

ACCIONES PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD
Nos. **0008-09-IN** y **0011-09-IN**
ante la
CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Presidente de la Confederación de las Nacionalidades Indígenas del Ecuador y el Presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui-Victoria del Portete 2008 de la Provincia del Azuay

en contra de
**el Presidente Constitucional de la República,
el Presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización y
el Procurador General del Estado**

AMICUS CURIAE
EN FAVOR DE LOS DEMANDANTES

sometido por
Isabela Figueroa Sabbadini
ENVIRONMENT DEFENDERS LAW CENTER

Quito, xx del 2009.

I. Introducción

El día 17 de marzo de 2009 el señor Marlon René Santi Gualinga, en su calidad de presidente de la CONAIE, presentó a esta Corte una Acción Pública de Inconstitucionalidad en contra del Presidente Constitucional de la República, Presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización y Procurador General del Estado, mediante la cual solicita se declare la inconstitucionalidad por la forma de la Ley de Minería y por el fondo de los artículos 1, 2, 15, 22, 28, 30, 31, 59, 67, 87, 88, 90, 100, 103 y 316 de la Ley de Minería.

El día de 2009 el señor Carlos Pérez Guartambel, en su calidad de presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui-Victoria del Portete 2008 de la Provincia del Azyay, presentó a esta Corte una Acción Pública de Inconstitucionalidad en contra del Presidente Constitucional de la República, y el Presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, mediante la cual solicita se declare la inconstitucionalidad por la forma y fondo de la Ley de Minería, en especial los artículos 1, 2, 15, 22, 26, 28, 30, 31, 43, 67, 79, 96 y la disposición final segunda de la Ley de Minería.

El día 28 de mayo la Corte Constitucional hizo conocer a los ciudadanos y ciudadanas las causas acumuladas No. 0008-09-IN; y No. 0011-09-IN (R.O. N° 600).

De acuerdo con el artículo 27 de las “Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición”, cualquier ciudadano podrá coadyuvar, en el plazo de 15 días, con la demanda de inconstitucionalidad de las normas o las defienda, remitiendo su opinión a la Corte Constitucional.

En vista de lo anterior, yo, Isabela Figueroa Sabbadini, ciudadana ecuatoriana, cédula de identidad 171661763-1, vengo respetuosamente ante esta Corte para solicitar que reciba mi intervención en calidad de coadyuvante de este caso y que considere los argumentos que aquí presento.

II. Interés del Amicus Curiae

El *Environment Defender Law Center* (EDLC) es una organización que trabaja para proteger los derechos humanos de las comunidades que luchan por proteger su medio ambiente. Con base en los estados Unidos, y con el apoyo de diferentes abogados latinoamericanos, el EDLC ha estado trabajando en la investigación, promoción y defensa de los derechos de los pueblos indígenas, revisando de manera exhaustiva la jurisprudencia producida por los organismos de derechos internacional sobre el deber de los Estados de consultar a los pueblos indígenas previo la toma de decisiones que afecten el ejercicio de sus derechos.

EDLC ha elaborado este documento en respuesta al llamado del el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades

fundamentales de los Pueblos Indígenas (de ahora en adelante, el **Relator Especial**) para “afrontar los desafíos que planteará convertir la Declaración de las Naciones Unidas [sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas] en una viva realidad”.¹

Además, como colaboradora de EDLC y como ciudadana ecuatoriana, es mi interés y responsabilidad el “respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento” (art. 83, 5 de la Constitución Ecuatoriana).

En vista de que la Acción de Inconstitucionalidad reivindica derechos protegidos por tratados internacionales que versan sobre derechos humanos, la decisión de la Corte tendrá implicaciones en las interpretaciones futuras acerca de la interrelación entre norma internacional y norma doméstica. Como ha sido señalado por el **Relator Especial**, es necesario:

asegurar que los derechos colectivos de los pueblos indígenas, establecidos conjuntamente en un solo capítulo de la Constitución, no se queden al margen de las políticas y programas pertinentes del Estado que se expongan en otras partes del documento. En un Estado realmente construido con base al respeto a la diversidad y la inclusión de los pueblos indígenas es necesario hacer que todos los programas y políticas consideren y apliquen los derechos colectivos de los pueblos indígenas en cuanto sean pertinentes. No sería adecuado, por ejemplo, afirmar el derecho colectivo de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades de desarrollo sin que las instituciones del Estado encargadas de fomentar el desarrollo fueran configuradas para hacer efectivo ese derecho. Convendría, por lo tanto, que la nueva Constitución de alguna manera dejara claro el carácter transversal de los derechos colectivos afirmados.

Según el artículo 28 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, “la Corte Constitucional en su sentencia de inconstitucionalidad, deberá comparar las normas presuntamente inconstitucionales con la totalidad de la Constitución, pudiendo fundar la declaración de inconstitucionalidad en la vulneración de cualquier norma constitucional o los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, aunque no se hubieren invocado en la demanda.”

Por haber tenido la oportunidad de analizar de manera amplia el marco normativo internacional aplicable al deber del estado de consultar los pueblos indígenas previo la toma de decisiones legislativas o administrativas que los afecten, vengo ante la Corte ofrecer el siguiente documento que contiene el entendimiento actual de las organizaciones internacionales de derechos humanos respecto a la consulta previa aplicado al contexto ecuatoriano respecto a la aprobación de la Ley de Minería que es objeto de la Acción de Inconstitucionalidad.

¹ Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development: Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, S. James Anaya. Addendum: Summary of cases transmitted to Governments and replies received, A/HRC/9/9/Add.1 (15 de agosto de 2008), Annex I: “Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador (Junio de 2008), párr. 90.

III. La industria extractiva y los pueblos indígenas en el marco del derecho internacional

Durante los últimos años, diferentes organismos de derecho internacional público, especialmente los de las Naciones Unidas, han establecido una serie de instrumentos, decisiones judiciales, mecanismos, observaciones y recomendaciones que apuntan a la efectiva protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales frente a los proyectos de desarrollo extractivo. A cada años crecen los esfuerzos de estos organismos en el sentido de exhortar a los Estados a aplicar los estándares internacionales de protección de derechos humanos a las políticas extractivas.

