

**ENSAYO SOBRE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN RELACIÓN CON LOS PUEBLOS
ORIGINARIOS: EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA**

*Paula SÁNCHEZ**

*3^{er} Premio del 1^{er} Concurso de Ensayos de **EN LETRA** sobre
Derecho Constitucional en la Categoría “Graduados”*

Fecha de recepción: 14 de octubre de 2016

Fecha de aprobación: 28 de febrero de 2017

Resumen

El presente trabajo tiene como principal objetivo abordar el derecho a la consulta previa, un derecho colectivo inherente a las comunidades indígenas que habitan nuestro continente, fundamentalmente en América Latina, determinando el porqué de su reconocimiento, qué es y cuándo se aplica, cuáles son los presupuestos mínimos para su configuración y su relación con otros derechos de incidencia colectiva. Asimismo, me propongo trazar un repaso por los instrumentos jurídicos más relevantes que nos ofrecen el derecho interno y el Sistema Internacional e Interamericano de Derechos Humanos, los cuales reconocen a la consulta previa, como así también por algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derecho Humanos que imponen obligaciones insoslayables, que los Estados deben observar cuando se vean afectados los derechos socioeconómicos y culturales de los pueblos originarios que habitan sus territorios, para no incurrir en grave responsabilidad internacional. Por último, formularé una conclusión surgida a la luz del análisis de lo mencionado anteriormente, que aspira a la reflexión de todos los lectores.

* Abogada graduada de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Agradezco a Betiana Wilhelm por las correcciones del abstract. Correo electrónico de contacto: paula287@hotmail.com

Palabras clave

Consulta previa - comunidades indígenas - pueblos originarios - Corte Interamericana de Derechos Humanos

ESSAY ON CITIZEN PARTICIPATION RELATED TO INDIGENOUS PEOPLES: THE RIGHT TO PRIOR ENQUIRY

Abstract

The present work has the main objective of tackling the right to prior enquiry, an inherent collective right of indigenous communities that inhabit our continent, mainly in Latin America, and to determine the reason for it's recognition, it's concept and opportunity for application, minimum requirements for it's configuration and connection with other collective rights. Also, this essay attempts to provide a review of the most relevant legal instruments enshrined in domestic law and International and Inter-American Human Rights System that recognize prior consultation, as well as some pronouncements by the Inter-American Court of Human Rights which impose unavoidable obligations on States that must observed when the socio-economic and cultural rights of indigenous peoples living in their territories are affected, to not incur serious international responsibility. Finally, this essay culminates with the formulation of a conclusion arisen from the analysis, which only aspires to lead a reflection.

Keywords

Prior consult - Indigenous Peoples - Inter-American Court of Human Rights

"Los pueblos indígenas hemos podido ocultar nuestra identidad, porque hemos sabido resistir".

— Rigoberta Menchú

I. Introducción

Más de quinientos años de historia han pasado desde el desembarco europeo en nuestro continente latinoamericano, habitado desde tiempos inmemorables por hombres

y mujeres organizados bajo su propia civilización, dueños de una cosmogonía de avanzada, imposible de ser comprendida por los conquistadores. Aquella conquista dio nacimiento a la hegemonía del imperio español en occidente y, al mismo tiempo, comienzo a la decadencia de las culturas nativas. Desde aquel día, los antiguos dueños de las tierras debieron resistir, primero el genocidio, luego las enfermedades que los sorprendieron sin defensas y, los pocos sobrevivientes, la destrucción de gran parte de su legado cultural, la desaparición de sus lenguas nativas, al saqueo del oro y la plata del Potosí, la esclavización de su gente y la imposición de una religión monoteísta que, siempre en nombre de Dios, cometió los peores pecados. Siglos resistiendo la invisibilización de sus pueblos, sobreviviendo a la intemperie de la ley, que reducía a los indígenas a una categoría similar a la de cosas, porque los derechos para el "indio" llegarían con mucho tiempo de retraso y, aún hoy, siguen siendo más enunciados que realidad.

Actualmente, alrededor de seiscientos cuarenta y dos pueblos indígenas en Latinoamérica, que representan entre treinta y cincuenta millones de habitantes, aún son discriminados en razón de sus diferencias étnicas y culturales, pese a los avances en el reconocimiento del carácter multicultural de los países de la región, obtenidos gracias a la conquista de las comunidades indígenas de diversos espacios de participación como consecuencia de su organización, movilizaciones e incidencia en ámbitos de decisión. Persiste de esta manera una brecha de implementación que no ha hecho posible un impacto efectivo de los avances jurídicos y políticos en sus condiciones de vida (ARIZA et al., 2016).

La problemática por la que han atravesado a lo largo de la historia las comunidades indígenas de América Latina sigue vigente, pero podemos ver que en los últimos cuarenta años, con la aparición de nuevas organizaciones y movimientos sociales, tales como la Federación Shuar, la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonia Ecuatoriana (CONFENIAE), la Asociación Indígena de la Selva Peruana (AIDSESP), el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) en Colombia, la Confederación Indígena del Oriente Boliviano (CIDOB), la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), la Unión Nacional de Indios del Brasil (UNI), la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), entre otras, se está produciendo una especie de viraje en la forma de ver y entender a las comunidades indígenas, pues ellas con su lucha y sus demandas concretas respecto de temas puntuales como sus tierras, el cuidado y preservación del medio ambiente, el respeto a sus culturas, y más recientemente, el reconocimiento de su derecho a la libre determinación, han irrumpido en la escena

política y social de los Estados, empoderándose y haciendo escuchar su voz, participando en procesos muy importantes referidos a temas de su incumbencia. Así podemos mencionar que tomaron parte en los debates previos a la adopción del Convenio 169 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, "OIT"). También forman parte de los órganos directivos del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, creado en 1992 por la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado, al igual que participan en las consultas que realiza actualmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, "OEA"). Hoy en día las organizaciones indígenas organizan reuniones y difunden sus programas e ideas, pero también negocian con las autoridades públicas, mandan representantes a conferencias internacionales, y con frecuencia reciben ayuda financiera de agencias internacionales para fines específicos (STAVENHAGEN, 2002).

