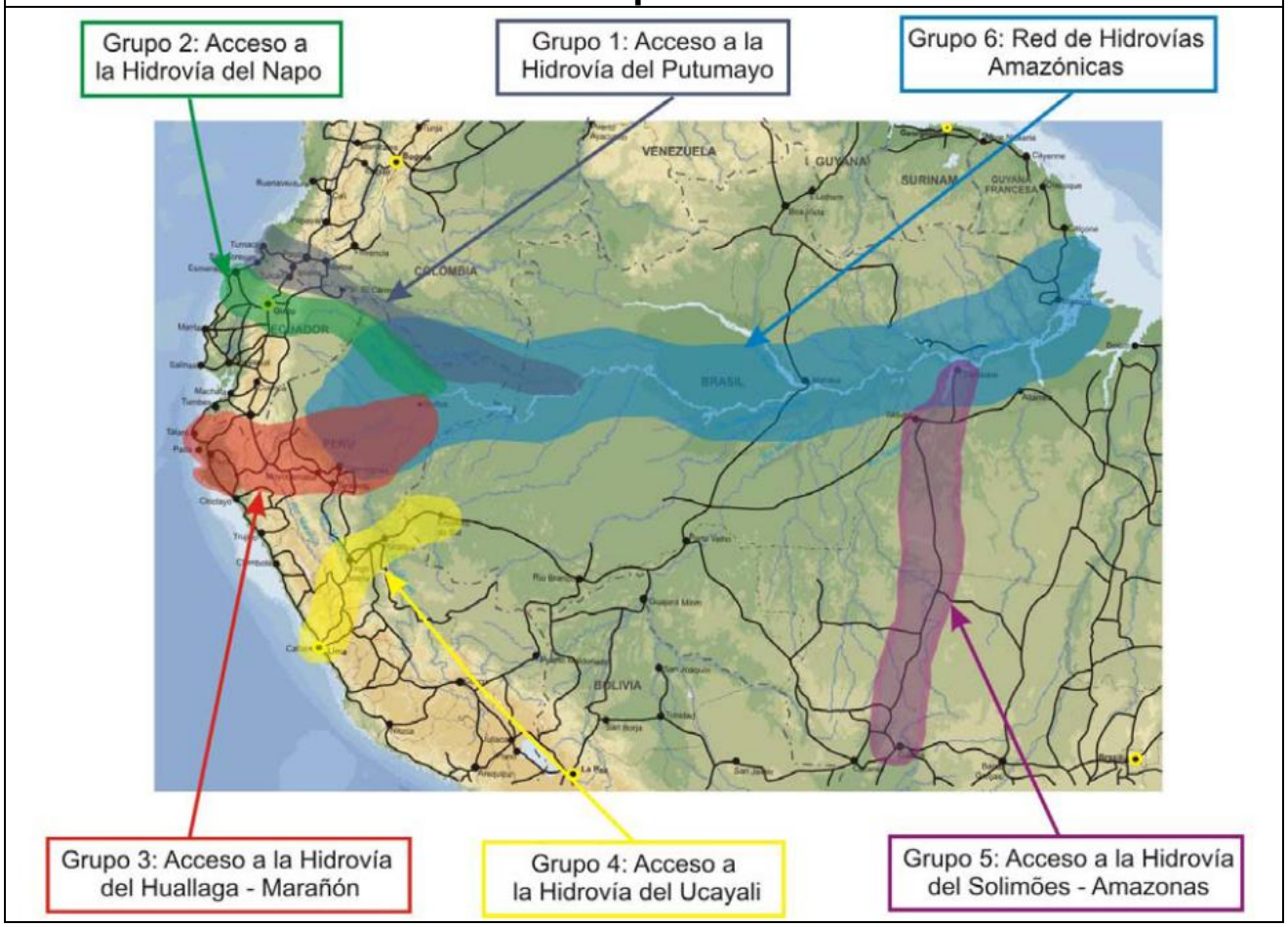
Turpial- La Victoria), Pueblo Sikuani (Resguardos Corocito - Yopalito - Gualabo, Campoalegre- Ripialito), Piapoco (Resgurado Corozal - Tapaojo), Pueblo Sáliva (Resguardo El Duya, San Juanito, Paravare, Saladillo, Macucuana y Santa Rosalía), además de los resguardos de Río Muco, Río Guarrojo, Muco Mayoragua, San Luís del Tomo, Merey, La Veraita, Punta Bandera, Río Tomo y Río Weberi; mientras en Ecuador, la ampliación de las vías orientales se realizará en Territorio de la nacionalidad Shuar.