En el 2003, el **Relator Especial** declaró que “los proyectos de desarrollo a gran escala afectarán inevitablemente a las condiciones de vida de los pueblos indígenas. A veces las consecuencias serán beneficiosas, muy a menudo devastadoras, pero nunca desdeñables.”² El **Relator Especial** añadió:

Tradicionalmente, pocos gobiernos han tenido en cuenta los derechos e intereses de los pueblos indígenas a la hora de elaborar los grandes proyectos de desarrollo. A medida que los proyectos maduran, lo que puede llevar varios años en función de sus características, los intereses de los pueblos indígenas, a los que rara vez se consulta la cuestión, quedan en segundo plano frente a un "interés nacional" preponderante o a unos objetivos de mercado consistentes en iniciar nuevas actividades económicas y potenciar al máximo la productividad y los beneficios. (...) Por esa razón, las preocupaciones sociales y medioambientales expresadas por muchos, incluidas las comunidades indígenas, no han recibido la atención necesaria.³

Entre sus atribuciones, el Relator Especial tiene la de “formular recomendaciones y propuestas sobre medidas y actividades apropiadas para prevenir y remediar las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”.⁴ Entre las **recomendaciones** formuladas por el Relator Especial en su informe del 2003 respecto la explotación de recursos extractivos y los derechos de los pueblos indígenas, están las siguientes:

- [L]a cuestión de la explotación de los recursos extractivos y los derechos humanos supone una relación entre los pueblos indígenas, los gobiernos y el sector privado que debe basarse en el pleno reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos naturales, que a su vez implica el ejercicio de su derecho a la libre determinación. El desarrollo sostenible es esencial para la supervivencia y el futuro de los pueblos indígenas, cuyo derecho al desarrollo conlleva el derecho a determinar su propio ritmo de cambio, de acuerdo con su propia visión del desarrollo, y que ese derecho debe respetarse, especialmente su derecho a decir que no. En relación con los

² Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. Informe del Relator Especial sobre la Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión. 2003, UNDoc E/CN.4/2003/90, párr. 7

³ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. Informe del Relator Especial sobre la Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión. 2003, UNDoc E/CN.4/2003/90, párr. 8

⁴ Naciones Unidas, Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/57, 1, b.

grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas y ello debe implicar la garantía de una distribución de los beneficios mutuamente aceptable y el establecimiento de mecanismos independientes y mutuamente aceptables para la solución de las controversias entre los pueblos indígenas y el sector privado.⁵

- Aunque los pueblos indígenas han hecho importantes avances en los últimos decenios, todavía se les considera en muchos países ciudadanos de segunda clase cuyas necesidades y aspiraciones los gobiernos ignoran casi siempre... La protección eficaz de sus derechos humanos exige que participen como ciudadanos libres e iguales en la adopción de las decisiones que afectan a su supervivencia futura como pueblos específicos⁷⁸. Ello significa también que es preciso oír su voz y satisfacer sus demandas y reclamaciones cuando se adoptan a nivel nacional e internacional las principales decisiones sobre las prioridades de desarrollo y la asignación de recursos.⁶

- [...] Todo proyecto o estrategia de desarrollo a largo plazo que afecte a zonas indígenas debe contar con la plena participación de las comunidades indígenas, siempre que sea posible, en las fases de diseño, ejecución y evaluación. El consentimiento libre, previo e informado, así como el derecho de libre determinación de las comunidades y pueblos indígenas, han de ser condiciones previas necesarias de esas estrategias y proyectos. Los gobiernos deben estar preparados a trabajar estrechamente con los pueblos y organizaciones indígenas a fin de llegar a un consenso sobre los proyectos y estrategias de desarrollo, y establecer los mecanismos institucionales adecuados para abordar esas cuestiones.⁷

Las observaciones y recomendaciones del Relator Especial respecto a las relaciones entre los gobiernos y los pueblos indígenas fueron guiadas por el marco normativo del derecho internacional, tal como el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el acervo de jurisprudencia desarrollada por la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Ecuador se ha comprometido ante la comunidad internacional respetar todos esos instrumentos de protección de derechos humanos. El Estado ecuatoriano también se ha comprometido domésticamente a respetar y aplicar de manera directa los tratados de derechos humanos (art. 11, 3 de la Constitución ecuatoriana), y ha consolidado en

⁵ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. Informe del Relator Especial sobre la Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión. 2003, UNDoc E/CN.4/2003/90, pára. 66

⁶ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. Informe del Relator Especial sobre la Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión. 2003, UNDoc E/CN.4/2003/90, pára. 70. Énfasis añadido.

⁷ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. Informe del Relator Especial sobre la Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión. 2003, UNDoc E/CN.4/2003/90, pára. 77

nuestra Constitución el deber de consultar a los pueblos indígenas antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos (artículo 57, 17 de la Constitución Ecuatoriana).

Aunque el Judiciario ecuatoriano aún no haya desarrollado jurisprudencia respecto a la consulta previo la toma de decisiones legislativas, como lo ha hecho en la región, el Judiciario colombiano, puede guiarse por los principios y criterios que ya han desarrollados sobre el tema en el derecho internacional, los cuales son presentados a seguir.

IV. El Deber de la Consulta en el Derecho Internacional

IV. a) El deber de consultar en el Convenio 169 de la OIT

Cuando la OIT revisó el Convenio 107, entendió que era necesario fortalecer el principio de la participación de los pueblos indígenas e tribales en las relaciones entre éstos y los Estados de manera a superar el carácter colonial e integracionista del Convenio 107.⁸ Así fue que el Convenio 169 estableció la el deber de la consulta como esencial a la aplicación de las políticas estatales que tuvieran impacto sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

El artículo 6 del C169 establece que:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este 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.

Según la OIT, la consulta debe servir para materializar el espíritu de diálogo permanente que debe orientar las relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas y tribales. La OIT enfatizó que:

⁸ Organización Internacional del Trabajo. *Partial revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention*, 1957 (No. 107), Report VI(1), at p.1, International Labour Conference, 75th Session (Geneva 1988). p. 36

[L]as disposiciones sobre consulta y en particular el artículo 6, son las disposiciones medulares del Convenio sobre las cuales reposa la aplicación de las demás disposiciones. La consulta es el instrumento previsto por el Convenio para institucionalizar el diálogo, asegurar procesos de desarrollo incluyentes y prevenir y resolver conflictos. La consulta en los términos previstos por el Convenio intenta armonizar intereses a veces contrapuestos mediante procedimientos adecuados.⁹

Los Estados que ratifiquen el Convenio están obligados, por los artículos 22¹⁰ y 23¹¹ de la Constitución de la OIT, a presentar informes anuales sobre la implementación de los convenios de la OIT. Estos informes son examinados por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Organizaciones de la sociedad civil también pueden presentar información paralela sobre el grado de cumplimiento de los Convenios ratificados por un país.