Particularmente en Argentina, históricamente, los procesos ideológicos que proclamaban la herencia europea de la Nación y negaban el origen indígena, han distorsionado la cuestión relativa a los pueblos originarios pero, positivamente y siguiendo los desarrollos progresivos a nivel internacional que cambiaron el paradigma, la política nacional fue realizando importantes avances en materia de reconocimiento de derechos a pueblos indígenas, como por ejemplo, la creación en 1985 del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, y el reconocimiento de sus derechos en la Constitución Nacional, tras la reforma en 1994, entre otros.

Los Estados Latinoamericanos en general juegan un papel fundamental en este proceso de revalorización de los pueblos originarios porque, paulatinamente, comienzan a reconocerles derechos, individuales y colectivos, no solo en sus órdenes jurídicos internos, a través de nuevas leyes e incluso con cambios importantes en sus Constituciones Nacionales, sino además mediante la suscripción de instrumentos internacionales. Pero paralela y contradictoriamente, en oportunidades aplican políticas que vulneran esos derechos de las comunidades autóctonas, ya sea por cuestiones ideológicas de los gobiernos locales o por intereses particulares de algunos funcionarios públicos, o ambas. De esta forma, por ejemplo, vemos que se habilitan grandes obras e inversiones o se autoriza la tala indiscriminada de los bosques nativos y la explotación desmedida de los recursos naturales en zonas habitadas por comunidades indígenas o sus alrededores, que podrían afectar su modo de vida, sin haberlas consultado previamente.

Es por ello que, habiendo dado un pantallazo general sobre la situación histórica y actual de los pueblos indígenas en Latinoamérica, iré directamente al punto fundamental de este trabajo, que es el siguiente: ¿Existe algún mecanismo jurídico para garantizar la plena participación de los pueblos originarios y, en general de los grupos étnicos o tribales, en asuntos estatales que potencialmente afecten sus intereses como comunidad, cuya implementación sea obligatoria para los Estados en cuyos territorios habitan esas comunidades, bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional?

Es precisamente la consulta previa, como derecho colectivo de las comunidades indígenas y tribales, el mecanismo de participación directa de las mismas en los asuntos que pueden afectar su desarrollo socio-económico y cultural y sus intereses en general.

En el desarrollo de este pequeño ensayo, iremos abordando el contenido del derecho a la consulta previa, qué es y en qué casos procede, cuáles son los instrumentos legales que la reconocen como obligación para los Estados y cuáles son los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH") más emblemáticos que facilitan la interposición de futuros reclamos, para concluir que el derecho a la consulta previa es una garantía fundamental para la protección de los demás derechos colectivos e individuales de las comunidades indígenas y sus miembros, como el derecho a la propiedad comunitaria de sus tierras, a su cultura, al medioambiente, entre otros.

II. La Consulta Previa: ¿Qué es y cuándo se aplica? ¿Cuáles son sus principales características y presupuestos mínimos para su configuración? El diálogo como herramienta fundamental del consenso

La consulta previa es un mecanismo democrático para la adopción de decisiones, una obligación internacional de realización por parte de los Estados y un derecho fundamental de los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos (tribales)¹ cuando se

¹ Tal como sostiene la Dra. Raquel Yrigoyen Fajardo, ex consultora de la OIT para el Programa de promoción y aplicación del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, en una entrevista realizada por Noticias Aliadas (2011: 3), no hay una norma internacional que defina quiénes son pueblos indígenas, pero sí existen algunos criterios de identificación de a qué colectivos se les aplican los derechos indígenas. El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, en su artículo 1,

toman medidas de carácter legislativo y administrativo, o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios. El objetivo de la consulta previa es proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación. Su fundamento se encuentra "en el derecho que tienen los pueblos de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural." (RODRÍGUEZ, 2010: 36-7).

Como señaló el Dr. James Anaya, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, propuesto como perito por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "CIDH") en oportunidad de presentarse en la audiencia pública² por el caso "Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador", que más adelante abordaremos, la consulta previa no debe ser la simple presentación de un proyecto ya armado y definido por parte de los Estados, ni un sí o un no de las comunidades involucradas. Según él, el proceso de consulta tiene que tener forma de diálogo y los pueblos originarios afectados deben poder

dice que la conciencia de su identidad deberá considerarse un criterio fundamental para determinar a qué grupo se aplican las disposiciones de este Convenio. Así, para los pueblos indígenas define dos criterios objetivos: uno es el hecho de descender de poblaciones que estaban antes de la conquista, la colonización o el establecimiento de las fronteras actuales, y el otro es que conserven alguna parte o todas sus instituciones sociales, culturales, económicas, políticas, cualquiera sea su situación jurídica. Consultado en [http://www.noticiasaliadas.org/objetos/informe/14PE_consulta_na.pdf] el 23.09.2016

² La audiencia pública por el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, comenzó el 6 de julio de 2011. En horas de la mañana, el Presidente de la Corte, Sr. Juez Diego García Sayán abrió la audiencia pública del Caso. La Corte escuchó la declaración del perito propuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, James Anaya y las preguntas realizadas a éste por la representante de la Comisión Interamericana, Sra. Luz Patricia Mejía. Asimismo, la Corte escuchó las preguntas realizadas por los representantes de las presuntas víctimas a través del Sr. Mario Melo al perito. Finalmente, la representación del Estado a través de la Sra. Dolores Miño y del Sr. Alonso Fonseca realizó las preguntas a James Anaya. Por su parte, el Juez Eduardo Vio Grossi realizó tres preguntas a este último. La Jueza Rhadys Abreu realizó dos preguntas al perito, y la Jueza May Macaulay también realizó preguntas al Sr. James Anaya, así como el Juez Manuel E. Ventura Robles, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Diego García Sayán y nuevamente la Jueza May Macaulay. Consultado en [<https://vimeo.com/26163008>] el 25.08.2016.

participar desde las fases iniciales de esos proyectos, porque nadie mejor que ellos, como habitantes de esos territorios, pueden aportar si son factibles esos planes, cómo y dónde pueden realizarse, cuáles serían los beneficios y para quiénes. Así, mediante el consenso se puede arribar a una solución que armonice los derechos de las comunidades indígenas con el derecho de los Estados al desarrollo humano y al progreso económico. La consulta previa se presenta entonces como un elemento fundamental para la construcción de un nuevo modelo de relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas en vistas al desarrollo.

