

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA  
PREVIA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS  
PUEBLOS INDÍGENAS EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES”**

**TESIS**

**PRESENTADA POR:**

**BRUNO ABAD PACOMPIA PANCA**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:**

**ABOGADO**

**PROMOCIÓN 2000**

**PUNO - PERÚ**

**2016**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**TESIS:**

**“REGIMEN JURIDICO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA Y LA PROTECCION DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES”**

**PRESENTADA POR EL BACHILLER:**

**BRUNO ABAD PACOMPIA PANCA**

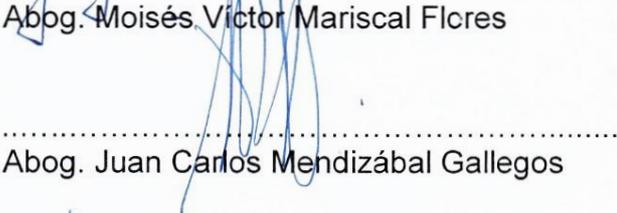
**PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

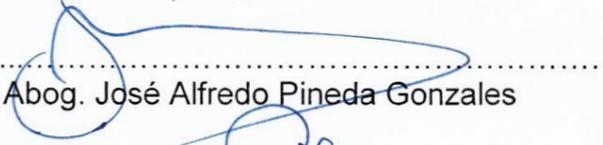
SUSTENTADA EL 01 DE SETIEMBRE DEL 2016

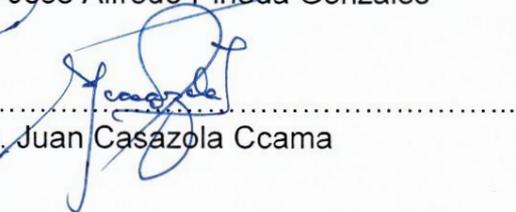
**APROBADA POR EL JURADO REVISOR CONFORMADO POR:**

**PRESIDENTE** :   
Abog. Oswaldo Mamani Coaquira

**PRIMER MIEMBRO** :   
Abog. Moisés Víctor Mariscal Flores

**SEGUNDO MIEMBRO** :   
Abog. Juan Carlos Mendizábal Gallegos

**DIRECTOR DE TESIS** :   
Abog. José Alfredo Pineda Gonzales

**ASESOR DE TESIS** :   
Abog. Juan Casazola Ccama

**AREA** : Derecho constitucional / derechos humanos

**TEMA** : Derecho a la Consulta Previa y derechos colectivos de los pueblos indígenas

## DEDICATORIA

A la Pachamama por dejarnos vivir

y disfrutar nuestras vidas.

A mis padres por darme la vida y por

sus consejos que siempre me inspiraron.

### AGRADECIMIENTO

- A los pueblos indígenas de la Comunidad Andina de Naciones porque ellos son la razón de este trabajo de Investigación, y que constituyen la reserva de sabidurías ancestrales sobre la vida en armonía con la Pachamama.
- A todos los docentes que fueron mis profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano, quienes me impartieron sus conocimientos en mi formación profesional.

**ÍNDICE GENERAL**

RESUMEN.....	14
ABSTRACT .....	16
INTRODUCCIÓN.....	18

**CAPÍTULO I**

**PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, ANTECEDENTES Y OBJETIVOS DE  
LA INVESTIGACIÓN**

1.1	DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	22
1.2.	ENUNCIADO DEL PROBLEMA .....	30
1.2.1.	Pregunta general.....	30
1.2.2.	Preguntas específicas .....	30
1.3.	JUSTIFICACIÓN .....	30
1.4.	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN .....	33
1.4.1.	Objetivo general .....	33
1.4.2.	Objetivos específicos .....	33

**CAPITULO II****MARCO TEORICO**

2.1.	ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN .....	35
2.2.	MARCO TEÓRICO.....	36

2.2.1. Derecho indígena .....	36
2.2.1.1. Concepto de derecho indígena. ....	38
2.2.1.2. Sujeto del derecho indígena.....	41
2.2.1.3. Características del derecho indígena. ....	46
2.2.1.4. Naturaleza jurídica del derecho indígena. ....	48
2.2.1.5. Los derechos de los pueblos indígenas en las Naciones Unidas. ....	49
2.2.1.6. Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema Interamericano. ....	62
2.3. MARCO CONCEPTUAL.....	73
2.3.1. El derecho indígena en el contexto del pluralismo jurídico .....	73
2.3.2. Derecho consuetudinario indígena .....	79
2.3.3. Los pueblos indígenas o ancestrales.....	83
2.3.4 Indígenas u originarios .....	90
2.4. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN .....	106
2.4.1 Hipótesis general.....	106
2.4.2. Hipótesis específicas.....	107

### **CAPÍTULO III**

#### **METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN**

3.1. DISEÑO Y TIPO DE LA INVESTIGACIÓN .....	108
--	-----

3.2.	POBLACIÓN Y MUESTRA.....	109
3.2.1.	Población .....	109
3.2.2.	Unidades de análisis .....	109
3.2.3.	Muestra .....	110
3.3.	ÁMBITO O LUGAR DE ESTUDIO .....	110
3.4.	MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN .....	110
3.5.	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS .....	112
3.5.1.	Técnicas.....	112
3.5.2.	Instrumentos .....	112
3.6.	OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.....	112

## **CAPITULO IV**

### **ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS**

4.1.	EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA .....	114
4.1.1.	Concepto.....	114
4.1.2.	Naturaleza de la Consulta Previa .....	117
4.1.3.	Los sujetos del derecho a la Consulta Previa .....	117
4.1.3.1.	El sujeto activo de la Consulta Previa. ....	117
4.1.3.2.	Sujeto pasivo de la Consulta Previa. ....	118
4.1.4.	El objeto del derecho a la Consulta Previa .....	119

4.1.5.	Finalidad de la Consulta Previa .....	120
4.1.5.1.	El consentimiento como finalidad del proceso. ....	121
4.1.5.2.	El consentimiento como requisito de la consulta. ....	122
4.1.6.	Oportunidad de la consulta.....	123
4.1.7.	Principios rectores de la Consulta Previa .....	124
4.1.8.	La Consulta Previa en el Sistema de las Naciones Unidas.....	127
4.1.9.	La Consulta Previa en el sistema interamericano de derechos humanos. ....	134
4.1.9.1.	La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. ....	135
4.1.9.2.	La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. ....	135
4.1.9.3.	La Corte Interamericana de Derechos Humanos. ....	137
4.2.	EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES .....	148
4.2.1.	Reconocimiento del derecho a la consulta previa en el ordenamiento jurídico boliviano .....	148
4.2.2.	Reconocimiento del derecho a la Consulta Previa en el ordenamiento jurídico colombiano .....	164
4.2.3.	Reconocimiento del derecho a la Consulta Previa en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano .....	177

4.2.4.	El reconocimiento del derecho a la Consulta Previa en el ordenamiento jurídico peruano .....	184
4.2.5.	Procedimiento de la consulta previa en los países de la comunidad andina de naciones .....	191
4.3.	PROBLEMÁTICA SOCIAL, POLÍTICA Y JURÍDICA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA CAN. ....	201
4.3.1.	Situación social, política y jurídica de los pueblos indígenas en Bolivia .....	201
4.3.2.	Situación social, política y jurídica de los pueblos indígenas en Colombia .....	211
4.3.3.	Situación social, política y jurídica de los pueblos indígenas en Ecuador .....	219
4.3.4.	Situación social, política y jurídica de los pueblos indígenas del Perú .....	225
4.4.	LA IMPLEMENTACIÓN EN LA PRÁCTICA DE LA CONSULTA PREVIA EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES .....	236
4.4.1.	BOLIVIA: la Consulta Previa en el TIPNIS.....	236
4.4.2.	COLOMBIA: la Consulta Previa al pueblo U'wa. ....	238
4.4.3.	ECUADOR: el proceso de consulta prelegislativa a los pueblos indígenas del Ecuador sobre Ley de aguas.....	241

4.4.4.	PERÚ: Consulta Previa sobre el reglamento de Ley de Consulta Previa.....	243
4.5.	LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ..	250
4.5.1.	Teoría Liberal o Individual .....	251
4.5.2.	Teoría Colectiva .....	252
4.5.3.	Los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos .....	256
4.5.4.	Naturaleza de los derechos colectivos de los pueblos indígenas .....	258
4.5.5.	Características de los derechos colectivos de los pueblos indígenas	263
4.5.6.	Concepto de derechos colectivos .....	264
4.5.7.	Los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el Convenio de la OIT .....	269
4.5.8.	Reconocimiento de los derechos colectivos en los países de la Comunidad Andina de Naciones .....	276
4.5.9.	Límites a la vigencia de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.....	282
4.5.10.	El derecho a la consulta previa como garantía para el ejercicio de los otros derechos colectivos de los pueblos indígenas.....	283
4.5.11.	Desafíos y perspectivas del derecho fundamental a la Consulta Previa.....	287
4.6.	COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS .....	288

CONCLUSIONES .....	296
SUGERENCIAS.....	299
BIBLIOGRAFIA.....	300
ANEXOS.....	310

**ÍNDICE DE TABLAS**

1.	OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES .....	113
2.	ETAPAS DE LA CONSULTA PREVIA PROPUESTO.....	200
3.	POBLACIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS ORIGINARIOS DE BOLIVIA .....	202
4.	CUOTA DE PARTICIPACIÓN INDÍGENA EN ELECCIONES.....	210
5.	POBLACIÓN INDÍGENA POR CADA NACIONALIDAD .....	221
6.	PUEBLOS INDÍGENAS DEL PERÚ .....	228
7.	VIOLACIÓN A LOS ACUERDOS ASUMIDOS EN LA ETAPA DE DIÁLOGO ENTRE ESTADO PERUANO Y LAS ORGANIZACIONES INDÍGENAS.....	247
8.	COMPARACIÓN DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN .....	262
9.	DIFERENCIA ENTRE DERECHOS COLECTIVOS E INDIVIDUALES	267
10.	DERECHOS COLECTIVOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN DE BOLIVIA .....	277
11.	LOS DERECHOS COLECTIVOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN DE ECUADOR.....	280

**ÍNDICE DE ANEXOS**

1.	PROYECTO NORMATIVO DE REGIMEN COMUN SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA.....	311
2.	CUADRO MATRIZ DE CONSISTENCIA DE LA INVESTIGACIÓN PROPUESTA .....	323
3.	FICHA DE REGISTRO BIBLIOGRÁFICO.....	324
4.	FICHA OBSERVACIÓN Y ANÁLISIS DOCUMENTAL.....	325
5.	FICHA DE RESUMEN.....	326
6.	ARTÍCULO CIENTÍFICO .....	327

## RESUMEN

El presente trabajo pretende indagar sobre el: **“RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES”**. Para lo cual se ha tomado como escenario descriptivo de la presente indagación científica el ámbito territorial de la Comunidad Andina de Naciones (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú), la misma se ha ubicado en el tiempo desde la ratificación del Convenio 169 de la OIT de parte de los estados integrantes de la CAN a la fecha.