Mapa 2



96. El Eje Capricornio incluye a Chile, Argentina, Bolivia, Brasil y Paraguay. Los proyectos incluyen: ampliación de vías terrestres y creación de nuevas vías (16), vías ferroviarias (9), puertos marítimos (3), puertos fluviales (2), interconexión eléctrica (1), aeropuertos (1), e infraestructura de pasos de frontera (2), en Bolivia el proyecto de vialidad "carretera Abapó – Camiri" atravesará los territorios de los pueblos indígenas Takovo, Charagua Norte, Guaraní Kaaguasu, Kaipependi Karovo y Guarani Kaami (ver Mapa 2).

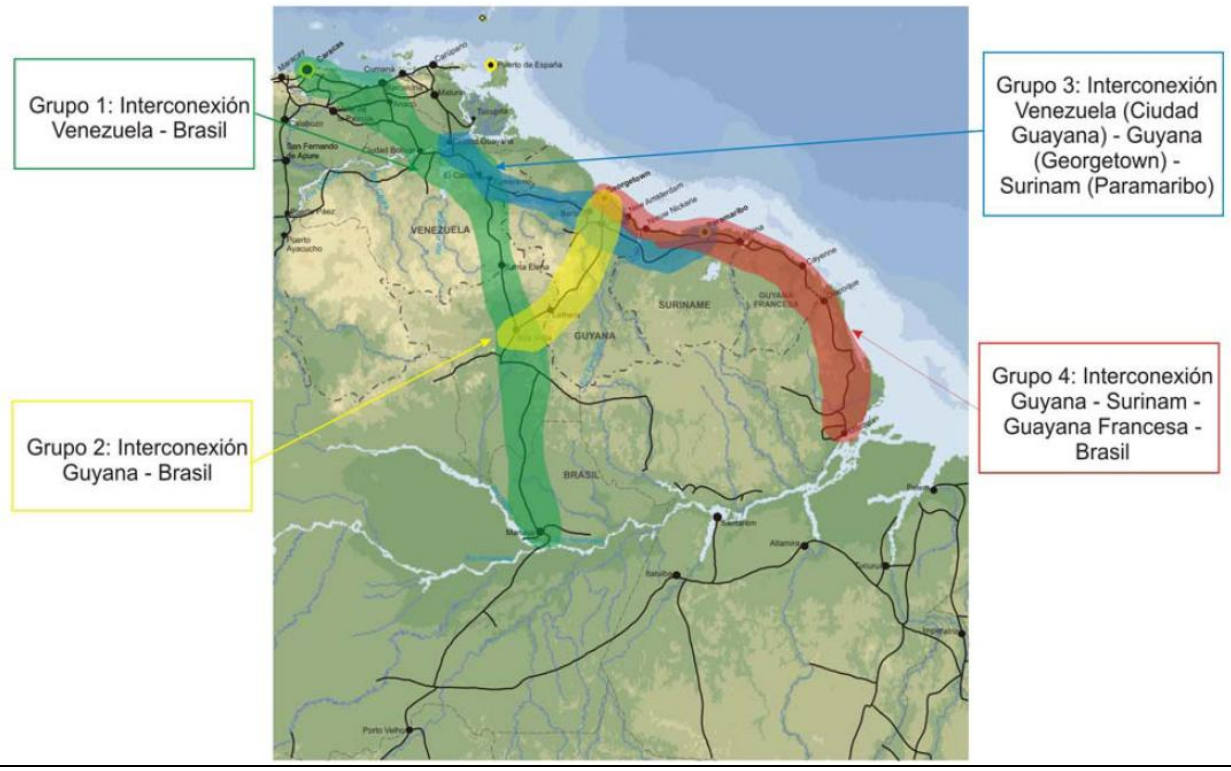
Mapa 3



97. El Eje Amazonas incluye a Colombia, Ecuador, Perú y Brasil. Los proyectos incluyen: ampliación de vías terrestres y creación de nuevas vías (12), puertos marítimos (3), puertos fluviales (21), interconexión eléctrica, de oleoductos y gaseoductos (2), aeropuertos (5) e infraestructura de pasos de frontera (1), los proyectos se realizarán en su mayoría en la amazonía (ver Mapa 3). Los proyectos se realizarán en los territorios de varios pueblos indígenas, permitirán la colonización de otros y estarán dentro del área de influencia de varias áreas naturales protegidas. Sin ser una enumeración exhaustiva, este eje afectará los territorios de los pueblos indígenas y reservas naturales: en Colombia, los pueblos Siona (resguardos Buena Vista, Piñuña, El Hacha, El Tablero), Inga (Resguardos Calarcá y la Paya), Uitoto (Resgurados Agua Negra y comunidad Tukunare), Tikuna (Resguardos Rio Cotuhé y Putumayo) el Gran Resguardo Putumayo que afecta a las comunidades de Puerto Legízamo, Puerto Alegría, San Agustín, Tarqui, El Encanto, Puerto Colombia, Nueva Granada, Santa María, Santa Teresa, Puerto Belén, El Estrecho, Arica, Santa Catalina y Puerto Boyacá y los respaldos; en Ecuador, las nacionalidades Siona, Secoya, Cofán, Kichwa, Shuar, Waorani, Achuar y Andoa; en Perú, los pueblos Achuar, Bora,