El Dr. Anaya sostiene que la consulta es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad, cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Las características específicas del proceso de consulta requerido por el deber de celebrar consultas variarán necesariamente en función de la naturaleza de la medida propuesta y del alcance de su impacto sobre los pueblos indígenas (OACNUDH, 2011).

Ahora bien, ¿podemos decir que existe una fórmula preestablecida para todos los países de cómo deben llevarse a cabo los procesos de consulta previa? Aunque esto no es así, porque no existe un único modelo uniforme para todos los Estados, ya que debe haber un margen de flexibilidad que permita contemplar las circunstancias propias de cada caso particular, se han establecido algunas características que guían la consulta:

- a) Debe realizarse con carácter previo.
- b) La consulta no se agota con la mera información.
- c) Debe ser de buena fe, dentro de un proceso que genere confianza entre las partes.
- d) Debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas.
- e) Debe ser sistemática y transparente.
- f) El alcance de la consulta debe buscar el entendimiento mutuo y el consenso en

la toma de las decisiones (OACNUDH, 2011).

III. Las fuentes jurídicas de la consulta previa

El derecho internacional de los derechos humanos no hace más que reconocer derechos que son inherentes a las personas y a los pueblos, siendo la consulta previa un ejemplo de ello, como derecho colectivo de los pueblos indígenas y tribales. ¿Cuál es entonces ese hontanar jurídico en el que se halla contemplado este derecho? Una nueva corriente de reconocimiento, valorización e inclusión de las comunidades se contraponen al legado de opresión manifestándose en los nuevos instrumentos internacionales y Constituciones Nacionales de los Estados, plasmándose también en legislaciones internas de estos últimos, que empiezan a reconocer una nueva forma de relacionamiento con los pueblos originarios, dentro de un modelo pluricultural, donde estos pueden tomar parte de las decisiones que afectan el goce de sus derechos individuales y colectivos, en condiciones de igualdad, siendo necesaria la figura jurídica de la consulta previa como un elemento para garantizar el ejercicio de esos derechos. Vale recordar que, algunos de esos instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, poseen jerarquía constitucional, mientras que otros sólo cuentan con una jerarquía superior a las leyes, conforme al orden de supremacía instaurado con la reforma de 1994.

Para analizar los derechos de las comunidades originarias reconocidos por nuestra Constitución Nacional debemos remitirnos al artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, que proclama la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, estableciendo como "facultad" (obligación en realidad) del Congreso garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural, reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, considerándolas como inajenables, intransmisibles y no susceptibles de gravámenes o embargos. Y en lo que refiere específicamente al derecho de participación de dichas comunidades dispone lo siguiente: "[a]segurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que los afecten". Es decir que, si bien no menciona expresamente a la consulta previa, sí reconoce el derecho de las comunidades indígenas a participar en todo aquello que pueda afectar sus intereses, y el mecanismo más efectivo para poner en práctica esto es, sin lugar a dudas, la consulta previa. Sin embargo, aún sigue siendo materia pendiente del Estado Argentino reglamentar este artículo, tanto en materia de propiedad comunitaria de las tierras de las comunidades indígenas como en lo que atañe a

la consulta previa y participación de las mismas en los procesos que puedan afectar sus intereses económicos, sociales y culturales, como sí lo han hecho otros estados latinoamericanos, tales como Colombia³ y Perú.⁴

Por otro lado, mediante el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional se incorporaron una serie de tratados internacionales de derecho humanos con jerarquía constitucional y se reconoció la superioridad frente a las leyes de los demás tratados. Seguidamente abordaremos algunos de esos instrumentos internacionales, pertenecientes al Sistema de las Naciones Unidas y al Sistema Interamericano, que reconocen los derechos de los pueblos originarios.

Dentro del Sistema de las Naciones Unidas, encontramos el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes⁵, que Argentina había suscripto y ratificado por ley 24.071 de 1992, el cual cuenta con jerarquía superior a las leyes desde la Reforma del '94. En virtud de este convenio los Estados firmantes se obligaron a (art. 6):

- 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

3 El decreto 1320/98 dispone en su artículo 1° que "[l]a 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, [...] y las medidas propuestas para proteger su integridad". Consultado en [http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/Decreto_1320_de_1998.pdf] el 20.09.2016.

4 Ley 29.785, aprobada el 23 de agosto de 2011.

5 Los Estados partes del Convenio 169 son: Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Holanda, Noruega, Paraguay, Perú, España y Venezuela. Consultado en [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf] el 25.08.2016.

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.

El mismo artículo 6 *in fine* dispone: "[l]as 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". Es fundamental entonces que todo proceso de consulta sea realizado de buena fe por los Estados desde el inicio, sin intenciones de generar conflictos entre los miembros de la comunidad, y no solamente motivados por la sanción que conllevaría no consultar. Los Estados deben pensar en primer orden si sus decisiones pueden afectar a algún grupo étnico de la región y consultar previamente, porque lo que ese grupo o grupos manifiesten es importante en miras al desarrollo sustentable. Pero además, aclara la norma, el fin último tiene que ser el acuerdo o lograr el consentimiento, siendo fundamental para ello el diálogo respetuoso entre el Estado y las comunidades consultadas.

El artículo 1.1 del Convenio 169 determina a quiénes se va a alcanzar, aunque no define estrictamente qué se entiende por "pueblos indígenas y tribales", limitándose a describir los pueblos a los que trata de proteger, ya que tampoco existe a nivel internacional un consenso acerca del término "pueblos". Pero el artículo 1.2 nos da una pauta para la aplicación del Convenio, estableciendo que "la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio".

El Convenio se aplica (art. 1.1.):

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados

indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Por su parte, el artículo 15.2 señala lo siguiente:

[...]os gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

Retomando la idea ya mencionada, no hay consulta previa si el Estado consulta cuando los proyectos ya están "cocinados", es decir, luego de autorizarlos y, mucho menos, una vez que los mismos se ponen en marcha.