El objetivo general que nos hemos planteado fue: describir y explicar el régimen jurídico del derecho fundamental a la Consulta Previa y su influencia en la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Comunidad Andina de Naciones, y los objetivos específicos: Analizar el desarrollo del régimen jurídico del derecho fundamental a la Consulta Previa en los países de la Comunidad Andina de Naciones, establecido en el Convenio 169 de la OIT; describir la problemática jurídica, social y política de los pueblos indígenas en los países de la Comunidad Andina de Naciones; conocer y analizar los casos prácticos de implementación del derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas en los países de la Comunidad Andina de Naciones; identificar los derechos colectivos de los pueblos indígenas protegidos por el derecho fundamental a la Consulta Previa.

Para lograr estos objetivos hemos realizado el análisis documental de las unidades de análisis: los pueblos indígenas de los cuatro países de la Comunidad Andina de Naciones (Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú); las

normas jurídicas nacionales de los países de la CAN referidas a la protección y defensa del derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas; las sentencias de los tribunales constitucionales nacionales referidos al derecho a la Consulta Previa; la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Costa Rica, sentencias de casos referidos al derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas.

Los métodos generales que se emplearon son los siguientes: inductivo, análisis, documental e interpretación jurídica.

Los resultados de la investigación nos han permitido concluir en la aprobación de las hipótesis planteadas, se ha demostrado que el desarrollo del régimen jurídico del derecho a la Consulta Previa es limitado, insuficiente y disperso en tres países (Bolivia, Colombia, Ecuador) mientras que el Perú logró implementar una norma específica del que se espera resultados que aún no se ven. Así mismo se ha demostrado que los pueblos indígenas viven en un estado de pobreza, exclusión y vulnerabilidad social en los países de la Comunidad Andina de Naciones y que el derecho fundamental a la Consulta Previa constituye un derecho colectivo sustantivo que garantiza la defensa y protección de otros derechos colectivos como: el derecho a la identidad étnica y cultural, de la libre determinación, a la participación, de la existencia física grupal y a la propiedad de las tierras y territorios de los pueblos indígenas.

**PALABRAS CLAVES:** Convenio 169 de la OIT, pueblos indígenas, comunidades campesinas, Consulta Previa, derechos colectivos, derecho indígena, propiedad colectiva, derecho consuetudinario, pluralismo jurídico.

## ABSTRACT

This paper aims to investigate the "LEGAL REGIME OF FUNDAMENTAL RIGHT TO PRIOR CONSULTATION AND PROTECTION OF COLLECTIVE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES IN THE ANDEAN COMMUNITY OF NATIONS". For which is taken as a descriptive stage of this scientific inquiry the territory of the Andean Community of Nations (Bolivia, Colombia, Ecuador and Peru), it has been placed in the time since the ratification of Convention 169 of OIT by the members of the CAN to date.

The general objective we have set ourselves was: describe and explain the legal regime of the fundamental right to prior consultation and its influence on the protection of collective rights of indigenous peoples in the Andean Community of Nations, and the specific objectives were: Analyze the development of the legal regime of the fundamental right to prior consultation in the countries of the Andean Community of Nations, established in Convention 169; describe the legal, social and political problems of indigenous peoples in the countries of the Andean Community of Nations, understand and analyze practical cases of implementation of the right to prior consultation of indigenous peoples in the countries of the Andean Community of Nations, identify the collective rights of indigenous peoples protected by the fundamental right to prior consultation.

To achieve these objectives we have made the documentary analysis of the units of analysis: the indigenous peoples of the four countries of the Andean Community of Nations (Bolivia, Ecuador, Colombia and Peru); national legal rules of the CAN countries concerning the protection and defense of the right to

prior consultation of Indigenous People; the rulings of national constitutional courts regarding the right to prior consultation; the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Costa Rica, Sentencing referred to cases, of the right to Prior Consultation of Indigenous Peoples.

The general methods used are: inductive, analysis and legal interpretation.

The research results have allowed us to conclude the approval of the hypotheses, it has been shown that the development of the legal regime of the right to prior consultation is limited, insufficient and dispersed in three countries (Bolivia, Colombia, Ecuador) while Peru managed to implement a specific rule that results are not expected yet. Furthermore it has been shown that indigenous peoples live in a state of poverty, exclusion and social vulnerability in the countries of the Andean Community of Nations and the fundamental right to prior consultation constitutes a substantive collective right that guarantees the defense and protection of other collective rights such as the right to ethnic and cultural identity, self-determination, participation, group physical existence and ownership of the lands and territories of indigenous peoples.

**KEYWORDS:** Convention 169 OIT, indigenous people, communities of campesinas, prior consultation, collective rights, indigenous rights, common property, customary law, legal pluralism.

## INTRODUCCIÓN

Los pueblos indígenas en la actualidad constituyen una realidad histórica, social y cultural en las sociedades de los países de la Comunidad Andina de Naciones. Estos pueblos muchas veces viven en sus territorios ancestrales, es decir que continúan ocupando desde sus ancestros hasta la actualidad y el ámbito geográfico en la que se encuentran sus hogares de hábitat generalmente son territorios que albergan muchos recursos naturales como minerales, hidrocarburos, forestales entre otros. Con el auge y la consolidación de la globalización, las demandas de las materias primas en el mundo han aumentado considerablemente, lo cual ha hecho que dichos territorios, sean invadidas por los concesionarios de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales, las mismas son realizados por los estados y consorcios transnacionales. Los pueblos indígenas frente a esta realidad se vieron obligados a defender sus tierras y territorios a través de vías legales (demandas ante las autoridades judiciales y administrativas) y vías de hecho, (como las protestas y movilizaciones en contra de los estados y los concesionarios), esta actitud ha generado desencuentros con el Estado y en muchas de las veces se han desencadenado en conflictos sociales que han amenazado el estado democrático del derecho y la gobernabilidad en los países de la CAN.

Para la solución de esta problemática en el ámbito internacional, los organismos internacionales (Comisión, Corte Interamericana, etc.) dedicados al monitoreo, al cumplimiento, seguimiento y defensa del Derecho Internacional sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas han desplegado una intensa actividad, la cual ha dado lugar a un profuso desarrollo de los

estándares de protección y garantía de los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos el de la propiedad colectiva de la tierra. De aquí se deriva la necesidad de que sean consultados cuando se pretendan implementar proyectos estatales o privados pasibles de afectar sus tierras ancestrales y para ello han venido desarrollando el derecho a la Consulta Previa como un mecanismo de participación, de dialogo y consentimiento. Sin embargo para la realización de las actividades de exploración y explotación de los mencionados recursos naturales, muchas veces la Consulta Previa no ha sido implementado en su real dimensión, contenido y alcances por los gobiernos de los países andinos, razón por la que nos hemos planteado realizar el estudio y caracterización del Derecho a la Consulta Previa y de los derechos colectivos protegidos por éste, para lo cual nos hemos planteado la siguiente interrogante ¿puede el régimen jurídico del derecho fundamental a la Consulta Previa, influir en la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Comunidad Andina de Naciones?.

Para la realización de este estudio hemos planteado como objetivo general: describir y explicar el régimen jurídico del derecho fundamental a la Consulta Previa y su influencia en la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Comunidad Andina de Naciones. Asimismo debemos realizar el análisis del desarrollo normativo sobre el régimen jurídico del derecho fundamental a la Consulta Previa en los países de la Comunidad Andina de Naciones, establecido en el Convenio 169 de la OIT. Porque no todos los países integrantes de la CAN han incorporado y adoptado en su legislación interna una norma específica que realmente garantice el cumplimiento efectivo y práctico del proceso de Consulta Previa.

Se hace necesario a la vez profundizar el conocimiento de la realidad y la situación en la que se encuentran los pueblos indígenas en la región Andina, por su condición de vulnerabilidad y falta de reconocimiento de sus derechos colectivos, los mismos constituirían como garantías para su supervivencia y defensa frente a la exclusión y marginación en la que se encuentran por parte de los sociedades nacionales y sectores estatales.

También resulta de mucha importancia el conocimiento en concreto sobre los casos realizados en la práctica de la Consulta Previa en los referidos países, ya que ello conlleva al mejor entendimiento y cumplimiento de la normatividad nacional e internacional, establecida para la protección y participación de los pueblos indígenas, en los espacios de decisión de planes, proyectos, y programas de desarrollo nacional, regional y local.

En esta investigación analizaremos las características, la naturaleza, el contenido y alcances del derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas, así como también su evolución jurisprudencial en los ámbitos nacional e internacional con el objetivo de alcanzar conclusiones que nos permitan clarificar la real dimensión de este derecho y que, nos permita proponer un proyecto normativo común para la Comunidad Andina de Naciones, para el mejor cumplimiento y aplicación del derecho bajo estudio.

Por todo ello, el desarrollo de la presente investigación se ha estructurado en cuatro capítulos: primero, que trata sobre el planteamiento del problema, antecedentes y objetivos de nuestro tema a desarrollar; segundo, en la que desarrollamos el marco teórico, conceptual y las hipótesis que nos orientan y proyectan para el mejor análisis, e interpretación de los resultados obtenidos; el

tercer capítulo, que trata del diseño metodológico de nuestra investigación, los métodos, unidades de análisis, tipo de investigación, población y muestra, técnicas e instrumentos que constituyen el inicio de la descripción y caracterización de esta investigación; finalmente en el cuarto capítulo realizamos el análisis y estudio de los resultados de nuestra investigación sobre el derecho a la Consulta Previa, su régimen jurídico, su implementación en la práctica, la realidad situacional de los pueblos indígenas y la protección de sus derechos colectivos.

La presente investigación toma parte en la perspectiva de contribuir a los esfuerzos de estudio y propuesta sobre el derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas. Se pretende plantear soluciones desde el campo del derecho, pero tomando en cuenta la base social, antropológica y política, que toda norma debe tener como sustento sobre todo aquella que tenga un carácter proteccionista.