Los artículos 24¹² y 25¹³ de la Constitución de la OIT posibilitan que organizaciones de empleados o empleadores presenten reclamaciones respecto a la no-observancia, por parte de sus Estados, de las obligaciones establecidas por algún Convenio que haya sido ratificado por el Estado en cuestión. En el 2000 la Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE), con el auspicio de la Central Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), presentó una reclamación a la OIT en contra del Ecuador, por no haber respetado las disposiciones del Convenio 169. El Comité Tripartito conformado para revisar esta reclamación entendió que el estado ecuatoriano había violado las disposiciones del Convenio 169 y recomendó al Estado cumplir con las disposiciones del Convenio respecto a la Consulta.¹⁴

En el 2007, haciendo seguimiento de esta reclamación e informaciones adicionales

⁹ Organización Internacional del Trabajo, CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Guatemala (ratificación: 1996) Publicación: 2006, par. 6.

¹⁰ Constitución de la OIT, art. 22 (Cada uno de los Miembros se obliga a presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se haya adherido. Estas memorias serán redactadas en la forma que indique el Consejo de Administración y deberán contener los datos que éste solicite.)

¹¹ Constitución de la OIT, art. 23 (El Director General presentará en la siguiente reunión de la Conferencia un resumen de las informaciones y memorias que le hayan comunicado los Miembros en cumplimiento de los artículos 19 y 22. 2. Todo Miembro comunicará a las organizaciones representativas reconocidas, a los efectos del artículo 3, copia de las informaciones y memorias que haya enviado al Director General en cumplimiento de los artículos 19 y 22.)

¹² Constitución de la OIT, art. 24 (Toda reclamación dirigida a la Oficina Internacional del Trabajo por una organización profesional de empleadores o de trabajadores en la que se alegue que cualquiera de los Miembros no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un convenio en el que dicho Miembro sea parte podrá ser comunicada por el Consejo de Administración al gobierno contra el cual se presente la reclamación y podrá invitarse a dicho gobierno a formular sobre la materia la declaración que considere conveniente.)

¹³ Constitución de la OIT, art. 25 (Si en un plazo prudencial no se recibiere ninguna declaración del gobierno contra el cual se haya presentado la reclamación, o si la declaración recibida no se considerare satisfactoria por el Consejo de Administración, éste podrá hacer pública la reclamación y, en su caso, la respuesta recibida.)

¹⁴ *Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígena 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); GB.277/18/; GB.282/14/2*

presentadas por el Ecuador, el CEARC hizo una solicitud directa al gobierno Ecuatoriano para que:

informe sobre los mecanismos adoptados para implementar el proceso de consulta previa del artículo 6 del Convenio frente a estas medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas y tribales involucrados y espera que se aplicará la consulta prevista por el Convenio respecto de futuras medidas de la misma naturaleza.¹⁵

En el mismo documento de Solicitud Directa, el CEARC, recordó al gobierno ecuatoriano que:

las disposiciones que tratan de la cuestión de las tierras en el Convenio, y más concretamente los artículos 13 y 14, deben ser interpretadas en el contexto de la política general expresada en el artículo 2, 1, del Convenio, según el cual los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. Dichas disposiciones además deben articularse en la práctica con el artículo 6 del Convenio, que dispone que deberán realizarse consultas de buena fe con los pueblos interesados y de manera apropiada a las circunstancias, y establecer los medios a través de los cuales estos pueblos puedan participar libremente en la adopción de decisiones sobre asuntos que sean de su interés.¹⁶

IV. b) El deber de consultar en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (de ahora en adelante, la **Declaración**), aprobada con el voto favorable del Ecuador en el 2007, “representa un compromiso asumido por las Naciones Unidas y sus Estados Miembros dentro del marco de obligaciones establecido por la Carta de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos humanos de modo no discriminatorio.”¹⁷

Según el “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya” publicado en agosto del 2008, la Declaración:

no enuncia ni crea derechos especiales distintos de los derechos humanos que se consideran de aplicación universal, sino que más bien profundiza en esos derechos fundamentales desde las circunstancias culturales, históricas, sociales

¹⁵ CEACR: Solicitud directa individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Ecuador (ratificación: 1998) Envío: 2007. Document No. (ilolex): 092007ECU169, párr. 6.

¹⁶ CEACR: Solicitud directa individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Ecuador (ratificación: 1998) Envío: 2007. Document No. (ilolex): 092007ECU169, párr. 7.

¹⁷ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derechos al Desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya. UNDoc A/HRC/9/9, 11 de agosto de 2008, parra. 40

y económicas específicas de los pueblos indígenas. Esos derechos incluyen las normas básicas de la igualdad y la no discriminación, así como otros derechos humanos de aplicación general en ámbitos como la cultura, la salud o la propiedad, que se reconocen en otros instrumentos internacionales y son de aplicación universal.¹⁸

El artículo 38 de la Declaración establece que los Estados, en consulta con los pueblos indígenas, deben adoptar medidas legislativas coherentes con el espíritu de la Declaración.¹⁹

Respecto a la consulta previo medidas legislativas, el artículo 19 de la Declaración establece que:

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

V. El deber del Estado ecuatoriano de consultar a los pueblos indígenas previo la aprobación de la ley de Minería

Los artículos 1 y 6 del Convenio 169 presentan dos requisitos *prima facie* que deben ser observados al determinar si un gobierno tiene o no el deber de consultar con los pueblos indígenas antes de tomar una decisión estatal.

El artículo 1 identifica el sujeto jurídico de la consulta, a quien el Estado debe la obligación de consultar. El artículo 6 especifica las circunstancias que requieren un proceso de consulta. Ambos requisitos, cuando leídos de manera conjunta, configuran el “deber de la consulta”.

Así, lo primero a hacer para determinar la existencia del deber de la consulta con los pueblos indígenas es identificar si la decisión a ser tomada por el estado “constituye una medida legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, a fin de establecer si deb[e] [ser] objeto de la consulta prevista en el artículo 6 del Convenio [169].”²⁰

De acuerdo al artículo 6, a del Convenio 169:

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán... consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean *medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente* (énfasis añadido).

La Ley de minería afecta los derechos de los pueblos indígenas de, por lo menos, dos maneras:

¹⁸ A/HRC/9/9, parra. 40

¹⁹ Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.

²⁰ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF). GB.295/17; GB.304/14/7, párr. 40.

- 1) La Ley de Minería regula concesiones que fueron otorgadas sobre tierras indígenas, sin que los pueblos afectados hayan sido consultados; y
- 2) La ley de Minería prevé un mecanismo de consulta específico a los pueblos indígenas.