Los procesos de consulta previa a los pueblos indígenas son una obligación internacional de los Estados, entre los cuales se encuentra Argentina como Estado suscriptor, de acuerdo con las disposiciones del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, este procesos participativos afrontan algunas limitaciones como la falta de claridad conceptual y consensos sobre quiénes representan a los pueblos indígenas, sin mencionar la inacción de los gobiernos locales para legislar e implementar los mecanismos de participación a los que se obligaron.

La Guía de Aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, "OIT"),⁶ adoptada como respuesta a numerosas solicitudes de los Estados parte, pueblos indígenas y organizaciones sociales, que buscaban conocer con

⁶ Consultado en [<http://www.aecid.es/Centro-Documentacion/Documentos/Publicaciones%20AECID/6.%20Implementaci%C3%B3n%20Convenio%20169%20-%20ILO.pdf>] el 22.08.2016.

mayor profundidad el significado, el alcance y los impactos del Convenio, manifiesta que los Estados deberán celebrar consultas incluso cuando se modifiquen disposiciones jurídicas sobre las tierras y el territorio, pero que los pueblos indígenas, "como ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecten a todo el país" (MORRIS *et al.*, 2009:11).

En definitiva, el Convenio 169 de la OIT constituye una de las principales normas internacionales en materia de consulta previa, porque establece dos elementos centrales: por un lado, el deber de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas a través de instituciones representativas de éstos y, por otro lado, que las consultas llevadas a cabo mediante las directrices del Convenio tienen la finalidad de lograr consentimiento entre gobiernos y pueblos indígenas sobre las medidas planteadas por los primeros, que puedan afectar a los segundos.

Desde el año 2007, el Derecho Internacional nos ofrece un nuevo instrumento jurídico: la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁷ Esta declaración constituye el nuevo estándar mínimo para la protección de los derechos humanos de los pueblos y las personas indígenas, y representa un cambio de paradigma con respecto a la visión tradicional de los derechos humanos. En su artículo 19 establece:

[L]os 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.

⁷ Esta Declaración N° 61/295 fue aprobada el 13 de septiembre de 2007 en la 107ma Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, y establece un marco universal de estándares mínimos para la dignidad, bienestar y derechos de los pueblos indígenas del mundo. Fue adoptada por una mayoría 144 Estados a favor, 4 votos en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos de América) y 11 abstenciones (Azerbaiyán, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, La Federación Rusa, Samoa y Ucrania). Disponible en [http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf].

Aquí se reitera la idea de buena fe y la finalidad de la consulta previa de obtener el consentimiento para cualquier medida de los Estados que pueda afectar los intereses de los pueblos indígenas.

Asimismo, la consulta se vincula a otros derechos reconocido en la Declaración como: el consentimiento en caso de traslado o reubicación (art. 10), las medidas de reparación (art. 11), las medidas para combatir la discriminación (art. 15), la protección de los niños indígenas de la explotación infantil (art. 17), el derecho a la reparación (art. 28), el consentimiento en cuanto a la utilización de las tierras indígenas (art. 29), la utilización de tierras para actividades militares (art. 30), proyectos que puedan afectar las tierras y territorios (art. 32), la aplicación de medidas en relación a pueblos indígenas divididos por fronteras internacionales (art. 36).

Una figura de importancia es la del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, quien tiene entre sus funciones investigar formas de superar los obstáculos existentes para proteger los derechos de los indígenas. En el año 2003, cuando aún se discutía el proyecto de la Declaración de los Pueblos Indígenas, el Relator James Anaya manifestó que el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas, así como el derecho de libre determinación de las comunidades y pueblos indígenas, han de ser condiciones previas necesarias de esas estrategias y proyectos (AMELLER *et al.*, 2012:19).

Asimismo, el Relator desarrolló el concepto del consentimiento libre, previo e informado, sentando de esta manera las bases que deben respetar los Estados al momento de establecer una medida que potencialmente afecte a los pueblos indígenas: no debe haber coerción, intimidación ni manipulación; el consentimiento debe basarse en la buena fe, debe obtenerse con suficiente antelación a cualquier autorización o inicio de actividades, debe obtenerse luego de proporcionar suficiente y amplia información comprensible y en el idioma del pueblo o comunidad afectada y debe obtenerse de las autoridades designadas por las mismas comunidades (AMELLER *et al.*, 2012:20).

Otro instrumento internacional de relevancia en materia de consulta previa, que goza de jerarquía constitucional en nuestro país actualmente, es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, "PIDCP"), adoptado a través de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, vigente desde el 23 de marzo

de 1976. En su artículo 27, el PIDCP reza:

[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Si bien la disposición citada resulta bastante general a la hora de intentar una interpretación, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas elevó la denominada Observación General N° 23⁸ en 1994, donde se desarrolla el alcance del artículo citado, afirmando al respecto que (art. 6.2),

aunque los derechos amparados por el artículo 27 sean derechos individuales, dichos derechos dependen a su vez de la capacidad del grupo minoritario para conservar su cultura, su idioma o su religión. En consecuencia, puede ser también necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura y su idioma perfeccionándolos y a practicar su religión, en común con los otros miembros del grupo.

La Observación también señala que los derechos culturales de estas minorías se relacionan íntimamente con sus recursos y territorios; por lo tanto, puede verse necesario adoptar medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan. De esta manera, en la Observación se afirma que los derechos consagrados en el artículo 27 del PIDCP reconocen implícitamente el derecho de los grupos indígenas a

⁸ Observación General No. 23, comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 27 - Derecho de las minorías, 50º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 183 (1994). Disponible en [<http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom23.html>] consultado el 01/08/2016.

participar en las decisiones que los afecten. A pesar de que la disposición normativa citada resulta demasiado específica, la Observación General, de manera interpretativa, al establecer la necesidad de establecer canales de participación efectiva de grupos minoritarios cuando se tomen decisiones que puedan afectarles, indirectamente incluye a la consulta previa dentro de las “medidas positivas” para asegurar la participación de las comunidades cuando se vean afectados sus intereses.

Por otra parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (en adelante, “CEDR”), creado en el año 1969 como entidad de monitoreo de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de la Discriminación Racial, elabora recomendaciones a los Estados partes para dar cumplimiento al Convenio. En consonancia con su objetivo, el CEDR elaboró la Recomendación General No. 23 en 1997⁹, enfocada a combatir a la discriminación a pueblos indígenas, por la que reafirma que las disposiciones de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial se aplican a esos pueblos, exhortando a los Estados en su artículo 4, inciso d) a “que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”; estableciendo la necesidad de reconocer los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios colectivos, al disponer en el artículo 5: “en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos”. Por tanto, la consulta previa queda implícitamente reconocida como mecanismo para lograr el consentimiento libre e informado.