Aguaruna, Candoshi, Huambisa, Shuar, Secoyas (Airo Pai), Kichwa, Huitotos y el pueblo en aislamiento voluntario Tagaeri-Taromenane, Panajuri, Arabella, Aushiris y Iscanahua; además del Parque Nacional Gueppi y las Reservas Comunales Airo Pai y Huimeki; y la pendiente de aprobación Reserva para Indígenas Aislados Napo-Tirgre; y, en Brasil, los pueblos indígenas de Campinas, Katukina/Kaxinawa, Igarape do Caucho, Poyanawa, Jaminawa do Igarapé, Preto, Batelâo, Lago do Correiro, Mantintin, Betânia, Sâo Sebastiâo, Espirito Santo, Estrela do Paz, Acapuri de Cima, Miratu, Tupâ Supe, Porto Praia, Jaquiri, Ijarapê Grande, Marajai, Barreira da Missâo y Cajuhiri Atravessado. El eje amazónico, además, afecta a áreas naturales protegidas: en Ecuador, los Parques Nacionales Yasuní, Gran Sumaco y Llamganates, la Reserva Biológiva Limoncocha y la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno; en Perú, Parque Nacional Pacaya Samiria; y, en Brasil, Parque Nacional do Río Novo, Parque Nacional Serra do Divisor, Floresta Nacional do Jamanxim, Floresta Nacional de Itaituba I y II, Floresta Nacional do Tapajos, Floresta Nacional de Tefé, Reserva Extrativista Catua – Ipixuna, Reserva de Desenvolvimiento Sustentable Mamiraua y Reserva de Desenvolvimiento Sustentable Amañá.

Mapa 4



98. El Eje del Escudo Guayanés abarca a Venezuela, Guyana, Suriname y Brasil (ver Mapa 4). Los proyectos incluyen: ampliación de vías terrestres y creación de nuevas vías (17), vías ferroviarias (1), puertos marítimos (1), puertos