V. 1. La Ley de Minería regula concesiones que fueron otorgadas sobre tierras indígenas, sin que los pueblos afectados hayan sido consultados

Solamente en las provincias de Pastaza, Morona Santiago y Sur de Orellana, la Fundación Pachamama, en base a datos del 2005, estima que existen 12 concesiones que se sobreponen sobre alrededor del 0,2% de las tierras demarcadas de la nacionalidad Kichwa; y 22 concesiones mineras que se sobreponen sobre alrededor del 6,9% del territorio Shuar (Anexo XX). Estas estimativas no toman en cuenta las tierras indígenas en otras provincias, como por ejemplo en Zamora, donde existen extensas concesiones sobre tierras indígenas y que ha sido el palco de conflictos y enfrentamientos violentos entre indígenas y las fuerzas armadas en diciembre del 2006; ni tampoco concesiones otorgadas después del 2005.

La compañía ECSA, cual propone la ejecución del “Proyecto Mirador”, ubicado en la Provincia de Zamora estima que al menos una comunidad Shuar habita el área de influencia directa de su proyecto. Pese a que ninguna comunidad Shuar ha sido consultada sobre el proyecto, la empresa ECSA afirma en su página web que la comunidad Shuar Chruwia “no será impactada, pero sí beneficiada por la oportunidad de empleo y los planes sociales previstos” (Anexo XX).

Es necesario aclarar que la estimativa que hace ECSA respecto a la cantidad de comunidades que habitan el área concesionada para el “proyecto Mirador” no es relevante para este documento. Lo que si es importante indicar es la naturalidad con la que la empresa utiliza el nombre de la comunidad para promover su proyecto sin que los miembros de Chruwia hayan sido debidamente informados o consultados respecto al mismo. Cada vez que el gobierno ecuatoriano ignora los derechos colectivos, señala a las empresas que éstas pueden hacer lo mismo, de manera impune.

Por otro lado, la Ley de Minería siquiera menciona los derechos de los pueblos y nacionalidades en sus consideraciones iniciales, ni mucho menos la obligación del Estado en promover y proteger esos derechos. De manera jurídicamente incorrecta, el artículo primero de la Ley de Minería establece que su objeto es el normar “el ejercicio de los derechos soberanos del Estado Ecuatoriano.” Es importante aclarar que la “soberanía permanente sobre los recursos naturales” es **un derecho que pertenece a los pueblos, y no a los Estados**.

Según la Relatora Especial para la Prevención de la Discriminación de la Comisión de Derechos Humanos (de aquí en adelante, **Relatora Especial PDCD**):

El principio [de la soberanía permanente sobre los recursos naturales] se afirmó originalmente como una simple pretensión política de los Estados de reciente independencia y de los pueblos colonizados que intentaban asumir el control de sus propios recursos, y con ello el de su destino económico y político, pero en 1966 la soberanía permanente sobre los recursos naturales adquirió el carácter de principio general del derecho internacional cuando fue incluido en el artículo

1, común, de los dos Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos. El artículo 1, común, establece en su parte pertinente:

"1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de su propios medios de subsistencia."²¹

Los dueños de los recursos naturales son los “pueblos” y no una población anónima, y sus gobiernos son los guardianes temporarios de los recursos naturales. Los Estados tienen, en su calidad de guardianes temporales, **el deber** de administrar estos recursos de acuerdo con los intereses nacionales. El más alto interés nacional del Estado ecuatoriano, afirma nuestra Constitución, “consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución” (art. 11, 9).

Es importante tener en cuenta que todo intento de definir “pueblo ecuatoriano” como un cuerpo homogéneo que comparte valores culturales comunes, viola el carácter del Estado Plurinacional y el deber del Estado de proteger la diversidad de su pueblo. Los pueblos indígenas, en cuyos territorios se encuentran los recursos naturales, también poseen derechos sobre estos recursos. De acuerdo con la Relatora Especial PDCD:

La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales se puede describir correctamente como el derecho colectivo en virtud del cual el Estado está obligado a respetar, proteger y promover los intereses de los pueblos (y colectividades) indígenas, en términos de gobierno y propiedad, sobre sus recursos naturales.²²

Luego de analizar la problemática respecto los derechos de los pueblos indígenas y los principios relacionados a la soberanía permanente sobre los recursos naturales, la Relatoría Especial recomendó, *inter alia*, que:

Los Estados, en consulta con los pueblos indígenas, han de modificar sus leyes y constituciones y adoptar todas las medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar a los pueblos indígenas el disfrute de la propiedad de los recursos naturales que se encuentren en la superficie de las tierras que ocupan y utilizan históricamente, en su subsuelo, o de otro modo, y de los beneficios derivados de ellos.²³

²¹ Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos. Prevención de la Discriminación y Protección de los Pueblos Indígenas. La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales. Informe final de la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes. UNDoc. E/CN.4/Sub.2/2004/30, 13 de julio de 2004, párr. 10, énfasis añadido.

²² Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos. Prevención de la Discriminación y Protección de los Pueblos Indígenas. La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales. Informe final de la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes. UNDoc. E/CN.4/Sub.2/2004/30, 13 de julio de 2004, párr. 40.

²³ Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos. Prevención de la Discriminación y Protección de los Pueblos Indígenas. La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales. Informe final de la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes. UNDoc.

V. 2. La ley de Minería prevé un mecanismo de consulta específico a los pueblos indígenas

El artículo 90 de la Ley de Minería prevé un mecanismo de consulta específico a los pueblos, cuales incluyen los pueblos indígenas:

Procedimiento Especial de Consulta a los Pueblos.- Los procesos de participación ciudadana o consulta deberán considerar un procedimiento especial obligatorio a las comunidades, pueblos y nacionalidades, partiendo del principio de legitimidad y representatividad, a través de sus instituciones, para aquellos casos en que la exploración o 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.

Es indudable que las disposiciones contenidas este artículo afectarán de manera negativa el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, puesto que el artículo alude a una norma constitucional que no trata de los derechos colectivos de los pueblos, pero sí de los derechos medioambientales de la población ecuatoriana en general. Por otro lado, el artículo 90 de la Ley de Minería tampoco asegura los requisitos mínimos para un procedimiento de consulta, cuáles serán presentados *infra*.