Otro mecanismo de protección dentro del Sistema de Naciones Unidas es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “CDESC”), establecido en 1985, encargado de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este órgano de aplicación insta mediante informes a los Estados partes a consultar con los pueblos indígenas antes de adoptar decisiones que los afecten y, en otros casos, ordena de forma específica que se consiga el “pleno consentimiento” de los pueblos indígenas susceptibles de afectación.

⁹ Aprobada en su 51º período de sesiones. Consultado en [<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/rec-23.html>] el 27.08.2016.

Viniendo a nuestro continente, dentro del Sistema Interamericano, a pesar de que la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, "CADH"), como matriz jurídica fundamental de la OEA, no menciona expresamente cuáles son los derechos colectivos de las comunidades indígenas ni prevé en su redacción a la consulta previa como mecanismo de protección, sus órganos de aplicación, a saber, la Corte IDH y la CIDH, comenzaron a realizar interpretaciones extensivas de la convención que las creó, supliendo de alguna manera esa laguna jurídica que los Estados optaron por dejar en el proceso de negociación y suscripción de la misma. Podemos advertir una vocación de ambos órganos por darles protección a los pueblos originarios en numerosos pronunciamientos que, paulatinamente, fueron conformando una jurisprudencia imposible de desconocer por los Estados parte de la Convención, como es el caso de Argentina, donde esas interpretaciones tienen jerarquía constitucional, conforme al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, porque forman parte de las condiciones de vigencia de la CADH.

Algunas sentencias emanadas por la Corte IDH establecen detalladamente los casos susceptibles de realización de la consulta y disponen, en algunos casos, que debe irse más allá de la consulta, siendo necesaria la obtención del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas. También en estas sentencias es posible encontrar el desarrollo del concepto del territorio para las comunidades indígenas de acuerdo con su espiritualidad y cultura. Entre otros aspectos, estos pronunciamientos desarrollan el tema de reparaciones a la afectación de los pueblos indígenas, a través de la orden de devolución de tierras y otras formas de reparaciones no pecuniarias, así como las indemnizaciones (AMELLER *et al.*, 2012: 21).

Para mencionar algunas de las sentencias más importantes de la Corte IDH, en relación a esta materia, podemos referirnos a: Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007)¹⁰, Caso Yatama vs. Nicaragua (2005), Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas

¹⁰ En la sentencia del 28 de noviembre de 2007, la CIDH reafirmó la legitimación activa del Pueblo Saramaka, tal como la Comisión y los representantes alegaron al considerar que el mismo conforma una unidad tribal y que el derecho internacional de los derechos humanos le impone al Estado la obligación de adoptar medidas especiales para garantizar el reconocimiento de los derechos de los pueblos tribales, incluso el derecho a la posesión colectiva de la propiedad. El Estado, por su parte, había objetado que el pueblo Saramaka pueda definirse como una comunidad tribal sujeta a la protección del derecho internacional de los derechos humanos respecto del derecho a la posesión

Tingni vs. Nicaragua (2001). Pero uno de los casos más recientes y emblemáticos fue, sin lugar a dudas, el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador del año 2012, que desarrollaremos más adelante.

IV. La Consulta Previa y su relación con otros derechos

En el mundo jurídico podemos reconocer diferentes categorías de derechos, dentro de las cuales se encuentran los derechos colectivos que, como sostuvo recientemente la CSJN, "pueden caracterizarse como aquellos que, teniendo por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, presentan como objeto de tutela una pretensión general de

colectiva de la propiedad. La Corte observó que el pueblo Saramaka no es indígena a la región que habita; sino que fue llevado durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam. Por lo tanto, estaba haciendo valer sus derechos en calidad de presunto pueblo tribal, es decir, un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones. Destacó la Corte que los integrantes del pueblo Saramaka mantienen una fuerte relación espiritual con el territorio ancestral que han usado y ocupado tradicionalmente. La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka. Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual. En ese territorio, el pueblo caza, pesca y cosecha, y recoge agua, plantas para fines medicinales, aceites, minerales y madera. Los sitios sagrados están distribuidos en todo el territorio, a la vez que el territorio en sí tiene un valor sagrado para ellos. En especial, la identidad de los integrantes del pueblo con la tierra está intrínsecamente relacionada con la lucha histórica por la libertad en contra de la esclavitud. Asimismo, destacó que se puede caracterizar su economía como tribal, ya que la mayor cantidad de alimentos que consumen los Saramaka proviene de fincas y de jardines tradicionalmente cultivados por las mujeres de la comunidad, mientras que los hombres pescan y cazan cerdos salvajes, ciervos, tapir, toda clase de monos, distintas clases de aves, todo lo que comen los Saramakas. También, las mujeres recolectan distintos tipos de frutas, plantas y minerales, que utilizan en varias formas, incluso para hacer canastas, para cocinar aceite y para los techos de sus viviendas. Por ello, de acuerdo con lo expuesto, la Corte consideró que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones. Consultado en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf] el 23.09.2016.

uso o goce de un bien jurídico insusceptible de fragmentación en cabeza de cada reclamante, desde que tienen ante todo un carácter impersonal" (CSJN, 2007).¹¹

El de los pueblos indígenas -y demás grupos étnicos- a la consulta previa es definitivamente un derecho colectivo. Sin embargo, este derecho no se encuentra aislado sino que se presenta necesariamente en conjunción con otros derechos de incidencia colectiva, reconocidos a los pueblos y a los ciudadanos en general. Ellos son el derecho a la participación ciudadana y el de libre determinación, entendida esta última como la facultad de los pueblos de elegir sus propios destinos, con plena autonomía y autogobierno, con los alcances establecidos en distintos instrumentos internacionales como la Carta de San Francisco, la Resolución 1514 de la ONU, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Para poder entender mejor, imaginemos que lo estático en esa correlación de derechos colectivos son los derechos a la participación ciudadana y a la libre determinación de los pueblos, ya que funcionan como principios, enunciados que marcan directrices a los Estados en sus ordenamientos internos y al Sistema de Derecho Internacional de Derechos Humanos, mientras que en la faz dinámica, como un mecanismo legal de los pueblos para hacer efectivos esos derechos, encontramos a la consulta previa. Es decir, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a su libre determinación, tal como lo reconoce la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el PIDCP. En virtud de ese derecho pueden determinar libremente su condición política, perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural y, en ejercicio del mismo, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas. Pero esa "libre determinación" puede verse afectada muchas veces por el accionar del Estado al que pertenecen, en sus planes de desarrollo económico y social, siendo allí cuando se pone o debiera ponerse en marcha la consulta previa como herramienta dinámica, para garantizar que la afectación no se produzca.