## CAPÍTULO I

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, ANTECEDENTES Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La presente investigación se inscribe en el área del Derecho Constitucional, en el marco de los Derechos Humanos, en la línea de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, concretamente en el derecho a la Consulta Previa. El jurista norteamericano James Anaya, anota sobre la situación de los pueblos indígenas del Mundo, lo siguiente:

Los pueblos indígenas u originarios han sido marginados, excluidos, discriminados y explotados sistemáticamente por las sociedades nacionales, el mismo ha sido, desde el inicio de las conquistas y colonizaciones por las expansiones europeas a diferentes lugares del mundo. En la actualidad estos pueblos, en diferentes partes del mundo, comparten, típicamente mucha de la historia del colonialismo, tal como la sufren, quienes todavía viven en este siglo bajo estructuras formales coloniales y que son elegibles para procesos de descolonización. Pero a pesar de la ausencia contemporánea de estructuras

coloniales al modo clásico, los pueblos Indígenas han seguido sufriendo impedimentos o amenazas para poder vivir y desarrollarse libremente como grupos distintos en sus lugares de origen. (Anaya, 2005, pág. 25).

Diferentes estimaciones indican que en el mundo, “los pueblos indígenas y tribales constituyen al menos 5,000 pueblos con características distintivas y una población de más de 370 millones en 70 países diferentes” (Feiring, 2009, p. 9) y en América Latina y el Caribe vivirían unos, 50 millones de indígenas, el cual representa el 12%, de los habitantes de la región.

En los últimos años, “el número e intensidad de los conflictos sociales en América Latina han aumentado considerablemente y han amenazado la gobernabilidad democrática, el estado de derecho y la estabilidad de varios países del continente americano” (OXFAM, 2011, p. 7). La región Andina no ha sido ajeno a ello, también ha sufrido varios conflictos y movimientos sociales indígenas, cuyos actores principales fueron los pueblos indígenas andinos y amazónicos.

En los países integrantes de la Comunidad Andina de Naciones, los pueblos indígenas u originarios, también sufren la continua marginación, confiscación, discriminación y exclusión, ya que en los últimos años se han implementado políticas de inversión para la realización de diferentes actividades extractivas como; exploración, explotación, concesiones mineras, concesiones para la explotación de hidrocarburos, talas de bosques y otros, en las áreas (territorios) de ocupación indígena. Pero también han sido afectados en sus territorios por la creación de reservas naturales, santuarios históricos y naturales, sitios de conservación de la biodiversidad, etc. Todas estas acciones de los estados, de concesionar los recursos naturales sin la participación de los

pueblos indígenas han generado protestas y rechazos en los cuatro países integrantes de la CAN.

### **BOLIVIA:**

En el país altiplánico de Bolivia también se suscitaron varios conflictos sociales como: la “Guerra del Agua” del mes de Abril del 2000 contó con una masiva participación de las organizaciones indígenas y campesinas con los bloqueos de los accesos a las ciudades. En enero del 2002 vino el momento de inicio de mayor conflictividad. Los indígenas cocaleros tuvieron que luchar contra el Decreto Supremo 26415, que había sido mantenido en secreto pero firmado en el mes de noviembre del año anterior, en la que se prohibía el secado y la comercialización de la hoja natural de coca del chapare en los mercados del interior del país. Esta norma prohibía el uso tradicional de la hoja de coca, el conflicto en defensa de la hoja sagrada costó, la expulsión de su escaño del diputado Evo Morales Ayma y varios muertos entre indígenas y policías.

Luego de las elecciones del 30 de Junio del 2002, se dio un giro a la política boliviana, pues los representantes de las organizaciones indígenas y campesinas habían logrado ubicarse como la segunda (20,94%) fuerza política de Bolivia. Este resultado electoral fortaleció a las organizaciones indígenas campesinas como actores principales de rechazo a las políticas neoliberales.

Posteriormente en la movilización social denominada octubre negro, aunque Xavier Albó lo denomina como:

Guerra del Gas y la resistencia de las comunidades campesinas en Octubre del año 2003, en la que se masacró a la población indígena de Sorata, Warizata y

la ciudad del Alto La Paz, con un total de 60 muertos y 400 heridos (Albó, 2008, p. 73).

En este conflicto las organizaciones sindicales y los pueblos indígenas de La Paz y otros departamentos jugaron un rol decisivo. Conflicto que terminó con la salida del país del presidente boliviano de aquel entonces, Gonzalo Sánchez de Losada, quien abandonó el país, huyendo a EE.UU. A partir de aquel momento todos los movimientos populares, campesinos e indígenas, asumen un reto: la construcción de un nuevo país (un Estado Plurinacional).

Todos estos acontecimientos sucedieron a pesar que en el año de 1989 se adoptó el Convenio 169 por la Organización Internacional del Trabajo, que regula los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas y tribales, garantizando el derecho de los pueblos indígenas y tribales a decidir sus propios prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones, 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.

Posteriormente, se produjo la realización de las marchas indígenas por la tierra y territorio, participación política, por la protección de sus derechos entre otros, hasta el momento se han realizado en un número de 9 marchas, y los últimos conflictos sobre la explotación de los yacimientos mineros que generó las movilizaciones de los cooperativistas mineros y los bloqueos a las áreas de explotación de yacimientos petroleros por parte de las comunidades indígenas guaraníes.

**COLOMBIA:**

En Colombia un caso muy conocido es la discusión de quince años sobre la consulta al pueblo indígena U'wa, en la implementación de un proyecto petrolero en el oriente Colombiano. Asimismo en febrero del año 2000, se detectó el desplazamiento forzado de 10,000 miembros indígenas de los grupos Colimba, Cumbal, Mayasquer, Códoba, Yarumal y Aldea María, en Nariño. También se tiene que:

Los pueblos indígenas ocupan más del 30% del territorio colombiano y hasta la fecha se les han reconocido legalmente unos 31 millones de hectáreas. El mapa de los territorios indígenas coincide en gran medida con el mapa de los grupos armados que, desde principios de los años 60, llevan adelante un conflicto armado interno que ha provocado una seria crisis entre estos pueblos, especialmente entre los amazónicos. (Wessendorf K. , 2008, pág. 12).

Todos estos hechos han generado el desplazamiento y abandono de sus hogares. Los derechos de los pueblos indígenas se extienden también a las comunidades afrodescendientes. De acuerdo al censo del 2005, el porcentaje de la población que se auto reconoció como negra o afrocolombiana, incluida la Palenquera y la Raizal, ascendió a 4,311.757 personas, que representan el 10.6% de la población total del país. Este número fue cuestionado por las comunidades afrodescendientes, quienes criticaron la ausencia de algunos indicadores en el censo que hubieran permitido la identificación como miembro de la comunidad afrodescendiente. Según estos grupos la población afrodescendiente llegaría al 26% de la población total nacional en Colombia.

En la actualidad la problemática indígena ha aumentado con la proliferación de concesiones para la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas sin la realización de la Consulta Previa.

### **ECUADOR:**

“Ecuador un país multiétnico y multicultural, en la que existen 37 grupos étnicos” (Santana, 1995, p. 10) con alrededor de catorce millones de habitantes. En términos étnicos, se habla de población mestiza, afroecuatoriana, blanca e indígena. Se reconocen oficialmente 13 nacionalidades dentro de la población indígena, de las que la Kichua es mayoritaria, el Instituto Nacional de Estadística nos dice que:

En nueve de las 22 provincias del Ecuador, los indígenas constituyen o la mayoría o una minoría significativa de la población, mientras que el 12% de la población indígena ya vive en los cantones altamente urbanizados de Quito y Guayaquil; en el censo del 2001, indican que la población indígena del país llega al 6.8%. (INEC, 2016).

Un caso que ilustra el problema indígena, es el caso del pueblo Indígena de la comunidad Sarayaku, a la falta de vigencia y protección de los derechos de los pueblos indígenas en Ecuador, tuvo que acudir a instancias internacionales, tal es así que:

El 26 de Abril del 2010 la Comisión Interamericana demandó al Estado ecuatoriano ante la Corte Interamericana de Derechos humanos, por la violación, entre otros, de los derechos a la propiedad y a la Consulta Previa de la comunidad indígena Sarayaku (OXFAM, 2011, p. 63 y 64).

En la actualidad el conflicto político social se ha trasladado del escenario de los partidos políticos al escenario social. La oposición está liderada por los movimientos sociales, particularmente por los indígenas, que recogen ciertas aspiraciones del pueblo ecuatoriano, para una implementación real de la nueva Constitución. Así mismo es muy significativo el enfrentamiento entre los pueblos indígenas y el gobierno por las acciones estatales que los afectan, como la aprobación de la Ley de Aguas o el otorgamiento de concesiones a empresas mineras, sin Consulta Previa, lo que ha generado numerosas movilizaciones, paros, bloqueos y levantamientos.

### **PERÚ:**

El Perú en los últimos años se ha caracterizado por la presencia de varios conflictos sociales entre el Estado y los pueblos indígenas, en muchas veces los mismos no han sido resueltos. Los conflictos sociales más graves que se produjeron son: el de conflicto de Bagua (costó la vida de 33 personas entre indígenas y policías) ocurrido el 05 de Julio del año 2009 y el Aymarazo, conflicto social que vivió la región Puno en los meses de mayo, junio y julio del año 2011, el conflicto terminó con un total de 6 muertos (indígenas quechuas) y 30 heridos de bala. A estos se suman los conflictos sociales del CONGA en la región Cajamarca y Tía María en Arequipa.

Por otra parte, el Perú ha ratificado el Convenio 169 de la OIT el año de 1993, con la Resolución Legislativa N° 26253 con la cual adopta al referido instrumento jurídico internacional como parte del ordenamiento jurídico nacional. A pesar de ello, el estado peruano no había implementado con una norma específica del derecho a la Consulta Previa y otros derechos de los

pueblos indígenas u originarios hasta setiembre del año 2011, fecha en la que se expide la, Ley N° 29785, Ley del derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la misma se publicó el día 07 de Setiembre del 2011 en el Diario Oficial el Peruano. Esta Ley entró en vigencia el 07 de diciembre del 2011, y cuya reglamentación se ha dado por el D.S. N° 001-2012-MC. La referida Ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente y establece los criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios, señala los criterios objetivos y subjetivos, entre los primeros prescribe: descendencia directa de las poblaciones originarios del territorio Nacional; estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan; Instituciones sociales y costumbres propias; patrones culturales y modos de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional y el criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria, y que también establece que las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios.

El derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas y tribales, es un fenómeno Jurídico que merece una de las preocupaciones más amplias por los constantes conflictos sociales, discriminación y marginación de los pueblos indígenas en los últimos años, en los países integrantes de la Comunidad Andina de Naciones, tal como se aprecia en los párrafos anteriores.

Por lo que, las interrogantes que pretendemos responder con la presente investigación son las siguientes:

## **1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA**

### **1.2.1. Pregunta general**

¿Puede el régimen jurídico del derecho fundamental a la Consulta Previa, influir en la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Comunidad Andina de Naciones?

### **1.2.2. Preguntas específicas**

- a) ¿Cómo se desarrolla el régimen jurídico del derecho fundamental a la Consulta Previa de los pueblos indígenas, en los países de la Comunidad Andina de Naciones?
- b) ¿Cuál es la situación, social, política y jurídica de los pueblos indígenas, en los países de la Comunidad Andina de Naciones?
- c) ¿Existe casos de implementación en la práctica del proceso de Consulta Previa, realizadas a los pueblos indígenas, en los países de la Comunidad Andina de Naciones?
- d) ¿Qué derechos colectivos de los pueblos indígenas son protegidos por el derecho fundamental a la Consulta Previa?

## **1.3. JUSTIFICACIÓN**

En los últimos años en los países integrantes de la Comunidad Andina de Naciones (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú), los pueblos indígenas vienen sufriendo la constante afectación y menoscabo de sus derechos

fundamentales, como es el caso de la falta de garantía y cumplimiento para la implementación del derecho a la Consulta Previa, ya que el otorgamiento de concesiones para la realización de actividades económicas de extracción, exploración y explotación, en sus territorios ancestrales, se vienen realizando sin ser consultados. Ante esta actitud de exclusión de los pueblos indígenas, en la toma de decisiones, por los estados, quienes se han opuesto a diferentes proyectos de concesiones para la exploración, explotación y extracción de recursos naturales en sus territorios, ya que no se les ha consultado para la realización de dichas actividades ha generado diversas reacciones y acciones de parte de los pueblos indígenas y que han provocado un fuerte incremento de conflictos socio-ambientales y una marcada polarización de los diferentes actores involucrados (Estado, instituciones, pueblos indígenas, etc).

La Consulta Previa puede constituir un instrumento de prevención y solución de conflictos socio-ambientales y además, es un instrumento de gestión estatal moderna, eficaz, estratégica, transparente, participativa que coadyuvará al fortalecimiento de la democracia participativa.

El derecho fundamental a la Consulta Previa de los pueblos indígenas, es un tema de interés general público, no solo de juristas, sino también de científicos sociales como de los sociólogos, políticos y antropólogos, ya que este estudio nos permitirá conocer la realidad del régimen jurídico del derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas, en la Comunidad Andina de Naciones. En esa medida es necesario analizar, si la actual legislación interna de los países de la Comunidad Andina de Naciones, que regula y reconoce la Consulta Previa, resulta ser suficiente y la más adecuada, y si está regulado y

vigente en los países de la Comunidad Andina de Naciones, para que a partir de ello se pueda plantear alternativas de solución a la problemática.

Por lo que, nos encontramos frente a un escenario social, político, económico y jurídico muy difícil para toda la sociedad de la región Andina y especialmente para los pueblos indígenas, el respeto de sus derechos como seres humanos, el derecho debe ser un instrumento de adecuada regulación, protección y solución de la problemática que atraviesan los pueblos indígenas.

En consecuencia, se advierte con claridad que es necesario agotar los esfuerzos a efecto de que el derecho pueda, desde su rol y misión, en la sociedad, coadyuvar a las decisiones políticas que los gobernantes de los estados deben tomar para resolver la problemática sobre la Consulta Previa.

La presente investigación pretende alcanzar una lectura adecuada de la actual situación (política, jurídica y social) en la CAN, sobre el derecho fundamental a la Consulta Previa, tomando como punto de partida la evolución y desarrollo en el reconocimiento Constitucional y Legal, así como aspectos relacionados a las organizaciones indígenas y la identidad étnica y cultural, permitirán ubicarnos ante la necesidad de garantizar-recíprocamente el respeto entre los estados y los pueblos indígenas.

La incertidumbre sobre la validez de la proliferación de leyes, decretos y reglamentos sobre el derecho a la Consulta Previa en los países de la Comunidad Andina de Naciones, es necesario dilucidar si las mismas se adecuan al contenido y sentido de los estándares internacionales desarrollados.

Los resultados de la presente investigación promoverán con mayor intensidad, el debate sobre el derecho fundamental a la Consulta Previa y al consentimiento, su desarrollo, contenido y alcances, su realidad y la necesidad urgente de contar con mecanismos más eficaces para que los defensores y promotores de la defensa de los derechos de los Pueblos Indígenas y tribales pueden cumplir con sus objetivos. Asimismo, el resultado final de la presente investigación, servirá para proponer un proyecto normativo de régimen común para la CAN referido a la implementación efectiva del derecho fundamental a la Consulta Previa, para así buscar la solución a la problemática del derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas en la Comunidad Andina de Naciones.

#### **1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

##### **1.4.1. Objetivo general**

Describir y explicar el régimen jurídico del derecho fundamental a la Consulta Previa y su influencia en la protección de los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas en la Comunidad Andina de Naciones.

##### **1.4.2. Objetivos específicos**

- a) Analizar el desarrollo del régimen jurídico del derecho fundamental a la Consulta Previa en los países de Comunidad Andina de Naciones, establecido en el Convenio 169 de la OIT.
- b) Describir la problemática social, política y jurídica de los pueblos indígenas de la Comunidad Andina de Naciones.

- c) Conocer y analizar los casos prácticos de implementación del derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas en los países de la Comunidad Andina de Naciones.
- d) Identificar los derechos colectivos de los pueblos indígenas protegidos por el derecho fundamental a la Consulta Previa.

## CAPITULO II

### MARCO TEORICO

#### 2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Como antecedente de investigación relacionado al tema de nuestra investigación se ha encontrado la Tesis de Christian Alonso Guzmán Arias, que ha sido sustentado en la Universidad Nacional del Altiplano con el título “Convencionalidad de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, respecto del Convenio N° 169 de la OIT”, fue sustentado en el año 2014, el objetivo central: determinar si la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, es convencional respecto del Convenio 169-OIT, el tesista concluyó que la Ley 29785, no es convencional respecto del Convenio N° 169 de la OIT. Asimismo se ha encontrado en el Perú la Tesis de Leonidas Wiener Ramos, que ha sido sustentado en la Pontificia Universidad Católica del Perú con el título: “El Pueblo originario Aymara Peruano como Sujeto de Derechos Colectivos”, fue sustentada en el año 2009, la tesis tiene como objetivo central: determinar al pueblo Aymara peruano como sujeto de derechos colectivos, el tesista

concluyó, que en efecto, los Aymaras en el Perú constituyen un pueblo sujeto de derechos colectivos.

## **2.2. MARCO TEÓRICO**

### **2.2.1. Derecho indígena**

#### **a) Introducción**

Desde hace muchos años ha comenzado la discusión en América Latina y el mundo, acerca de las necesidades de redefinir las relaciones entre los pueblos indígenas y los estados nacionales. Entre las fórmulas que se plantean en esta nueva visión se mencionan con insistencia el régimen de la autonomía. Algunos países como: Nicaragua, han establecido constitucionalmente la autonomía de sus regiones mayoritariamente indígenas. En otros países, como en México ha generado controversias y polarizaciones cuya solución no será a corto plazo.

Entonces en general, podemos decir que el proceso de elaboración de normas internacionales sobre los pueblos indígenas ha sido lento y desigual en el sistema internacional.

Las últimas tres décadas se han caracterizado por un importante *progreso y desarrollo* respecto de los llamados “derechos de los pueblos indígenas”. Diferentes países a nivel internacional han iniciado la adaptación y modificación de sus constituciones, agregando referentes sobre pueblos indígenas; tal es el caso en América Latina de, México, Ecuador, Nicaragua y Bolivia. Asimismo, a nivel internacional se puede mencionar el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas (1982), la adopción del Convenio 169

de la OIT en 1989, y también la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007. En este proceso de desarrollo en la defensa legal y protección a los indígenas, también el año 2001, la Comisión de Derechos Humanos por medio de la Resolución 2001/57 decidió nombrar un Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas en el mundo que tiene las funciones siguientes:

- Presentar informes anuales sobre asuntos específicos o situaciones de especial importancia relativas a la promoción y protección sobre los derechos de los pueblos indígenas.
- Realizar visitas a países y comunicar la información recibida sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas en países específicos.
- Llevar a cabo actividades en países y hacer el seguimiento de las recomendaciones recogidas en sus informes de visitas a países.

Posteriormente en su Resolución 6/12 el Consejo de Derechos Humanos solicita al Relator Especial que:

- a) Examine las formas de superar los obstáculos existentes para la plena y eficaz protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, de conformidad con su mandato e individualizar, intercambiar y promover prácticas óptimas.
- b) Reúna, solicite, reciba e intercambie información y comunicaciones de todas las fuentes pertinentes, incluidos los gobiernos, los indígenas, sus

comunidades y organizaciones, sobre las violaciones denunciadas de sus derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas.

- c) Formule recomendaciones y propuestas sobre las medidas y actividades adecuadas para evitar y repasar las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.

De lo anotado y de las resoluciones se puede resaltar dos cosas: la primera, que el Relator reúna informaciones tanto de los gobiernos como de organizaciones indígenas y de derechos humanos, los cuales puede contrastar entre sí; la segunda, que debe formular una serie de recomendaciones a los gobiernos y otros actores de la sociedad civil. Estas recomendaciones no son jurídicamente vinculantes, es decir, no son obligatorias para su cumplimiento, pero son un referente importante en la lucha por la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

#### ***2.2.1.1. Concepto de derecho indígena.***

El exrelator especial de las Naciones Unidas nos dice que:

Los pueblos indígenas, en gran medida como resultado de su propio trabajo activo en el ámbito internacional, se han transformado, en la actualidad, en sujetos distintos de interés en el marco de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos (OEA), y de otras instituciones internacionales y regionales. (Anaya, 2005, p. 29).

Aunque la cuestión terminológica entre pueblos indígenas o poblaciones indígenas no parece todavía superada, se ha convertido, aun así y con todo, en unos términos ampliamente utilizados en asociación con un conjunto de

cuestiones y de gente a los que se les está prestando una creciente atención dentro del régimen internacional de los derechos humanos.