La falta de coherencia entre lo dispuesto en la Ley de Minería y los derechos y garantías fundamentales de los pueblos indígenas es un ejemplo grave de las consecuencias de la actuación inconsulta del Estado. Sobre ello, el Doctor Bartolomé Clavero, miembro del Foro Permanente de las Naciones Unidas para cuestiones Indígenas ha comentado lo siguiente:

Contemplada la Constitución [ecuatoriana] y comparada la Ley [de Minería], difícilmente cabe que el cambio entre artículos constitucionales, con ignorancia final del referente a derechos indígenas, sea producto de una inadvertencia o un error. Toda la lógica de la Ley de Minería conspira contra la toma en consideración de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. De hecho se les menciona, pero a sus derechos en rigor no se les permite hacer acto de comparecencia absolutamente a ningún efecto. Cuando ya resulta inevitable, en el momento de contemplarse la consulta, se efectúa el juego de prestidigitación definitivo. El derecho indígena primero se diluye y luego se escamotea. Si algo salta a la vista, es la mala fe en la comisión de un verdadero fraude de Constitución, ya no digamos de derecho internacional de derechos humanos. Resulta tanto más grave por cuando a lo que afecta neurálgicamente es a esto, a derechos.²⁴

Respecto a la consulta con los pueblos indígenas previo la aprobación de proyectos extractivos, en agosto del 2008 el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial publicó una serie de observaciones y recomendaciones al Estado ecuatoriano. Entre ellas, resaltamos las siguientes:

E/CN.4/Sub.2/2004/30, 13 de julio de 2004, párr. 67, énfasis amadido.

²⁴ Bartolomé Clavero. Ley frente a Constitución en el Ecuador: Nueva Ley de Minería. 11 de Febrero del 2009. Disponible en: Bartolomé Clavero <<http://clavero.derechosindigenas.org/?p=1092>>

El Comité insta al Estado [ecuatoriano] a que continúe sus esfuerzos para la aprobación de legislación específica que garantice plenamente los derechos específicos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos...

[E]l Comité reitera su preocupación por la exploración de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas y que en la práctica el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados antes de que se proceda a la explotación de los recursos naturales en sus territorios, no se respeta plenamente. Igualmente expresa su inquietud por los efectos negativos sobre la salud y el medio ambiente que las actividades de extracción que las empresas ocasionan a expensas del ejercicio del derecho a la tierra y los derechos culturales de los pueblos indígenas afectados (art. 5, inc. d, v).

El Comité exhorta al Estado parte a que... a la luz de su Recomendación General No XXIII (párr. 4, inc. d) consulte a la población en cada etapa del proceso y que obtenga su consentimiento antes de la ejecución de los proyectos de extracción de recursos naturales. Asimismo, el Comité alienta al Estado parte a que garantice que las empresas petroleras lleven a cabo estudios del impacto ambiental sobre las tierras donde planean iniciar una explotación antes de la obtención de la licencia...²⁵

VI. Los principios del derecho internacional para la aplicación del deber de la consulta

En abril del 2009 el Relator Especial, S. James Anaya, publicó un documento que “analiza los principios internacionales aplicables al ejercicio del deber estatal de consultar a los pueblos indígenas” en virtud de la reforma constitucional desarrollada en Chile.²⁶ Sobre la obligación de los Estados de consultar con los pueblos indígenas, el Relator Especial afirmó que:

La obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la adopción de medidas legislativas, administrativas o políticas que afecten directamente sus derechos y sus intereses está firmemente asentada en el derecho internacional de los derechos humanos. El incumplimiento de la norma de la consulta, o su realización sin observar sus características esenciales, compromete la responsabilidad internacional de los Estados. Asimismo, en países como Colombia o Costa Rica, el incumplimiento de la consulta y sus requisitos esenciales implica la nulidad de derecho público de los procedimientos, actos y medidas adoptadas.²⁷

Desde que aprobó el Convenio 169, el Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT viene desarrollando una serie de principios y requerimientos para la aplicación del convenio en los diferentes países

²⁵ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Considerations of Reports Submitted by States Parties Under Article 9 of the Convention. CERD/C/ECU/CO/19, 15 de Agosto de 2008, párrs. 10 y 16. (Traducción no oficial)

²⁶ Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. 24 de abril de 2009, parra. 4

²⁷ Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. 24 de abril de 2009, parra. 6

través de las observaciones individuales, y en sus informes que examinan las reclamaciones que alegan el incumplimiento de la C169 por parte de los Estados. A seguir presentaremos algunos de los principios ya desarrollados por la CEARC y otros organismos de derechos humanos, respecto a la consulta:

VI. 1. La participación de los pueblos indígenas y tribales debe empezar en el diseño de un marco para el proceso de consulta.

La consulta establecida en el artículo 6 tiene lugar antes de que los gobiernos tomen cualquier medida legislativa o administrativa que afecte de manera directa los pueblos indígenas. Una vez que el procedimiento para la consulta debe estar enmarcado en una política administrativa o en un acto legislativo, esto implica que el diseño de un marco de consulta debe ser desarrollado con la participación de los pueblos indígenas.²⁸

VI. 2. La consulta debe realizarse con carácter previo - antes que el gobierno tome una decisión sobre la medida propuesta, o antes de que dé trámite parlamentario a una propuesta legislativa

El artículo 6 del Convenio 169 es suficientemente claro en determinar que el tiempo de la consulta es antes de que el gobierno tome una medida que afecte los derechos de los pueblos indígenas. La inobservancia de este principio, según la OIT, descaracteriza la buena fe de la acción de un Estado, ya que es su deber el empezar un diálogo con los pueblos indígenas “lo antes posible en el proceso”.²⁹

En palabras del Relator Especial, “resulta evidente que toda consulta realizada en virtud del Convenio 169 de la OIT y otras normas internacionales aplicables debe llevarse a cabo con anterioridad a la adopción de la medida a ser consultada, incluyendo medidas legislativas.”³⁰ Asimismo, el Relator Especial reiteró que:

En el caso de la adopción de una medida legislativa, y dependiendo de los procedimientos constitucionales del país del que se trate, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales siempre que tengan relación con las ideas matrices de la medida en cuestión.³¹

²⁸ CEACR: *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169) Bolivia (ratificación: 1991) Publicación: 2006 . 062006BOL169, párr. 13

²⁹ *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); GB.277/18; GB.282/14/2, párr. 38. [énfasis añadido]

³⁰ Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. 24 de abril de 2009, párr. 18. Disponible en Centro de Políticas Públicas:

<http://www.politicaspublicas.net/panel/documentos-e-informes/239-informe-sobre-consulta-a-pueblos-indigenas.html> [Principios Internacionales Consulta]

³¹ Principios Internacionales Consulta, *supra*, párr. 20

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que “se debe consultar con [los pueblos indígenas] en las primeras etapas del plan... y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad.”³²

En el caso de medidas legislativas, el Relator Especial señala que “[e]l carácter previo de la consulta exige que la nueva medida legislativa objeto de la consulta a los pueblos indígenas sea consultada en las fases previas a su tramitación parlamentaria.”³³