¹¹ CSJN (26.6.2007) *in re* "Defensor del Pueblo de la Nación – inc. dto. 1316/02 c. E.N. – P.E.N. – dtos 1570/01 y 1606/01 s. amparo ley 16.986", en Fallos: 330:2800 y LL 2007-E-145.

Por otro lado, una democracia plena no requiere solamente de mecanismos e instrumentos eficaces de participación electoral, sino también los de la democracia participativa referidos a la participación ciudadana, consagrada en el artículo 25 del PIDCP y, en nuestro país, como derecho de incidencia colectiva en el marco de los Nuevos Derechos y Garantías. Podemos definir a la participación ciudadana como un conjunto de "mecanismos a través de los cuales los ciudadanos inciden o buscan incidir en las decisiones políticas sin mediación de los partidos políticos" (REMY, 2005: 14). SCURRAH y CHAPARRO (s.f: 139) sostienen que, en su acepción más amplia, abarca tanto la participación influyente de los ciudadanos en general en la toma de decisiones y formulación de políticas que les afecten, como los derechos a la participación y a la consulta de los ciudadanos con derechos especiales. En este sentido, en el marco de una visión democrática, plurinacional e intercultural, los pueblos indígenas y tribales son ciudadanos con derechos especiales, pertenecientes a una minoría, a los que diversos instrumentos jurídicos les reconocen un derecho especial de participación ciudadana, llamado consulta previa.

En definitiva, la consulta previa es un mecanismo dinámico derivado del derecho de participación ciudadana en general, que se pone en marcha para proteger el derecho colectivo de libre determinación de los pueblos indígenas, cuando el Estado pretenda llevar a cabo políticas de desarrollo que puedan afectar los intereses de dichas comunidades.

En una entrevista con Karin Anchelía Jesusi, sostiene CORONADO (2011) que, en materia de pueblos indígenas, todos los derechos están conectados, por lo que la vulneración de un derecho supone siempre la vulneración de otros derechos. Por lo tanto, la consulta no se limita a lograr el acuerdo o el consentimiento, como finalidades del proceso, sino que además lleva implícita una finalidad sustantiva: la posibilidad de que los pueblos indígenas decidan cuáles son sus prioridades de desarrollo, que influyan en las decisiones del Estado y, en algunos casos, se desista de llevar a cabo proyectos que pongan en riesgo sus derechos fundamentales, como el derecho a la vida. Por lo tanto, la consulta no es un derecho abstracto, está vinculado siempre a otros derechos; y es que se consulta para asegurar otro derecho.

V. Un caso emblemático

El conflicto llamado "Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador" marcó un quiebre interpretativo de la Corte IDH pues, si bien en los casos anteriores relativos a comunidades o pueblos indígenas y tribales había declarado violaciones a sus derechos fundamentales, lo hacía de manera individual, es decir, reconociendo violaciones a derechos individuales de cada uno de los integrantes o miembros de esas comunidades o pueblos afectados por el accionar del Estado. Sin embargo, en este caso particular, cuya sentencia se dio a conocer el 27 de junio de 2012, la Corte IDH fue más allá del ámbito individual para reconocer que la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconocía derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros individualmente considerados.¹²

Hace casi veinte años el Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku se refugió en el bosque y se preparó para librar una dura batalla dentro de la selva amazónica ecuatoriana. A finales de la década del '90 comenzó la lucha, tras el otorgamiento por parte del Estado de Ecuador de un permiso a una empresa privada argentina para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en sus territorios, sin consulta previa y, por lo tanto, sin consentimiento del pueblo.

Haciendo un breve repaso histórico de los hechos, basado en lo mencionado en la sentencia de la Corte IDH (2012), y aunque la cuestión del petróleo en Ecuador se inició allá por la década del '60, la raíz del conflicto comenzó el 12 de mayo de 1992, cuando el Estado ecuatoriano adjudicó, a través del Instituto de Reforma Agraria y Colonización, en la provincia de Pastaza, un área singularizada en el título que se denominó Bloque 9, correspondiente a una superficie de aproximadamente 250.000 hectáreas, a favor de las comunidades del Río Bobonaza, entre las cuales se encuentra el Pueblo Kichwa de Sarayaku. El 26 de junio de 1995 el Comité Especial de Licitación convocó la octava ronda de licitación internacional para la exploración y explotación de hidrocarburos en el territorio nacional ecuatoriano, en la que se incluyó el llamado "Bloque 23" de la región Amazónica de la provincia de Pastaza.

¹² Consultado en [<http://corteidhblog.blogspot.com.ar/2012/07/sentencia-en-caso-sarayaku-vs-ecuador.html>] el 27.08.2016.

El 26 de julio de 1996 fue suscrito un contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el bloque No. 23 de la Región Amazónica entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (en adelante, "PETROECUADOR"), el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. (en adelante, "CGC") y la Petrolera Argentina San Jorge S.A., la que luego se llamaría "Chevron Burlington". El espacio territorial otorgado para ese efecto en el contrato con la CGC comprendía una superficie de 200.000 Ha., en la que habitan varias asociaciones, comunidades y pueblos indígenas, entre las que se encontraba Sarayaku, cuyo su territorio ancestral y legal abarcaba alrededor de un 65% de los territorios comprendidos en el Bloque 23. El contrato celebrado entre la empresa estatal PETROECUADOR y la compañía CGC establecía, entre otras cosas, la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, "EIA") de los seis primeros meses obligándose la contratista a presentarlo para la fase de exploración, así como un Plan de Manejo Ambiental para el período de explotación.