La designación de grupos diferentes a los pueblos indígenas tiene sus orígenes en los patrones de la construcción del imperio europeo y de su asentamiento colonial, que se produjo desde el siglo XVI en adelante, los habitantes que habitaban las tierras invadidas y que fueron sometidos a las fuerzas de opresión y dominación son conocidos como nativos, aborígenes o indígenas. Tal denominación se ha continuado aplicando para hacer referencia a aquella gente que en virtud del lugar y de las condiciones, comenzaron a encontrar alteraciones en sus vidas con el colonialismo. En la actualidad, el término “indígenas” se refiere generalmente a los descendientes vivos de aquellas personas que habitaban las tierras antes de las invasiones, y que ahora se encuentran dominados por otros pueblos, naciones o comunidades indígenas, son grupos culturalmente diferenciados que se encuentran sumergidos en sociedades colonizadoras que nacieron de la fuerza del imperio y de la conquista. Las diversas comunidades indias supervivientes de América, los Inuit y Aleut del Ártico, los pueblos aborígenes de Australia, los Maorí de Nueva Zelandia, los pueblos tribales de Asia y África y otros grupos similares, son considerados generalmente como indígenas. Ellos son indígenas porque sus raíces ancestrales se encuentran clavadas en las tierras sobre las que viven, o sobre las que les gustaría vivir, mucho más profundamente que las raíces de sectores más fuertes de la sociedad que viven en las mismas tierras o muy próximos. Son pueblos que comprenden comunidades distintas con una continuidad histórica en cuanto a su existencia e identidad que les une a las comunidades, tribus o naciones de su pasado ancestral.

En la actualidad tal como lo observa el jurista español Mikel Berraondo:

Los pueblos indígenas existen, característicamente bajo condiciones de desventajas en relación a otros pueblos, alrededor de los cuales se han construido los estados. Han sido privados de grandes extensiones de tierra, del acceso a los recursos necesarios para sostener sus vidas, y han sufrido históricamente la supresión de sus instituciones políticas, sociales y culturales por la fuerza. Como resultado, los pueblos indígenas han sido mutilados económica y socialmente; la cohesión, como comunidades diferentes, ha sido dañada o amenazada; y la integridad de sus culturas ha sido socavada. Ello tanto en países industrializados, como en menos desarrollados donde viven pueblos indígenas, los sectores indígenas se encuentran casi de manera invariable en el escalafón más bajo de los indicadores socioeconómicos y existen al margen del poder. (Berraondo , 2006, p. 30).

Muchas energías se han dedicado a las preocupaciones de los pueblos indígenas, durante el transcurso de muchos años, se han dado forma y se continúa dando un cuerpo innovador de normas y prácticas internacionales sobre la materia. Este conjunto de normatividad de carácter nacional y supranacional se considera como derecho indígena. Por todo lo considerado y tomando lo señalado por Atilio Svirichi, acerca del derecho indígena podemos conceptualizar como: “el conjunto de normas; leyes, decretos, resoluciones y disposiciones amparadoras y protectoras de los indígenas” (Svirichi, 1946, p. 114). Por lo que a manera de conclusión diremos que derecho indígena es el conjunto de normas protectoras de los pueblos indígenas como: los convenios internacionales, declaraciones multilaterales, resoluciones de instituciones supranacionales, constituciones, leyes nacionales, decretos, resoluciones, reglamentos y otros que reconocen la existencia de los pueblos indígenas.

### **2.2.1.2. Sujeto del derecho indígena.**

Todo derecho objetivo específico tiene un contenido de un sujeto jurídico a quien va dirigido como objetivo final, y para ello la palabra clave que plantea el derecho fundamental de los pueblos ancestrales peruanos, bolivianos, colombianos, etc. Es el verbo existir de esa matriz conceptual provienen o se agotan todas las capacidades y competencias jurídicas indígenas. Efectivamente, el axioma en que se apoya cualquier derecho para tener sentido, es que el sujeto que los reclame debe existir; es decir la existencia física, si ese sujeto desaparece, “su” derecho simplemente se convierte en virtual.

“Aparentemente se crea con la creencia oficial, bastante transmitida por los medio de comunicación, que los pueblos indígenas desaparecieron y que hoy queda solo una construcción idealizada en la mente de las personas fantasiosas o anacrónicas” (Ballón, 2004, p. 11).

Muchos mitos y prejuicios irracionales se han creado en contra de los pueblos indígenas, tales como:

El derecho de los pueblos indígenas es una suerte de regreso al Tawantinsuyo, o el establecimiento de privilegios racistas, intereses de poder económico, marginación e ignorancias, etc. estas posiciones objetan la existencia del derecho indígena.

A lo largo de la historia grandes fuerzas coincidieron en el mismo propósito de negarles capacidad jurídica a los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas y sus integrantes deberían ser absorbidos por el ordenamiento jurídico occidental y claro, consecuentemente, tendrían que dejar de ser lo que eran: sujetos de su

propio derecho así donde la perspectiva del dominio que inicia el Estado colonial la interdicción del derecho indígena era una condición básica de su propia existencia institucional, principio asumido de inmediato por el Estado republicano, es una cosa bien sabida que el pueblo autóctono, fuente de los derechos indígenas, fue transformado, desfigurado, eliminado en la práctica de la administración colonial. Muchos pueblos fueron exterminados de raíz. Otros, apenas afortunados, lograron sobrevivir sobre las picotas, emparedamientos, de bajas entre gemonias y garrotes. (Ballón, 2004, p. 12).

La superación de toda clase de atrocidades, en buena cuenta, el poder existir de los pueblos en situaciones de exterminio dependió de otras instancias; como de los procesos de resistencia ajenas al derecho negado. La pirca jurídica que los venció fue el genocidio, uno de los mayores holocaustos registrados por la historia humana, y frente a ella bajo innumerables luchas individuales y colectivas o batallas militares, ganar su presencia y perdurar, muchos pueblos no lograron sobrevivir. No les fue, posible superar la depredación y pasaron a formar parte de las compañías de víctimas, despojos de una humanidad despedazada en civilizaciones aventadas por los motores imperio-coloniales.

Muchos juristas consideran (intelectuales como Mario Vargas Llosa) que los pueblos indígenas no existen y el indigenismo es una utopía arcaica, por lo que agrega Ballón Aguirre que:

Dejar “derechos” para los pueblos víctimas del exterminio es irrelevante, extemporáneo, inconducente. Es sobre todo una empresa inútil para los pueblos que han dejado de existir por razones jamás inocentes y que ningún derecho podrá reponer. Pero los pueblos sobrevivientes, pueblos velados,

hechos invisibles a la fuerza y condenados a vestir las hopalandas jurídicas que la piedad del Estado paternal les proporciona, en reconocimiento de su identidad en cuanto colectividad circunscrita, es la condición misma de su afirmación en la globalización. Se dice entonces que ésta, es la *conditio sine qua non* de la que pende la vigencia misma del derecho indígena. (Ballón, 2004, p. 13).

En el largo camino de la evolución de los derechos humanos se presenta a través de un cuádruple proceso: el de su positivización de tales derechos o su incorporación a las constituciones de los estados, el de su generalización o extensión a todos los humanos de un número cada vez más amplio de derechos, el de su internacionalización o desbordamiento del referente de los estados nacionales en el marco de la comunidad internacional, y el de su especificación o determinación de los derechos para titulares específicos; mujeres, niños, discapacitados, consumidores, etc. Cuando hablamos del derecho de los pueblos indígenas, nos estamos situando en el momento de la especificación de los derechos para un colectivo concreto, en este caso en el de los indígenas, y para aclarar esta situación Mikel Berraondo, indica que:

Cuando se especifican los derechos humanos para un grupo determinado, se debe con frecuencia al hecho de que a los miembros del mismo, a causa de la condición que les identifica, les han sido negados, unos derechos que tienen fundamentalmente como seres humanos. Especificarlos para ellos, con determinadas adaptaciones a las circunstancias de su condición se convierte así en una denuncia implícita de la vulneración de derechos que han soportado y en una apuesta para que se acabe con ella. En el caso de los pueblos indígenas esto es algo plenamente aplicable. Son colectivos que han sufrido y sufren como pocos, graves privaciones de sus derechos civiles, políticos,

económicos, sociales y culturales debido a una condición, la de ser indígenas, que ha funcionado socialmente como causa de discriminación. (Berraondo , 2006, p. 15 y 16).

Por lo tanto, desde este punto de vista, plantearse la especificación de los derechos para estos pueblos resulta plenamente pertinente, es entonces que la denominación de “pueblos indígenas” como aclara Ballón Aguirre:

El sentido que tiene el enunciado “Pueblos Indígenas”, se refiere a una entidad generadora, de condiciones político-jurídicos extremadamente altas, equiparables únicamente a los derechos que corresponden a la persona humana. Se trata pues de una categoría específica e inconfundible, precisa e identificable por sus características y consecuencias particulares que no asimila, en modo alguno, a la idea de “población”, “culturas”, “grupo étnicos”, “minorías étnicas”, “comunidades campesinas y nativas”, “los otros”, “culturas originales”. Esta categoría nos remite a un sujeto jurídicamente preciso con, “derechos típicos”, que se distingue completamente de otras realidades jurídicas y sociales. Con el enunciado “Pueblos Indígenas” se cubre una gran variedad de pueblos como el Huanca, los Callawayas, los Quechuas, los Nomatsiguenga. Naturalmente, ningún pueblo usa como su nombre propio el término “Indígena” porque cada pueblo tiene un modo de llamarse a sí mismo y reafirmar su identidad. El ser indígena u originario, o como prefieren llamarse a ese conjunto, supone que todos ellos comparten una raíz histórico-jurídico en común: preexisten al proceso de expansión colonial europeo. (Ballón, 2004, p. 14).

El citado autor continua con su fundamentación agregando que:

La raíz de los derechos indígenas (y por ende de las resistencias en su contra) está legitimada en virtud de su condición de pueblos sobrevivientes al colonialismo. Pero esa sobrevivencia histórica o social, empata con la teoría jurídica que definió a los pueblos como los generadores de Derecho y que originó los movimientos de emancipación colonial de América. Cuando se dio el paso del mundo del Derecho Divino de los reyes, al mundo del derecho de los pueblos, únicamente era posible negar los derechos indígenas sea “incluyendolos” en el pueblo en general (el pueblo peruano, boliviano, ecuatoriano, etc.) o desconociendo su existencia. Los estados republicanos se construyeron sobre un derecho fundamentalmente laico que se debe al pueblo, es por ello que los atributos jurídicos modernos, no los tiene el Estado por serlo sino por recibirlos del pueblo y actuar en su representación, o sea, que los derechos de todos los pueblos (y también de los pueblos indígenas) derivan de un estatus jurídico único y transcendental en la teoría del derecho: derecho político y social que concluyó con los imperios de ultramar y los dilatados efectos del colonialismo. (Ballón, 2004, p. 15).