VI. 3. La consulta es un deber intransferible del Estado

La consulta es un mecanismo que permite los pueblos indígenas participar en el proceso de desarrollo, que a su vez debe ser promovido por el Estado bajo los términos del derecho internacional. El artículo 6 del Convenio 169 de la OIT identifica las partes de la consulta como gobiernos y pueblos indígenas (al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán...). De la misma manera, el texto de la Declaración es bastante claro al afirmar que “los Estados celebrarán consultas...” (art. 19)

El mismo principio está implícito en la consulta del artículo 15 del Convenio 169.³⁴

Una vez que el son de competencia del Estado las decisiones sobre medidas legislativas o administrativas, el deber de consultar no es transferible a terceras partes. El CEACR estableció que el deber de consultar bajo el C169 es una “es una obligación a cargo de los Gobiernos y no de personas o empresas privadas.”³⁵ Dado la historia de las relaciones de la industria petrolera y minera con las comunidades afectadas en nuestro país, es fundamental proteger este principio en el cuerpo de la legislación, lo que no hace la Ley de Minería.

VI. 4. El proceso de la consulta debe ser realizado en buena fe

La buena fe es un principio fundamental para la observancia de los tratados internacionales. El artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, celebrado en 1969 y ratificado por el Ecuador, alude al principio del *pacta sum servanda* para establecer el respecto al principio de la buena fe en la implementación de los tratados.³⁶ Esto implica que un Estado no puede alegar falta de legislación doméstica para eludir sus obligaciones bajo el derecho internacional.

La OIT confirmó, en diferentes ocasiones, que el principio del *pacta sum servanda* está implícito en la noción de buena fe, aun en los casos en que los Estados alegan

³² Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, Sentencia de 28 de noviembre 2007, Serie C. No 172 párr. 134.

³³ Principios Internacionales Consulta, párr. 57.

³⁴ *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); GB.277/18; GB.282/14/2, párr. 40.*

³⁵ Organización Internacional del Trabajo, CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Bolivia (ratificación: 1991) Publicación: 2006, párr. 7.

³⁶ 26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), en vigencia desde 27 de enero de 1980. Ratificada por el Ecuador el 10 de abril de 1990.

entender que no hay necesidad de realizar un proceso de consulta.³⁷ Más aún, la Buena fe debe ser observada para cada principio establecido por el Convenio 169. El deber del Estado de consultar a los pueblos indígenas debe ser realizado de manera seria y efectiva, sin que sea una mera formalidad. Es decir, el proceso de consulta debe ofrecer oportunidades para que los pueblos influyan en su resultado.³⁸ Los procesos de consulta realizados en buena fe son aquellos caracterizados por “comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común.”³⁹

La consulta, según la OIT, “no es por lo tanto un requisito formal sino un verdadero instrumento de participación, un verdadero instrumento de participación.”⁴⁰ Para lograr este objetivo, el CEACR de la OIT reiteró que “la instauración de un clima de confianza mutua” es “consustancial a toda consulta.”⁴¹

En los casos en los que los pueblos indígenas y los gobiernos no logren llegar a un acuerdo respecto a las medidas propuestas, la solución gubernamental para conciliar diferencias debe ser percibida como justa por los pueblos indígenas. Esta percepción de justicia debe tomar en cuenta la condición especial de los pueblos indígenas “en vista de la vulnerabilidad de su tradicional forma de vida a la pérdida de los derechos sobre las tierras en las que aquél se basa, y de la larga ocupación que a menudo han practicado”.⁴² De la misma manera, la OIT estableció que el sentido de “confianza mutua” es una condición para el proceso de la consulta, y debe ser establecido principalmente en relación a los pueblos indígenas en razón de la “desconfianza hacia las instituciones del Estado y [el] sentimiento de marginación que encuentran sus raíces en realidades históricas sumamente antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aún”⁴³

Sobre lo anterior, el Relator Especial afirmó que:

[A]mbas partes, tanto las autoridades del Estado como los propios pueblos indígenas, deben realizar todos los esfuerzos para generar un clima de confianza

³⁷ Organización Internacional del Trabajo, CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Bolivia (ratificación: 1991) Publicación: 2006, párr. 40.

³⁸ Organización Internacional del Trabajo, CEACR: Observación individual sobre el Convenio núm. 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Noruega (ratificación: 1990) Publicación: 2004, Doc. 062004NOR169, par. 15.

³⁹ 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); GB.277/18; GB.282/14/2, párr. 38.

⁴⁰ OIT Brasil, par 42

⁴¹ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (num. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC). GB.294/17/1; GB.299/6/1 (2005), párr. 53.

⁴² CEACR: Observación individual sobre el Convenio núm. 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Noruega (ratificación: 1990) Publicación: 2004. Document No. (ilolex): 062004NOR169, párr. 21.

⁴³ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (num. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), GB.283/17/1; GB.298/17/3 (2001), párr. 107.

y respeto mutuos en el que la consulta se lleve a cabo de buena fe. Esto requiere en primer lugar que exista una cierto nivel de aceptación mutua por las partes acerca del mismo procedimiento de consulta, con independencia de cuales puedan ser las posiciones sustantivas dentro del procedimiento. Desde el punto de vista de los objetivos últimos de la consulta, ésta debe tomarse como una oportunidad para abrir un diálogo normativo en torno a las demandas legítimas de los pueblos indígenas, a la luz de los derechos internacionalmente reconocidos, para acercar posturas divergentes y para propiciar una mayor participación e inclusión de los pueblos indígenas en las estructuras institucionales del Estado.⁴⁴

VI. 5. La consulta debe ser realizada por medio de procedimientos adecuados que favorecen las condiciones para el diálogo

El artículo 6 del Convenio 169 establece que las consultas deben ser realizadas por medio de procedimientos adecuados orientados a obtener el consentimiento de los pueblos indígenas a la medida propuesta. Un procedimiento apropiado, según la OIT, es aquél que

genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado. Es decir que la expresión «procedimientos apropiados» debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.⁴⁵

Aunque el artículo 6 no indica explícitamente la temporalidad como un elemento de un “procedimiento apropiado”, la OIT ha caracterizado la consulta como un “proceso” que debe tener continuidad temporal. Los pueblos indígenas deben tener la oportunidad de comprender de manera apropiada la propuesta estatal. Por esta razón, como ha sido señalado por el Relator Especial:

recavar las opiniones de los pueblos indígenas por vías indirectas (como por ejemplo a través del envío de comunicaciones por escrito), aunque puede ser un medio complementario y útil, no es suficiente para un verdadero proceso de consulta, con miras a llegar a un acuerdo, como establecen las normas internacionales en la materia.⁴⁶

La consulta es un proceso que debe permitir un intercambio genuino entre el Estado e los pueblos afectados, lo que incluye a continuidad y el tiempo para que las personas u organizaciones a ser oídas puedan, además de ser oídas, tengan la posibilidad de llegar a acuerdos.⁴⁷ Según el Relator Especial, los plazos de una consulta “deben ser lo más amplios posibles para asegurar que la consulta sea significativa y cumpla con

⁴⁴ Principios Internacionales Consulta, párr. 25.