A pesar de ello, en numerosas ocasiones la empresa petrolera CGC intentó gestionar la entrada al territorio del Pueblo Sarayaku y conseguir el consentimiento de dicho pueblo para la exploración petrolera mediante acciones extorsivas, como el pago de sueldos a personas particulares dentro de las comunidades para que reclutaran a otras personas a fin de avalar la actividad de prospección sísmica; el ofrecimiento de regalos y de prebendas personales; ofrecimientos de dinero, en forma individual o colectiva; e incluso, en mayo de 2000 el apoderado de la CGC visitó Sarayaku y ofreció USD 60.000 para obras de desarrollo y 500 plazas de trabajo para los hombres de la Comunidad, oferta que fuera rechazada finalmente. No contentos con ello, la estrategia posterior fue dividir a las comunidades, manipular a sus dirigentes y crear campañas de calumnias y desprestigio a líderes y organizaciones, creándose la llamada "Comunidad de Independientes de Sarayaku", para llegar a un acuerdo y justificar su entrada en el territorio (2012: 19-31).

Finalmente, PETROECUADOR firmó con la empresa CGC un Acta de Terminación por mutuo acuerdo del contrato de participación para la exploración y explotación de petróleo crudo en el Bloque 23 y, pese a haberlo solicitado expresamente, el Pueblo Sarayaku no fue informado de los términos de la negociación que sostenía el Estado con la empresa CGC ni de las condiciones en las que se celebró el Acta, que es uno de sus puntos rezaba que las partes "aceptan y ratifican que no existe ningún pasivo ambiental" en el área de concesión atribuible a la contratista (2012: 33-4).

La CGC enterró más de mil cuatrocientos kilogramos de un explosivo de alto poder conocido como pentolita, en el período 2002-2003, durante la fase de exploración sísmica, afectando alrededor de 18.000 hectáreas del territorio Sarayaku (2012: 28). Por ello, el 28 de noviembre del 2002 la Organización de Pueblo Indígenas de Pastaza (en adelante, "OPIP"), representante de las once asociaciones del pueblo Kichwa, presentó un amparo constitucional ante el Juez Primero de lo Civil de Pastaza, en contra de la CGC y al día siguiente, como medida precautoria, el Juez ordenó "suspender cualquier acción actual o inminente que afecte o amenace los derechos que son materia del reclamo". El 24 de abril del 2003 la comunidad Sarayaku presentó una solicitud de medidas cautelares a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para lograr la precautelación de los derechos del Pueblo Kichwa de Sarayaku (2012: 25-6).

Desde el 6 de julio de 2004, y a solicitud de la Comisión, el Máximo Tribunal Interamericano ordenó medidas provisionales a favor del Pueblo Sarayaku y sus miembros, hasta que finalmente el 26 de abril de 2010 la CIDH presentó ante la Corte IDH la demanda contra el Estado de Ecuador (2012: 4-5).

Vale la pena aclarar que, por primera vez en la historia de la práctica judicial de la Corte IDH, el 21 de abril de 2012 se realizó una diligencia en el lugar de los hechos por un caso contencioso sometido a su jurisdicción, cuando una delegación de jueces acompañada por integrantes de la CIDH, las víctimas y sus representantes y el Estado ecuatoriano, visitó el territorio del pueblo Sarayaku y escuchó las declaraciones de jóvenes, mujeres, hombres, ancianos, niñas y niños de la comunidad, quienes compartieron sus experiencias, percepciones y expectativas acerca de sus modos de vida, cosmovisión y sus vivencias en relación con los hechos del caso. Además, las delegaciones emitieron sus criterios y, al sobrevolar el territorio, observaron los lugares en que ocurrieron los hechos (2012: 8-9).

En su sentencia del 27 de junio de 2012, la Corte consideró que el Estado era responsable por la violación del derecho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku, reconocido en el artículo 21 de la CADH, en relación con el derecho a la identidad cultural, en los términos de los artículos 1.1 y 2 de aquel tratado, estableciendo ciertas exigencias para los Estados a la hora de realizar una consulta previa, bajo pena de incurrir en grave responsabilidad internacional: (2012: 99-0)

- La consulta debe ser realizada con carácter previo: se debe consultar, de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. Tratándose de medidas legislativas los pueblos indígenas deben ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, sin restringirse meramente a propuestas.
- La buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo: las consultas deben ser llevadas a cabo 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 (art. 6.2 Convenio 169 de la OIT). No puede agotarse en un mero trámite formal, sino concebirse como un verdadero instrumento de participación con el objetivo de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, con miras a alcanzar un consenso entre las mismas. La buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o agentes o terceros siendo incompatible con prácticas como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos o negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales. La buena fe debe manifestarse en un diálogo genuino como parte de un proceso de participación con miras a alcanzar un acuerdo.
- La consulta adecuada y accesible: las consultas a pueblos indígenas deben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus propias tradiciones. Los medios empleados deben ser apropiados y mediante las instituciones representativas de los pueblos, debiendo tomarse 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, teniendo en cuenta su diversidad lingüística, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena. La adecuación implica también que la consulta tiene una dimensión temporal, que depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de

decisión.

- La consulta debe ser informada: los pueblos indígenas deben tener conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes.
- Estudio de impacto ambiental: la Corte dispuso, "la realización de tales estudios constituye una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo" (2012: 64).

Los EIA sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. Su objetivo no es únicamente tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también asegurar que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. Asimismo, los EIA deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas respetando las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas, debiendo ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar los EIA coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones.

VI. Corolario

A modo de conclusión, podemos afirmar que existe un derecho colectivo fundamental de los pueblos originarios y tribales llamado consulta previa, el cual se encuentra íntimamente ligado a los derechos de libre determinación y de participación ciudadana, siendo a la vez es un derecho necesario para garantizar otros derechos, como el derecho a la vida, a la cultura y al medioambiente, etc. Este derecho a la consulta previa no puede ser desconocido por los Estados Americanos que suscribieron tanto la CADH,

como los demás tratados internacionales desarrollados, porque podrían incurrir en grave responsabilidad internacional, como en el caso de Ecuador por la demanda del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku.