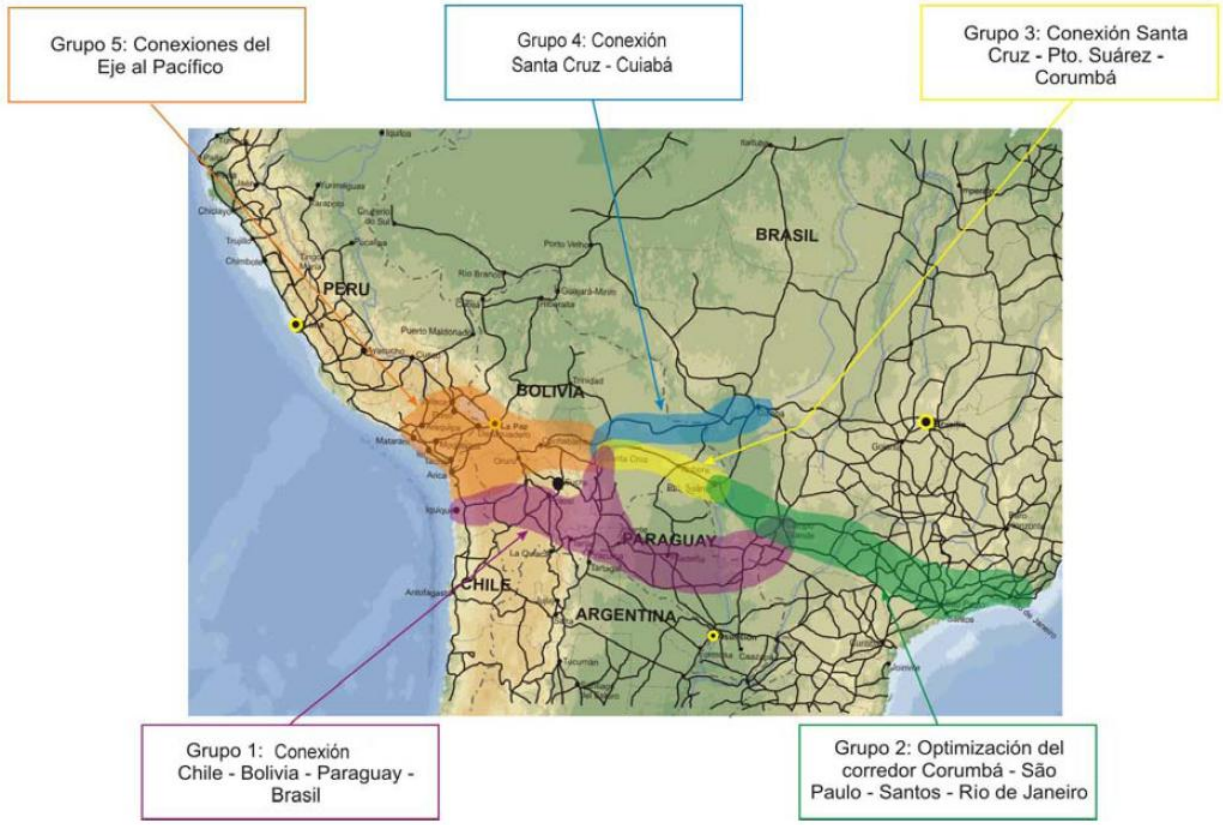
fluviales (2), interconexión eléctrica, de oleoductos y gaseoductos (2), generación eléctrica (4), interconexión de sistemas de telecomunicaciones (2), inversión en soja, celulosa, carne y café (1) e infraestructura de pasos de frontera (2). Estos proyectos se realizarán en territorios de los pueblos indígenas: en Venezuela, Akawayo, Pemón, Mapoyo, Hiwi, E Ñapa y Kariña; en Brasil, Raposal Terra do Sol, Sao Marcos, Jaboti, Marroa Pium, Waimi – Atroari y Uaçalé II; en la Guyana Francesa, Galibi y Arawuak de Calate. Además afectará las áreas protegidas: en Venezuela, Parque Nacional Canaima; en Brasil, Floresta Natural de Anúa y Parque Nacional do Cabo Orange; en Suriname, las Áreas de Manejo de Uso Múltiple de Bigi Pan, Noord Coronie y North Commenwijne, así como las Reservas Naturales de Peruvia, Copenname Monding, Boven – Coesewijne y Copi.

Mapa 5

99. El Eje Sur incluye a Chile y Argentina (ver Mapa 5). Los proyectos incluyen: ampliación de vías terrestres y creación de nuevas vías (9), vías ferroviarias (3), puertos marítimos (2), interconexión eléctrica (2) e infraestructura de pasos de frontera (5).