⁴⁵ *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Académicos del Instituto Nacional de Antropología e Historia (SAINAH)*, párr. 89.

⁴⁶ Principios Internacionales Consulta, párrs. 60 y 61.

⁴⁷ *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Académicos del Instituto Nacional de Antropología e Historia (SAINAH)*, párr. 92.

los requisitos establecidos en las normas internacionales.”⁴⁸

En este sentido, la OIT reiteró que “la expresión ‘procedimientos apropiados’ debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta.” Además, la OIT agregó que:

No hay un único modelo de procedimiento apropiado y éste debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de las medidas consultadas. En cuanto al propio proceso de consulta, éste debería tomar en cuenta la opinión de los diferentes pueblos que participan en la consulta sobre el procedimiento a utilizarse para intercambiar, de manera que el procedimiento utilizado sea considerado apropiado por todas las partes.⁴⁹

Según el Relator Especial, los procedimientos de consulta, “en la medida en que constituyen un trámite prescriptivo en relación con la planificación y adopción de las medidas legislativas o administrativas que... afecten [a los pueblos indígenas]... deben responder a procedimiento más o menos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes.”⁵⁰ El Relator Especial añade que:

Este requisito [formal] responde a la necesidad de dotar de seguridad jurídica a todo acto del Estado, así como a los objetivos de adecuación y representatividad de las consultas a los pueblos indígenas, evitando arbitrariedades y conflictos innecesarios. La adopción de dichos procedimientos debería ser en sí mismo un proceso consensuado, con la participación activa de los pueblos indígenas.⁵¹

Para el Relator Especial,

La necesidad de regular los procedimientos de consulta responde asimismo a la obligación de los Estados de “desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad” (Convenio 169, art. 2.1). Ello conlleva, en los casos donde no existan, el establecimiento de “instituciones y otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos indígenas”, incluyendo “la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados” (art. 33.1- 2). Ello concierne también al Poder Legislativo, que como han hecho notar los mecanismos de control de la OIT, “usualmente no prevé[n] la inclusión de consultas del tipo contemplado por el artículo 6”.⁵²

Respecto a los mecanismos de consulta a ser utilizados por el Congreso, el Relator Especial señala que “[e]n los casos en los que esos mecanismos [de consulta] no existan formalmente, deberán adoptarse provisionalmente mecanismos transitorios o *ad hoc* con miras al ejercicio efectivo de la consulta indígena.”⁵³ Para que estos procedimientos sean válidos, añade el Relator Especial, es necesario incluir

⁴⁸ Principios Internacionales Consulta, párr. 62

⁴⁹ RECLAMACIÓN (artículo 24) - 2006 - BRASIL - C169 ---- Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF). GB.295/17; GB.304/14/7, párr. 42.

⁵⁰ Principios Internacionales Consulta, párr. 34.

⁵¹ Principios Internacionales Consulta, párr. 34

⁵² Principios Internacionales Consulta, párr. 36, referencias omitidas.

⁵³ Principios Internacionales Consulta, párr. 37.

información adecuada para que puedan comprender el alcance e implicaciones de la medida, así como también solicitar información adicional o asesoramiento técnico. La información debe ser “presentada en un lenguaje que sea accesible, traducida a las lenguas indígenas en aquellas zonas donde éstas se hablen, e ir acompañada de toda la documentación relevante, especialmente los instrumentos internacionales relevantes”.⁵⁴

VI. 6. La consulta debe ser realizada a través de las instituciones representativas

El artículo 6 del C169 establece que la representatividad es un elemento implícito en la noción de “procedimientos apropiados”. De la misma manera, la Declaración establece que las consultas deben ser celebradas “de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas” (art. 19).

Según la normativa internacional, el elemento de la auto-identificación es uno de los criterios para identificar quienes son los “pueblos indígenas”, y por esta razón no cabe a los organismos internacionales demarcar criterios externos para la representatividad de los pueblos. Al contrario, la OIT ha establecido que una institución representativa de los pueblos indígenas debe ser “el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas.”⁵⁵ Para la OIT, es fundamental de que el Estado realice la con las instituciones realmente representativas de los pueblos interesados.⁵⁶

Al examinar una reclamación presentada por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres en contra del Ecuador, la OIT reiteró que el principio de la representatividad es:

un componente esencial de la obligación de consulta. [P]udiera ser difícil en muchas circunstancias determinar quién representa una comunidad en particular. Sin embargo, si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio». ⁵⁷

De esta manera, un proceso que no es realizado con quienes claramente representan los pueblos afectados por la medida, no cumple con los requerimientos del Convenio 169. Al revisar una reclamación presentada en contra de México respecto a la falta de consulta previa una reforma constitucional, la OIT resaltó que “organizaciones más representativas del movimiento indígena” es un concepto diferente de “instituciones representativas de los pueblos indígenas” y que el deber del Estado es consultar las

⁵⁴ Principios Internacionales Consulta, párr. 46.

⁵⁵ *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Académicos del Instituto Nacional de Antropología e Historia (SAINAH)*, párr. 102.

⁵⁶ *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Académicos del Instituto Nacional de Antropología e Historia (SAINAH)*, párr. 102.

⁵⁷ 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); GB.277/18/; GB.282/14/2, párr. 40

últimas.⁵⁸

Según el Relator Especial, los criterios mínimos de representatividad a tenerse en cuenta en un proceso de consulta con pueblos indígenas:

(i) dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; (ii) deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; (iii) debe incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; y (iv) conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género.⁵⁹

VI. 7. La consulta debe ser accesible a los pueblos indígenas

De manera a garantizar que la consulta ofrezca oportunidades para que, en un clima de confianza, los pueblos indígenas pueda incidir sobre las decisiones a ser tomadas, la accesibilidad es otro criterio a tener en cuenta en un procedimiento de consulta.