El deber de consultar previamente implica que, ante cualquier proyecto público o privado de inversión o explotación de recursos naturales, y ante cualquier medida administrativa o legislativa, que potencialmente afecte los territorios ocupados por comunidades indígenas y demás grupos étnicos, los Estados parte deben conducirse con buena fe de modo tal de garantizar la plena participación del o los pueblos afectados, desde el comienzo, con el objetivo de arribar a un consenso, cumpliendo con los estándares determinados por la Corte IDH para la configuración de una verdadera consulta previa, siendo el consentimiento libre, previo e informado un horizonte a conquistar.

La consulta previa es, a la vez, un instrumento de participación y un derecho fundamental de las comunidades indígenas y tribales para la autonomía y el autogobierno de las mismas, que permite articular los proyectos de desarrollo de los Estados con sus propios modelos económicos, los cuales no están basados en el mercado, pero además sirve para garantizar la identidad de los pueblos indígenas. Su aplicación se torna imprescindible en estos últimos tiempos, porque es cada vez más frecuente que los Estados de América Latina entreguen territorios de sus pueblos originarios a empresas extractivas de recursos naturales, sin tomar en cuenta cómo esas actividades afectan el modo de vida de dichos pueblos, provocando que los conflictos sociales se multipliquen y devenguen a veces en enfrentamientos con las fuerzas estatales, con saldos de muertos y heridos.

El desarrollo de los países no puede argüirse como excusa para permitir que las actividades extractivas, ya sean mineras, petroleras, etc., destruyan el hábitat de las comunidades indígenas, aquel territorio donde no solamente conviven sino que conforma su espacio de contacto con sus creencias, espiritualidad y cultura. El costo de esas actividades es demasiado alto, porque ellas alteran el modo de vida de los pueblos indígenas poniendo en riesgo la existencia de los mismos.

La historia de lucha y resistencia de los pueblos originarios en América Latina, desde la conquista hasta nuestros tiempos, aún persiste. Sabemos que, a quienes controlan el sistema de producción actual, basado en la explotación de los recursos naturales en pos

del consumo y de la acumulación de la riqueza en pocas manos, poco les importa la Pachamama, la preservación del legado ancestral y del medioambiente, pero es hora de que los gobiernos locales comiencen a ponerle límites al poder económico, automatizando los procesos de consulta previa, sin necesidad de que intervenga el Poder Judicial. Para ello es necesario que los órganos legislativos de los Estado sancionen leyes que reglamenten la consulta previa, conforme a los estándares internacionales abordados.

Por último, quienes no pertenecemos a ninguna minoría étnica, debemos tener presente que si los Estados avanzan de manera irresponsable en grandes proyectos de inversión, sin prever cómo pueden afectar al medioambiente, no solamente las comunidades indígenas o tribales que habitan el territorio afectado pueden ser perjudicadas sino todo el conjunto de la sociedad, porque el daño ambiental, además de ser irreparable, impacta de manera imprevisible en toda la geografía planetaria, sin discriminar culturas, religiones, géneros, ni posición social. Por ello, como ciudadanos, debemos preguntarnos cuál es el papel que nos corresponde actuar en la lucha de los pueblos indígenas, ya que no sólo pelean por sus derechos, sino también por los de todos. Empoderarnos de nuestro derecho de participación ciudadana, es crucial en miras a construir sociedades más democráticas e igualitarias.

Bibliografía

AMELLER, V., CHÁVEZ, D., FERNANDO, A., PADILLA, G., MAYÉN, G., APARICIO, L., PANAY, J. y ARANDA, M. (2012) "La consulta previa en el derecho internacional", en *El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América Latina*. La Paz, Ed. Presencia, pp. 14-22. Consultado en [http://www.kas.de/wf/doc/kas_33592-1522-4-30.pdf?130221162840] el 20.08.2016.

ARIZA, R., VELÁZQUEZ NIMATUJ, I.A, y MIDDLEDORP, N. (2016) "Introducción: ¿Qué es la consulta previa, libre e informada?", en *El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, pp. 9-11. Consultado en [http://untref.edu.ar/sitios/ciea/wp-content/uploads/sites/6/2015/05/El-derecho-a-laconsulta_una-mirada-cr%C3%ADtica-desde-los-PI.pdf] el 01.08.2016.

CORONADO, H. (2011) "Derecho a decidir su desarrollo. Consulta previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas", Noticias Aliadas, Informe Especial, pp. 19-20, consultado en [http://www.noticiasaliadas.org/objetos/informe/14PE_consulta_na.pdf] el 20.08.2016.

MORRIS, M., RODRÍGUEZ GARAVITO, C., ORDUZ SALINAS, N. y BURITICÁ, P. (2009) “La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional”. Programa de justicia global y derechos humanos. Documentos número 2, Colombia.

REMY S., M. (2005) *Los múltiples campos de la participación ciudadana en el Perú: un reconocimiento del terreno y algunas reflexiones*. Instituto de Estudios Peruanos, Lima.

RODRÍGUEZ, G. (2010) “La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia” en *La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, p.p 35-54, consultado en [<http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/CONSULTAPREVIA/>], el 01.08.2016.

SCURRAH, M. y CHAPARRO, A. (s.f.) “La participación ciudadana y la consulta previa a los pueblos indígenas: Políticas Públicas para un nuevo rol de la minería y los hidrocarburos en el Perú”. Disponible en [<http://www.redge.org.pe/sites/default/files/La%20participaci%C3%B3n%20ciudadana%20y%20la%20consulta%20previa%20en%20los%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20-20M.%20Scurrah%20y%20A.%20Chaparro.pdf>] consultado el 21.08.2016.

STAVENHAGEN, R. (s.f.) “La diversidad cultural en el desarrollo de las américas: los pueblos indígenas y los estados nacionales en Hispanoamérica”. Consultado en [www.oas.org/udse/espanol/documentos/1hub8.doc], el 01.08.2016.

— (2011) “Marco jurídico y conceptual” en ESCOBAR, S. N. (coord.) e JAÉN, I. (ed.) *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en América Central 1*, tomo II; Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, S.L, pp. 25-57, consultado en [<http://www.oacnudh.org/wp-content/uploads/2012/10/TOMO-1.pdf>] el 28.08.2016.