Entonces, los derechos propiamente indígenas son aquellos que reconocen su condición de pueblos. Se realizan por virtud de esa condición de pueblos que no es compartida con otros sujetos colectivos de derechos. Así ese derecho a ser considerados como pueblos, distingue el derecho indígena de los derechos de otros sectores sociales, culturales o étnicos. Una cultura o una etnia no pueden reclamar autonomía, o territorio en el sentido que lo hace un pueblo indígena. La “cultura” no es un sujeto en sí mismo, sino una cualidad de un grupo humano y la etnia siendo un grupo humano con una cultura, no tiene derecho que corresponde a un pueblo indígena, requiere de una

condición de tipicidad: la de pre-existir al Estado en el territorio. Las etnias naturalmente, tienen derecho pero eso no son los mismos derechos de los pueblos, este aspecto no debe ser confundido. Concluyendo sostenemos que los derechos de los pueblos son constitutivos, matriz de todo derecho, no corresponde a los estados y persisten en tanto subsista, es decir, no dependen de una legislación positiva nacional o internacional. Por último podemos señalar que los titulares o sujetos del derecho indígena son los pueblos indígenas en forma colectiva.

### **2.2.1.3. Características del derecho indígena.**

La característica fundamental del derecho indígena es existir, es decir la potestad de permanecer, transformarse, expresarse, desarrollarse y ser reconocidos como conjuntos de identidad jurídica por los sistemas normativos nacionales. De lo que emergen algunas características de los derechos de los pueblos indígenas que son:

#### **a) Preexistencia al Estado Nacional.**

El principio y derecho a existir es un atributo que corresponde a todos los pueblos del mundo. Esta presencia vincula los derechos humanos a una situación histórica que nos permite entender mejor las diferencias entre el derecho de los pueblos indígenas y el sistema jurídico nacional. Efectivamente, cuando el sistema oficial admite -parcial y defectuosamente- a los pueblos indígenas, acepta una situación que es constitutiva del Derecho y no crea a su antojo.

Cuando los pueblos indígenas ingresen a la norma constitucional, lo tienen que hacer por la puerta amplia de su propio derecho a hacer incluidos

como personas morales, entonces los pueblos indígenas deben ser plenamente admitidos al interior de una formación jurídica realmente democrática.

**b) Es incontestable.**

La incontestabilidad por el sistema, es un derecho que persiste, aunque la legislación lo niegue o lo obvie o lo ignore. Siempre mantiene su plena validez. Esta característica sostiene que un derecho es incontestable nos referimos tanto a la posibilidad de que la legislación lo cuestione o lo anule directamente, o lo admita pero de manera parcial e incompleta. La legislación positiva del Estado aquí queda supeditada a los principios que organizan el sistema, entre ellos, la soberanía popular, la democracia representativa, los derechos humanos.

**c) Es específico.**

El derecho de los pueblos indígenas es específico porque sus características definitorias se aplican únicamente a ellos, es un derecho típico de ese sujeto: es un derecho colectivo y a la vez una potestad individual de pertenencia que no puede ser reclamada por otras personas. Por tal razón se desprende potestades jurídicas que son propios de los pueblos, tales como la autodeterminación y la autonomía.

**d) Es contemporáneo.**

Es contemporáneo porque el derecho de los pueblos indígenas se refiere a las condiciones actuales del sistema jurídico nacional y de las normas internacionales.

e) **Es autoafirmativo.**

El autoreconocimiento se da cuando un pueblo se auto-reconoce, ejerce una potestad jurídica que es la declararse existente. Frecuentemente se dice que esa autoafirmación se sustenta en elementos objetivos como el territorio o la lengua, y en elementos subjetivos, como la historia común y los valores compartidos.

**2.2.1.4. Naturaleza jurídica del derecho indígena.**

La jurista mexicana Magdalena Gómez, nos dice que:

Es importante no confundir o subsumir el tema del derecho indígena en el espacio de la diversidad. Como hemos visto hoy en día diversos sectores reclaman derechos específicos, es el caso de los movimientos sociales de las mujeres, los que reivindican la libertad de opción sexual, los que se refieren a las creencias religiosas, el caso de las personas adultas mayores, etc. Si bien es cierto que estos movimientos y organizaciones se agrupan en colectividades, el ejercicio de los derechos que reclaman, la titularidad de los mismos siempre se individualiza. Muy diferente es el caso de los pueblos indígenas, que también están incluidos en el espacio de la diversidad, pero la naturaleza del derecho indígena es **COLECTIVA** como lo es su titularidad. Por lo tanto deberá definirse el carácter colectivo de estos derechos, el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos titulares de los mismos, para que a partir de los mismos se puedan garantizar los derechos individuales para sus miembros. (Gómez, [www.geocities.com/relaju/mgomez.html](http://www.geocities.com/relaju/mgomez.html), 2016).

### **2.2.1.5. Los derechos de los pueblos indígenas en las Naciones Unidas.**

La Organización de las Naciones Unidas a través de diversos instrumentos jurídicos trata de buscar el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas, por lo que consideramos que es muy importante anotar algunos aspectos específicos de los instrumentos internacionales, será de mucha ayuda familiarizarnos con los conceptos básicos y la terminología a fin de comprender los temas relacionados con los instrumentos internacionales.

- **Concepto de los instrumentos internacionales.**

Los instrumentos internacionales son acuerdos entre estados, acuerdos entre estados y organismos intergubernamentales o declaraciones de principios de los organismos intergubernamentales llamados a su vez declaraciones o resoluciones. Los acuerdos entre estados y entre un Estado y un organismo intergubernamental pueden llamarse tratados, convenios, convención, pactos, acuerdos y protocolos (los términos pueden intercambiarse sin alterar el significado legal). Las declaraciones o resoluciones son instrumentos redactados y aprobados por los organismos intergubernamentales, son declaraciones de principios tienen, efecto legal variado, y tratan temas que interesan a los organismos intergubernamentales, tales como los derechos humanos, desarrollo, medio ambiente, etc.

- **Diferencia entre los tratados y las declaraciones.**

Respecto a la diferencia entre tratados y declaraciones el jurista Fergus Mackay nos dice:

Los tratados son obligaciones para los estados que los han firmado y/o ratificado. Se dice firmado y/o ratificado porque algunos estados requieren que su órgano legislativo apruebe (ratifique) el tratado luego que éste ha sido firmado por un representante del gobierno para expresar su consentimiento, mientras que otros requieren simplemente que sea firmado. El consentimiento de un Estado plasmado en los términos de un tratado se vuelve oficial cuando se hace entrega de un instrumento formal de ratificación al organismo que elaboró el tratado o algún otro organismo específico en el tratado, generalmente las Naciones Unidas. Los estados están obligados a seguir de buena fe es decir son vinculantes, las disposiciones de todos los tratados. Por otro lado, las declaraciones, con ciertas excepciones, son meramente recomendaciones para que los estados los sigan o los ignoren a su discreción. La excepción se da cuando una declaración repite principios existentes de derecho internacional o contiene normas de derecho internacional, es consuetudinario, y es por ello de carácter obligatorio, al menos con respecto a las disposiciones relevantes. (Mackay, 1999, p. 51 y 52).

Ahora bien, desarrollaremos algunos de los instrumentos jurídicos internacionales que establecen específicamente sobre los derechos de los pueblos indígenas. Estos instrumentos varían en términos de fuerza, alcance y enfoque de los temas de interés para los pueblos indígenas.

**a) El Convenio N°169 de la OIT.**

Uno de los instrumentos jurídicos más importantes que se ha elaborado en el derecho internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas, es el Convenio 169 Sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo. Este tratado internacional, adoptado y abierto para las ratificaciones por la OIT en 1989, es el sucesor del Convenio anterior de la

OIT de 1957. El Convenio 107 fue desarrollado por la OIT como resultado de una serie de investigaciones, debates, estudios y reuniones de expertos especializados que señalaban la particular vulnerabilidad de los trabajadores indígenas.

La OIT es el único miembro del sistema de Naciones Unidas que se ha interesado de manera constante en los derechos de los pueblos indígenas. Esto se debe en gran medida a la explotación generalizada del trabajo indígena, que continúa hasta nuestros días en algunos países. Desde 1920, la OIT empezó a estudiar la condición de los trabajadores indígenas-rurales. En 1926 se formó un Comité de Expertos Sobre el Trabajo de Nativos, es por ello que muchos de los primeros convenios trataron sobre la situación de los trabajadores indígenas (se dio en particular el Convenio N° 29 en 1930 que prohibía el trabajo forzoso) y en el año de 1953, la OIT publicó un amplio estudio referencial titulado: “poblaciones indígenas; condiciones de vida y de trabajo de los pueblos autóctonos de los países independientes”. Posteriormente la OIT adoptó el primer instrumento internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas en 1957, el Convenio Sobre Poblaciones Indígenas y Tribales N° 107. El principal objetivo de este Convenio giraba en torno a la integración y asimilación de los pueblos indígenas en los estados donde viven. Intentan equilibrar el lado integracionista con algunas medidas proteccionistas. Pero ponía énfasis en la asimilación e integración de los pueblos indígenas a las sociedades nacionales dominantes, primando sobre las medidas proteccionistas, esto había generado muchas críticas y el rechazo total de muchos pueblos indígenas. “Entre 1952 a 1972 la OIT administró el Programa Indigenista Andino formado por múltiples organizaciones y

encaminando favorecer a los pueblos indígenas de América Latina. Se estima que dicho programa ha prestado apoyo a 250,000 personas de pueblos indígenas” (OIT, 2003, p. 3).

En la época en que se adopta el Convenio N° 107, los pueblos indígenas y tribales eran considerados sociedades “atrasadas” y transitorias. Para que pudiesen sobrevivir, se creía indispensable fundirlas en la población nacional mayoritaria asimilándolos e integrándolos.

Con el pasar del tiempo este punto de vista se fue poniendo en cuestión como consecuencia, principalmente de un mayor y profundo comprensión del tema y del número cada vez mayor de miembros de los pueblos indígenas y tribales que participan en foros internacionales, como en el Grupo de Trabajo Sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas en el año de 1982.