Sobre la accesibilidad de un procedimiento de consulta previo la toma de medidas administrativas o de carácter general, el Relator Especial señaló que:

[E]n ausencia de mecanismos institucionales específicos..., deberán buscarse procedimientos que sean accesibles a la participación del mayor número de pueblos y comunidades indígenas, teniendo en cuenta las limitaciones materiales, institucionales y temporales existentes. Por otra parte, la accesibilidad de los procedimientos de consulta debe tener en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena. En este sentido debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 del Convenio 169, que establece el deber estatal de adoptar “medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.⁶⁰

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Pueblo Saramaka v. Surinam, afirmó que al consultar los pueblos indígenas y/o tribales el Estado debe tener en cuenta “los métodos tradicionales del [pueblo indígena y/o tribal] para la toma de decisiones”.⁶¹ En este mismo sentido, la OIT afirmó que: Se deben prevalecer los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales... si éstos no se tienen en cuenta, será imposible cumplir con los requisitos

⁵⁸ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Académicos del Instituto Nacional de Antropología e Historia (SAINAH), párr. 101.

⁵⁹ Principios Internacionales Consulta, párr. 31.

⁶⁰ Principios Internacionales Consulta, párr. 32

⁶¹ Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, párr. 134.

fundamentales de la consulta previa y la participación.⁶²

VI. 8. La consulta es parte de un proceso continuo de participación

Según el Relator Especial, “una de las situaciones más comunes a las que ha tenido que enfrentarse los órganos de control normativo de la OIT es la realización de supuestas consultas a los pueblos indígenas que consisten en meros trámites de audiencia o información.”⁶³ Al considerar estos tipos de situaciones, la OIT ha reiterado en diferentes ocasiones que “una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo dispuesto en el Convenio”, siendo necesario es establecimiento de un “diálogo genuino entre ambas partes [gobierno y pueblos indígenas] signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común.”⁶⁴

La falta de consentimiento por parte de los pueblos indígenas no quita legitimidad al procedimiento de consulta.⁶⁵ De la misma manera, ellos no previne la futura participación de los pueblos indígenas en el proyecto o medida propuesta. La OIT afirmó que la participación es un proceso continuo que no termina con la decisión del proyecto. Al contrario, los pueblos indígenas deben participar en todos los niveles de toma de decisiones mientras la situación creada por la decisión estatal persista y otras medidas relacionadas con la misma medida.⁶⁶ Esto implica participación en la evaluación e implementación de la medida propuesta y participación en la formulación de otras medidas a ser implementadas, como los estudios de impactos ambientales y sociales.⁶⁷

VI. 9. La consulta debe garantizar que los pueblos indígenas sean copartícipes en su propio desarrollo

Como la OIT ha reiterado, el artículo 6 sobre consulta debe ser leído de manera conjunta con el artículo 7.⁶⁸ De hecho, durante la revisión del Convenio 107 y

⁶² Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (num. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), BB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 79.

⁶³ Principios Internacionales Consulta, párr. 21.

⁶⁴ Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (num. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), BB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 90.

⁶⁵ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Académicos del Instituto Nacional de Antropología e Historia (SAINAH), párr. 89.

⁶⁶ 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); GB.277/18/; GB.282/14/2, párr. 30.

⁶⁷ 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); GB.277/18/; GB.282/14/2, párr. 39.

⁶⁸ Organización Internacional del Trabajo, Informe del Comité encargado de examinar la

superación de la visión integracionista, la OIT estableció el principio de participación de manera a incluir la voz de los pueblos indígenas en la definición de políticas orientadas a su desarrollo.

El párrafo primero del artículo 2 del Convenio 169 establece que es deber de los Estados el implementar acciones coordinadas, con la participación de los pueblos indígenas, para proteger los derechos de los pueblos. El párrafo primero establece que estas acciones deben asegurar la no discriminación respecto a derechos y oportunidades; la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales; y la eliminación de las diferencias socio-económicas. El artículo 2 establece las dos orientaciones básicas del Convenio 169, cuales son el asegurar el proceso de desarrollo de los pueblos indígenas y proporcionar mecanismos de participación para que participen en este proceso. Ambos elementos son fundamentales para la aplicación del Convenio 169, contribuyendo para la prevención de conflictos y construcción de un modelo de desarrollo inclusivo.⁶⁹

[E]l Comité [r]ecuerda que la piedra angular del Convenio son los mecanismos de consulta y participación y que su finalidad no es formal sino que estos mecanismos fueron previstos para que los pueblos indígenas puedan participar efectivamente en su propio desarrollo y que por otra parte la adecuada aplicación de estos mecanismos contribuye a prevenir y resolver conflictos de intereses, construir proyectos de desarrollo inclusivos y aumentar de esa manera la cohesión social en el respeto a la diversidad. El Comité analizará a continuación otros aspectos relacionados con la consulta y la participación.⁷⁰

En este mismo sentido, el Relator Especial, respecto a su visita al Ecuador el 28 y 29 de mayo del 2007, indicó que “[a]l oponerse a la imposición de una parte sobre la otra, los principios de consulta y de consentimiento buscan promover el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones”.⁷¹

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), Doc. 161998BOL169:

Sin embargo, dado que estas acciones de saneamiento de las tierras solicitadas y las expropiaciones y concesiones para fines de explotación minera y petrolera pueden afectar directamente la viabilidad y los intereses de los pueblos indígenas concernidos, el Comité desea recordar que el artículo 15 del Convenio debe leerse en concordancia con los artículos 6 y 7 del Convenio y por el hecho de la ratificación los gobiernos deben velar por que las comunidades indígenas interesadas sean consultadas oportuna y adecuadamente sobre el alcance y las implicaciones de las actividades de exploración y explotación, sea de actividades mineras, petroleras o forestales.

⁶⁹ Organización Internacional del Trabajo, 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), Doc. 161998BOL169, párr. 4.

⁷⁰ RECLAMACIÓN (artículo 24) - 2006 - BRASIL - C169 ---- Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF). GB.295/17; GB.304/14/7, párr. 44.

⁷¹ Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development: Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, S. James Anaya. Addendum: Summary of cases transmitted to Governments and replies received, A/HRC/9/9/Add.1 (15 de agosto de 2008), Annex I: “Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador (Junio de

VII. Conclusiones

El presente *Amicus Curiae*, presentado por Isabela Figueroa Sabbadini con el soporte del EDLC, demuestra que es deber ineludible e intransferible del Estado el consultar con los pueblos indígenas previo la aprobación de una legislación que pueda afectar el ejercicio de sus derechos.

Una consulta, conforme lo establecido por los instrumentos internacionales a los cuales el Ecuador se ha suscrito, tiene que responder a los criterios *supra* descritos para que sea considerada válida.

Al no haber consultado los pueblos indígenas previo la aprobación de la Ley de Minería, el Estado violó la Constitución, razón por la cual la Ley de Minería adolece de inconstitucionalidad.