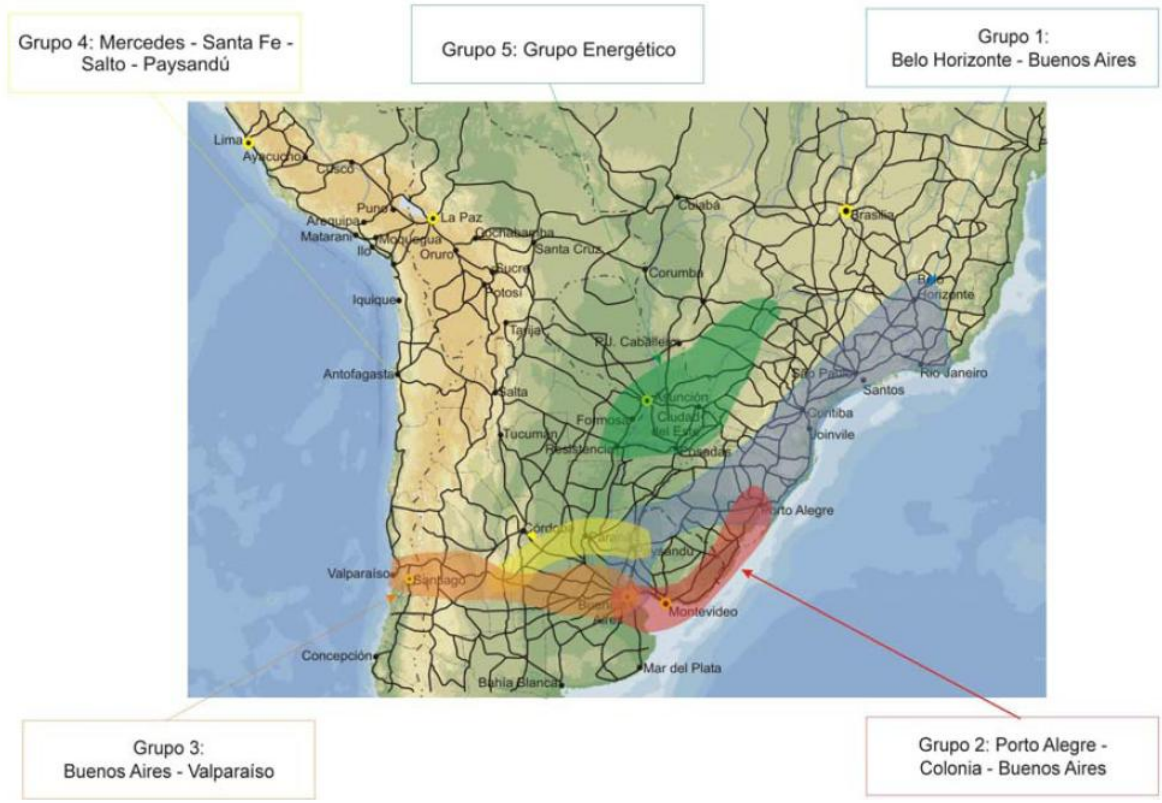
100. El Eje Interoceánico Central incluye a Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Perú (ver Mapa 6). Los proyectos incluyen ampliación de vías terrestres y creación de nuevas vías (22), vías ferroviarias (7), puertos marítimos (3), interconexión eléctrica (1), aeropuertos (3), interconexión de sistemas de telecomunicaciones (1) e infraestructura de pasos de frontera (6). Los proyectos atraviesan los territorios de los pueblos indígenas bolivianos: Chiquitano de Lomerio, Isoso y Ayereo Santa Teresita, también atraviesan los parques nacionales boliviano de Tunari Carrasco, Amboró y Kaa – iya del Gran Chaco, en donde se han avistado a miembros de pueblos indígenas en aislamiento voluntario.