Por el espíritu asimilacionista y por la falta de respeto por la identidad y la cultura indígena, este Convenio causó “una fuerte incomodidad” en la OIT; por lo que, en 1985 convocó a una reunión de expertos quienes se pronunciaron a favor de una revisión del Convenio N° 107 en concordancia con el principio de que los pueblos indígenas deberían “gozar de mayor control posible sobre su propio desarrollo económico, social y cultural” (Mackay, 1999, p. 146). En el proceso de revisión que fue:

Entre 1987 y 1989, se consultó a un buen número de pueblos indígenas y tribales, que también participaron muy ampliamente en las reuniones, sea a título individual o por conducto de sus organizaciones, sea como representantes de gobiernos o de organizaciones de empleadores o de trabajadores. Tras dos años de arduos debates e intensos esfuerzos de

redacción, fue finalmente aprobado el Convenio N° 169 de la OIT, Sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes por la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra. (OIT, 2003, p. 4).

En un inicio, el Convenio 169 de la OIT, tuvo problemas y fue severamente criticado y cuestionado por muchos pueblos indígenas, sobre todo en lo que respecta a los términos de la libre determinación; las disposiciones sobre tierras, territorios, recursos y reubicación; niveles de consentimiento y ausencia de participación indígena significativa en el proceso de revisión. Además este Convenio era percibido como una declaración mínima de derechos indígenas, esto se ve evidente al compararlo con la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, numerosas organizaciones indígenas están promoviendo la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en aquellos países donde los indígenas han expresado su deseo de hacerlo. A la fecha 22 países han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT.

A la fecha todavía hay resistencia en muchos países del mundo para su ratificación, a pesar que su ratificación sería un paso adelante hacia la protección de los derechos indígenas y que las leyes nacionales están todavía en la actualidad por debajo de los estándares, sin poseer mecanismos reales de exigibilidad, y son a veces hasta hostiles. Por lo menos, al ratificar este Convenio se contaría con supervisión internacional y una medida de transparencia en las relaciones entre indígenas y estados nacionales, consultas y negociaciones, que anteriormente sólo estaban facultados dentro de la jurisdicción del Estado y ello pondría fin a una serie de controversias de manera bastante positiva.

También es importante señalar que, para los estados que no ratificaron el Convenio 169 de la OIT, pero que si ratificaron el Convenio 107, el caso es que este último permanece vigente. Para aquellos estados con una legislación nacional de estándares superiores al Convenio N° 169, la ratificación no perjudicara de ninguna manera el disfrute de aquellos derechos adicionales a las normas establecidas en el Convenio 169, este mandato está explícitamente establecido en el artículo 35 del Convenio 169 de la siguiente manera: “la ampliación del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizadas a los pueblos interesados en virtud de otros convenios, recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”.

La ratificación del Convenio N° 169 otorga el acceso a los procedimientos, informes y monitoreo de la OIT, los estados partes del Convenio deben informar regularmente a la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEARC), sobre los pasos que se tomen para implementar y mantener la conformidad con sus términos. En realidad hasta los estados miembros de la OIT que no han ratificado el Convenio deben informar sobre las razones de su abstención. De manera adicional, los reclamos deben ser presentados ante la OIT por las partes interesadas, incluyendo a los pueblos indígenas informando acerca de las violaciones de sus derechos.

El Convenio N° 169 de la OIT, que contiene un marcado diferencia en las políticas comunitarias mundiales respecto la filosofía reflejada en el Convenio anterior, que promovía la asimilación de los pueblos indígenas en sociedades mayoritarias de los estados. Este cambio de dirección, realizado

por el Convenio N° 169 de la OIT, lo observamos en el preámbulo, el cual reconoce: “las aspiraciones de estos pueblos a asumir el control de sus propias situaciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los estados en que viven”.

Asimismo el Convenio, reconoce la categoría *suigeneris* de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, como tales, no como derechos de personas individuales. Estos derechos colectivos de los pueblos indígenas incluyen “derechos a la propiedad sobre las tierras tradicionales” (Convenio OIT, 2003, art. 14), “el derecho a ser consultados como grupos sociales, a través de sus propias instituciones representativas” (Convenio OIT, 2003, art. 6), y el derecho como grupos a “mantener sus propias instituciones y costumbres” (Convenio OIT, 2003, art. 8). Al hacer estas afirmaciones sobre derechos colectivos:

El Convenio hace una sustancial innovación en el derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas, el cual, ha sido establecido de otra manera en los instrumentos internacionales de derechos humanos, es decir ha sido desarrollado en términos de derechos individuales, de manera casi exclusiva (Berraondo , 2006, p. 33).

Otro aspecto que debemos resaltar, es en cuanto al reconocimiento de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y tribales, con el siguiente contenido: “los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de estos pueblos” (Convenio OIT,

2003, art. 3). Como podemos apreciar, los pueblos indígenas y tribales gozan de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en la misma medida que cualquier otro ser humano, comprendidos los derechos básicos como el derecho de libertad y la igualdad, así como los derechos a la salud, la educación, etc.

Como se aprecia, el Convenio N° 169 de la OIT, es de alguna manera impreciso, y permite interpretaciones flexibles de sus disposiciones. Fergus Mackay al respecto observa:

Este Convenio puede ser interpretado de una forma extensiva, ampliando el alcance de sus disposiciones, o de manera restrictiva, logrando efectos inversos. En consecuencia, es importante que los pueblos indígenas participen en todo proceso que implique su interpretación, en especial en la Comisión de Expertos, a fin de asegurar la interpretación más favorable de las normas allí contenidas. (Mackay, 1999, p. 149).

#### **a.1. Naturaleza del Convenio N° 169 OIT.**

En la actualidad, el Convenio N° 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, es sin duda alguna, el instrumento jurídico internacional más conocido, citado y sobre todo, enarbolado como bandera de lucha por millones de indígenas en todo el mundo e invocado como el referente jurídico por excelencia para lograr reivindicaciones y cambios en la legislación de los países o en otros instrumentos normativos internacionales. La naturaleza del Convenio es vinculante por el hecho de que se trata de una Convención, Convenio o Tratado, entendiéndose por tal, “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho

internacional, ya conste de un instrumento único en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”, esto conforme a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

### **Obligaciones de los estados por la aprobación y ratificación del Convenio N° 169 de la OIT.**

Desde que los estados ratifican un Convenio, Convención o Tratado Internacional de derechos humanos, tal como es el Convenio N° 169, se impone el deber de cumplir las obligaciones jurídicas que asumen en el instrumento ratificado. Al respecto Efrén Diego Domingo citando a Rodolfo Rorhmoser ex presidente de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala citando a la Constitución de la OIT, dice:

El Convenio es ejecutivo por el mismo y por ende, tiene fuerza vinculante por lo que se debe considerar dos aspectos importantes: Primero, en la aplicación de cada una de las disposiciones del Convenio, los estados se pueden obligar a aplicarlos sin ningún cambio a su ordenamiento jurídico interno, o de realizar un acto intermedio para su aplicación tales como reglamentar, emitir una ley especial, ordenar medidas administrativas, llevar a cabo consultas hacia los pueblos indígenas, establecer una sanción y/o publicar el contenido del Convenio. Segundo, que algunas partes del Convenio, por tratarse de normas con carácter de programáticas, necesitan de la emisión de leyes por parte del legislador que desarrollen sus disposiciones. (Domingo, s/f. p, 5).

Asimismo José Ordóñez Cifuentes citando a Jorge González Galván, sostiene; “los estados que ratifican el Convenio N° 169, están obligados por los 17 frases contenidas en los artículos 4, 6, 8, 12, 14, 15, 17, 19, 20, 22, 25, 26, 30, 31, 32 y 33, que así lo estipulan y que debe tomarse en cuenta que son

convenios que tienen el carácter de promocionales que obligan a los estados a tomar medidas legislativas y administrativas, es decir, se establecen las bases para que los estados nacionales instrumenten políticas de desarrollo para los pueblos indígenas” (Ordoñez, 2016)

De lo expresado anteriormente y tomando la opinión de Efrén Diego Domingo señalaremos que:

la ratificación del Convenio por parte de los estados los vincula jurídicamente a nivel nacional e internacional. Desde ese momento, todo agente del Estado, así como todo juez, legislador y funcionario público están obligados a acatar y hacer cumplir a todos el Convenio 169 de la OIT. Los jueces de los estados nacionales deben aplicar el contenido del Convenio 169 en sus decisiones teniendo en cuenta la primacía del Convenio sobre otras normas y el principio pro indígena establecido en el artículo 35 del Convenio; el organismo ejecutivo está obligado establecer políticas públicas, instituciones y medidas, con la participación efectiva de los pueblos indígenas y los legisladores están obligados a adecuar las normas nacionales al espíritu del Convenio N° 169, mediante Consulta Previa a pueblos indígenas y tribales. (Domingo, 2008).

**b) La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.**

La adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, es el resultado de una larga lucha histórica de las naciones, nacionalidades y pueblos indígenas del mundo por defender sus derechos, sus territorios y culturas ante la colonización, la imposición de culturas foráneas, la explotación de la mano de obra y la apropiación de sus

conocimientos, y la pretensión de los estados por apoderarse de los recursos naturales que se hallan en sus territorios. Mónica Chuji indica que:

Estas luchas se han fundamentado en las demandas por el reconocimiento de sus derechos culturales, territoriales y humanos que fueron desconocidos a través de los siglos por los estados en sus constituciones, leyes y tratados acordados para los pueblos indígenas y tribales (Chuji, 2010, p. 1).

A pesar de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, por la Organización de las Naciones Unidas, los pueblos indígenas también requerían de un marco normativo de derechos que respondan a sus realidades y problemáticas particulares. Asimismo, el proceso de fortalecimiento, articulación y lucha de los pueblos indígenas del mundo durante las últimas décadas ha sido en torno a la demanda de reconocimiento de sus derechos específicos por parte de los estados. En este largo proceso de articulación de los pueblos indígenas optaron por una estrategia de presión e incidencia política ante la misma ONU, este proceso se remonta a los años 1920, cuando representantes de los pueblos indígenas norteamericanos, de Nueva Zelandia y otros países defendieron los derechos de sus pueblos ante la entonces Sociedad de Naciones que fue el precursor de la ONU.

#### **b.1. El proceso de aprobación de la Declaración.**

El proceso de redacción y aprobación de la Declaración recorrió un largo camino, que ha significado un proceso complicado de negociación con altos niveles de enfrentamiento político. La Declaración ha sido aprobada gracias a la presión, el cabildeo (lobby) y una buena estrategia de incidencia política y jurídica, liderazgo y capacidad de los pueblos indígenas del mundo. Luego de

haberse aprobado en el año de 1994 el texto inicial de la Declaración por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, pero entre el año de 1995 y el 2005 se vio paralizado en el seno de la Comisión de los Derechos Humanos.