Mapa 6



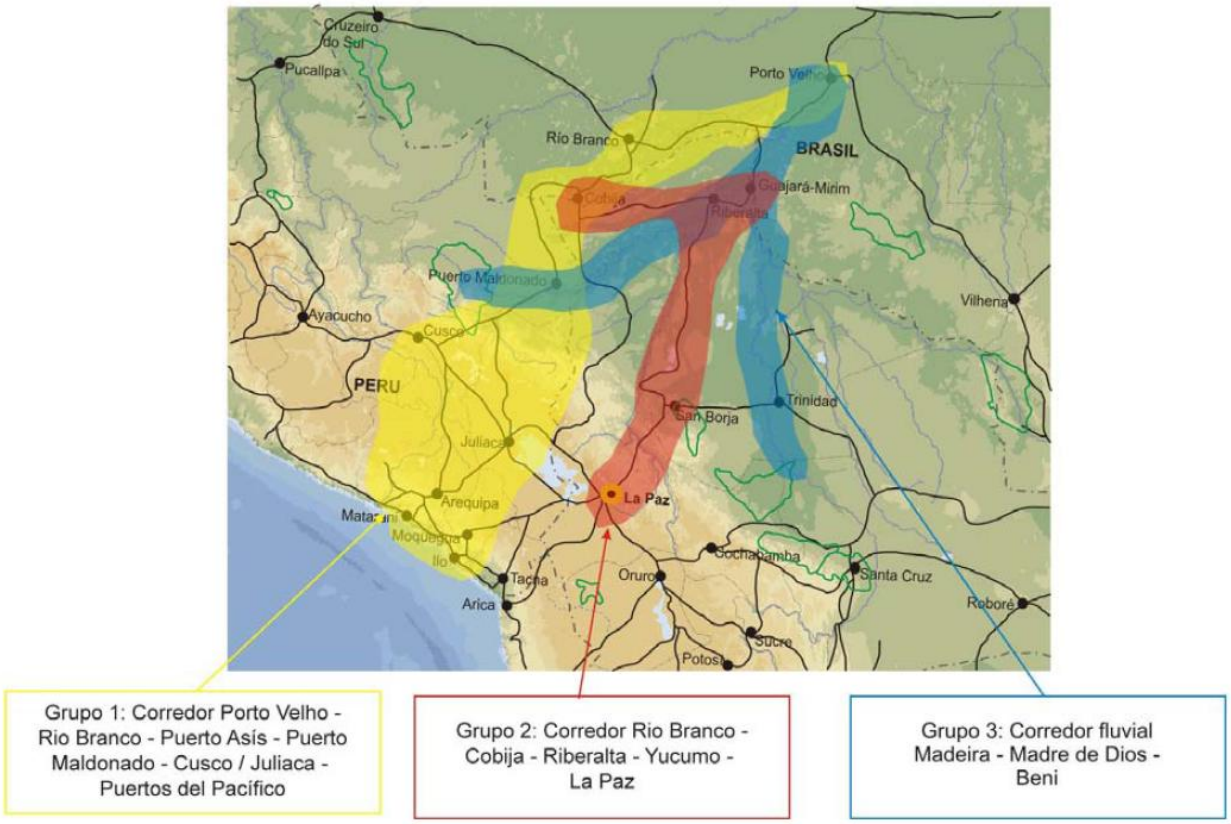
101. El Eje MERCOSUR – Chile, incluye a: Argentina, Brasil, Uruguay, Paraguay y Chile (ver mapa 7). Los proyectos incluyen ampliación de vías terrestres y creación de nuevas vías (39), vías ferroviarias (4), puertos marítimos (8), interconexión eléctrica (5), aeropuertos (2), generación eléctrica (5) e infraestructura de pasos de frontera (5).

Mapa 7



102. El Eje Perú – Bolivia – Brasil incluye a los tres países que le dan nombre (ver mapa 8). Los proyectos incluyen: ampliación de vías terrestres y creación de nuevas vías (6), puertos fluviales (4), aeropuertos (1), generación eléctrica (1), interconexión eléctrica (1) e infraestructura de pasos de frontera (3), varios de ellos en la Amazonía. En Perú, los proyectos afectan a la Reserva para Indígenas Aislados Yora, Amahuaca y Yine en Madre de Dión y el Parque Nacional Bahuaja Sonene y la Reserva Nacional Tambopata; así como las comunidades indígenas Shipibo, Amahuaca, Kichwa y Ese-Eja dentro de Madre de Dios y el pueblo Ashaninka de la selva central; en Bolivia, atraviesan los territorio de pueblos indígenas de Chiman, Movima, Cayubaba, Chacobo Pacahuara y Mojeno Ignasiano, además del Parque Regional Yacuma.

Mapa 8



103. Varios Estados están ejecutando estos proyectos sin especificar que estos se realizan en el marco del IIRSA, sin embargo avanzan de acuerdo a la planificación e información oficial de la iniciativa.

5.- Violación a los derechos de consulta previa y de consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en relación con la implementación de la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA)

104. Como determinamos en el apartado anterior, los proyectos incluidos en la IIRSA afectarán directamente a varios pueblos y nacionalidades indígenas de los países de la región amazónica. Los momentos de consulta dentro de la ejecución de dichos proyectos se deberían o se debieron dar en distintas etapas:

- Planificación de los procesos de consulta a llevarse a cabo con las comunidades afectadas por los distintos proyectos.
- Planificación de la cartera de proyectos. Muchos de los proyectos que integran la IIRSA se encuentran co-financiados por países e instituciones

financieras internacionales; y, con varios países comprometidos con su ejecución. Una negativa de los pueblos indígenas en este momento no sería eficaz para detener dichos proyectos o para modificarlos de tal forma que no afecten sus derechos, por lo que la consulta previa no se realizó oportunamente y, por tanto, existe una violación a este derecho.

- En los casos de proyectos que impliquen un grave riesgo para el territorio de los pueblos indígenas, siguiendo el criterio de la Corte Interamericana, se debió alcanzar el consentimiento previo de la comunidad. Proyectos como la construcción de carreteras, obras que aumenten la navegabilidad de ríos, represas o hidroeléctricas dentro de territorios indígenas, estarían dentro de este estándar, ya se han presentado los primeros casos en que pueblos indígenas han denunciado no sólo la falta de consulta, sino incluso la falta de difusión y ocultamiento de información sobre la ejecución del proyecto.
- Se debieron realizar consultas con los pueblos afectados para determinar como se realizará la consulta sobre el proyecto o proyectos que vayan afectar sus territorios.
- Cada proyecto debió ser consultado antes de ser agregado a la cartera de proyectos, adquirir compromisos interestatales o buscar financiamiento para la ejecución de los mismos.
- Cada proyecto debió ser ampliamente difundido, debieron ser consultados los términos de referencia de los estudios de impacto socio ambiental y los propios estudios de impacto socio ambiental.

105. Los proyectos cuentan con estudios de factibilidad económica y de oportunidades de negocios, sin embargo los estudios de impacto socio ambiental de cada proyecto se han dejado en segundo plano, esto se demuestra en la información disponible sobre los proyectos de la IIRSA, en donde no se encuentran disponibles dichos estudios, muchos de ellos con el financiamiento listo para su etapa de ejecución.

6.- Petición

106. En base a la información presentada solicitamos a esta honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

- Que solicite información a los Estados de Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador y Perú sobre el cumplimiento de los derechos a la consulta y al consentimiento libre, informado y previo de los pueblos y nacionalidades indígenas, en las fases de planificación, estudios previos y ejecución de los proyectos que integran el IIRSA.
- Que solicite a los Estados de Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador y Perú los estudios de impacto socio-ambiental de los proyectos infraestructura de integración transfronteriza, estén o no en el marco del IIRSA, en lo

referente al impacto a los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas.

- Que solicite informes a los Estados Americanos sobre el cumplimiento efectivo del los derechos a la consulta y al consentimiento libre, informado y previo de los pueblos y nacionalidades indígenas en sus países amparados por la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados e instrumentos del sistema Interamericano y del sistema Universal de protección de los derechos humanos, en especial en lo referente al procedimiento de consulta, el reconocimiento normativo y la posibilidad tutela judicial efectiva.
- Que emita un informe con directrices en materia de consulta y consentimiento libre, informado y previo que recoja el *corpus juris* del derecho internacional, la jurisprudencia internacional, nacional y demás estándares con el fin de ayudar a los Estados a mejorar sus prácticas en el respeto y garantía de estos derechos humanos.
- Que realice visitas *in loco* a los Estados de Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador y Perú para constar la situación del cumplimientos de los derechos de los pueblos y nacionales indígenas a la consulta y al consentimiento libre, informado y previo, para lo cual de tomará contacto especialmente con la organizaciones nacionales y regionales de los pueblos y nacionales indígenas.

107. Notificaciones que nos correspondan las recibiremos en la dirección: Gonzalo Serrano 345 y Av. 6 de Diciembre, Quito, Ecuador, teléfono/fax: (593)-2-2246069, correo electrónico: melo_napi@yahoo.com.ar y davidcorderoheredia@hotmail.com Suscriben el presente documento:

Mario Melo
Co-coordinador RAMA

Lily La Torre
Co-coordinadora RAMA

David Cordero Heredia
Coordinador Jurídico INREDH

Ramón Laborde
Asesor Jurídico GAIA

Rodrigo Trujillo
Asesor Jurídico INREDH