En el año 2006, luego de la creación del nuevo Consejo de Derechos Humanos, órgano que reemplazó en sus funciones a la Comisión de Derechos Humanos, surgiendo nuevamente la incógnita sobre el porvenir del Proyecto de Declaración. Esto hasta que en el transcurso de su primer período de sesiones, el 29 de junio de 2006, el Consejo de Derechos Humanos aprobó la “Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, por 30 votos a favor, 12 abstenciones y 02 votos en contra (Canadá y Rusia). Votación que se realizó luego de más de dos décadas de debates, tanto en el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, en la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, como también en el Grupo de Trabajo sobre Proyecto de Declaración.

Finalmente en Junio de 2007, el presidente de la Asamblea General decidió nombrar un facilitador para acercar posturas en torno al Proyecto de Declaración. Luego, faltando pocos días para el término del 61° período de sesiones de la Asamblea General, la mayoría de los estados africanos expresaron su conformidad con el Proyecto de Declaración de los derechos humanos de los pueblos indígenas, al que se introdujeron algunas modificaciones para satisfacer sus inquietudes. Respecto del resultado de la votación, María del Rosario Sevillano nos indica:

El 13 de septiembre de 2007, en un evento histórico, la Declaración fue aprobada por 143 votos a favor, 04 votos en contra (Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda y Australia) y 11 países se abstuvieron (Azerbaiyán, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, Rusia, Samoa y Ucrania) (Sevillano, 2010, p. 31).

Además agrega la citada autora “los gobiernos de los países que más se opusieron a la Declaración fueron los cuatro que votaron en contra de la declaración y además Rusia”. Estos países durante mucho tiempo trataron de obstaculizar el proceso de adopción de la Declaración, así como también a su votación. Esta situación se ve curiosamente, con los países que más conflictos mantienen con sus pueblos indígenas y que menos reconocimiento de sus derechos colectivos les otorgan.

## **b.2. Fuerza obligatoria de la Declaración.**

En el contexto del Derecho Internacional, la Declaración **no es un documento vinculante** para los estados, esto por no ser un Tratado Internacional. Posee el rango (status) de Declaración, lo cual le confiere un valor político, ético y moral importante para todos los países miembros de las Naciones Unidas, pero no genera obligaciones jurídicas directas. Sin embargo tiene un valor programático y moral de declaraciones internacionales en materia de derechos humanos. El Estado se compromete moralmente al cumplimiento de los principios enunciados, los que requieren de su accionar para su cabal respeto. En muchos casos las declaraciones son el primer paso hacia un futuro establecimiento de un Tratado Internacional, como ocurrió con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En el caso de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos

Indígenas, estamos ante una resolución de la organización sin carácter obligatorio, es una Declaración que apela a la conciencia de los gobernantes a asumir el pleno respeto a los derechos de los pueblos indígenas.

#### **2.2.1.6. Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema Interamericano.**

##### **a). La Carta de la Organización de Estados Americanos.**

Este instrumento jurídico interamericano de la organización de los Estados Americanos, suscrita en Bogotá, el 30 de marzo al 2 de mayo de 1948, incluye explícitamente entre los objetivos de la organización en su preámbulo de “Consolidar un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, así como el respeto “a los derechos de las personas humanas y los principios de la moral universal”. El artículo 3° de la Carta, regula sobre los principios de la organización:

“Los estados americanos reafirman los siguientes principios:

(...)

L. Los estados americanos proclaman los derechos fundamentales de las personas humanas, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.

M. La unidad espiritual del continente se basa en el respeto de la personalidad cultural de los países americanos y demanda su estrecha cooperación en las altas finalidades de la cultura humana.”

En el artículo 45, establece: “los estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de su desarrollo económico y verdadera paz, conviene en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

A) todos los seres humanos sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica.”

Como podemos observar en la Carta de la OEA, no se observa una prescripción normativa referida directamente a los derechos de pueblos indígenas del continente, a pesar de haber sido reformada en varias oportunidades.

**b) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.**

Constituye el segundo instrumento principal del sistema interamericano, tiene la calidad de un instrumento declarativo, fue adoptado por la novena conferencia de la Asamblea General de la OEA, Bogotá 1948, sólo unos meses antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU. Esta Declaración, a pesar del carácter evidentemente anacrónico de un título, constituye en la actualidad un texto fundamental, cuyas disposiciones sustantivas tienen valor consuetudinario, que da contenido a las obligaciones de los países miembros de la OEA, en materia de derechos humanos. En la Declaración Americana, existen prescripciones normativas que se relacionan

de manera genérica con el derecho indígena. A continuación citaremos algunos artículos:

“Artículo II. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.”

“Artículo XVII. Toda persona tiene derecho a que se le reconozcan en cualquier parte como sujeto de derecho y obligaciones y a gozar de los derechos civiles fundamentales.”

Como podemos observar en los citados artículos, esta declaración no reconoce expresamente los derechos de los pueblos indígenas, sin embargo se aprecia un reconocimiento genérico.

**c) La Convención Americana Sobre Derechos Humanos.**

En este instrumento jurídico de carácter regional, tampoco existe referencia específica alguna sobre los derechos de los pueblos indígenas, este tratado también conocido como Pacto de San José fue adoptado en 1969. Al igual que cualquier otro tratado internacional, es de obligatorio cumplimiento para los estados que lo han ratificado. Se observa que la Convención desarrolla con mejor detalle los derechos establecidos en la Declaración, al mismo tiempo las competencias y procedimientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**d) La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.**

Instrumento jurídico internacional suscrito en Rio de Janeiro en 1947. Este documento constituye, la única excepción, en la que se establece una

referencia al derecho y la protección de los pueblos indígenas americanos, sin embargo no figura en el listado oficial de instrumentos interamericanos de derechos humanos. El artículo 39 refiere que:

*“En los países en donde exista el problema de la población aborigen se adoptaran las medidas necesarias para prestar al indio protección y asistencia, amparándole la vida, la libertad y la propiedad defendiendo del exterminio, resguardándolo de la opresión y la explotación, protegiéndolo de la miseria y suministrándole adecuada educación.*

*El Estado ejercerá su tutela para preservar, mantener y desarrollar el patrimonio de los indios o de sus tribus y promoverá la explotación de las riquezas naturales, industriales, extractivas y cualesquiera otros frentes de rendimiento, procedentes de dicho patrimonio o relacionadas con este, en el sentido de asegurar, cuando sea oportuno, la emancipación económica de las agrupaciones autóctonas. Deben crearse instituciones o servicios para la protección de los indios, y en particular para hacer respetar sus tierras, legalizar su posesión por los mismos y evitar su invasión de tales tierras por parte de extraños”.*

Se observa en el citado texto normativo, prescribe que se debe asignar medidas necesarias de protección y tutela a la población aborigen.

**e) La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.**

Como la mayoría de los países integrantes de la OEA cuentan con población indígena en sus ámbitos territoriales, con la finalidad de hacer el reconocimiento a sus derechos, la OEA ordenó:

En 1989, la Asamblea General de la OEA, emitió una Resolución (Res.1022/XIX-O/89) que fue vista como una reacción frente a la adopción del Convenio N° 169 de la OIT, ordenando la redacción de un Instrumento Interamericano sobre los derechos de los pueblos indígenas (Mackay, 1999, p. 160).

Posteriormente en 1992, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos envió un cuestionario a los estados miembros de la OEA, a las organizaciones de pueblos indígenas y a los organismos intergubernamentales para solicitar sus comentarios sobre el contenido del futuro instrumento” (Mckay, 1999, p. 160). A continuación se ha redactado un borrador preliminar basado en este informe y numerosas consultas subsiguientes, incluyendo una reunión de gobiernos e instituciones que se realizó en octubre de 1993. Los derechos sobre los que se solicitaba un comentario en el cuestionario se basaba en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (básicamente un catálogo de derechos humanos individuales) y otros derechos descritos como derechos colectivos.

En febrero de 1995, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos revisó el Proyecto Preliminar de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas redactado por plana técnica. Estaba previsto que se diera a conocer, pero la Comisión decidió revisar el documento nuevamente por diversas razones. El Proyecto oficial de la Declaración de la OEA fue aprobado y dado a conocer en el mes de septiembre de 1995. Luego de la publicación del documento, “la Comisión sostuvo numerosas consultas sobre el mencionado proyecto (Canadá, Guatemala y Ecuador), considerado bastante

inadecuado por los pueblos indígenas, provocando numerosos comentarios [...] (Mackay, 1999, p. 161).

La versión revisada del Proyecto de la Declaración fue “aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 27 de febrero de 1997, en su 133 sesión, durante su 95 periodo ordinario de sesiones” (Anaya, 2005, p. 423).

Posteriormente, la OEA ordenó que:

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos mediante resolución AG/RES 1549 (XXVIII-0/98) encomendó al Consejo Permanente convocar una reunión de expertos gubernamentales con el encargo de llevar a cabo acciones pertinentes a fin de adoptar la Declaración Americana de las poblaciones indígenas en el 29º período ordinario de sesiones de la Asamblea General (Donayre, 2005, p. 47).

El Proyecto de Declaración y los diversos comentarios mencionados anteriormente, como anota fergus Mackay:

Fueron considerados en una reunión de expertos gubernamentales llevada cabo en Washington (USA) entre el 10 y 12 de febrero de 1999, bajo el auspicio del Consejo Permanente de la OEA y su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. Los expertos gubernamentales tuvieron plena autoridad para modificar y hacer enmiendas al Proyecto de Declaración, pero no lo hicieron (Mackay, 1999, p. 162).

Desde aquella fecha se dio inició de negociaciones y discusiones sobre la Declaración que todavía tenía la calidad de Proyecto. Es muy pertinente rescatar lo dicho en las discusiones y tiene que ver con el soft law o hard law

de estos documentos legales. De una parte las organizaciones indígenas presentes manifestaban que una Declaración significa un retroceso respecto a la aspiración de los derechos de estas poblaciones. Mientras que la disposición del Instituto indigenista Americano consistió en que una Declaración eximía a los estados de buscar con precisión y claridad los conceptos con los cuales se iba a trabajar. Por su parte el representante del Comité Jurídico Interamericano acordó que una Declaración podía reconocer una situación o derecho y en dicha medida producir efectos jurídicos, poseyendo cierto valor de interpretación, al respecto:

Donayre (2005) también manifiesta que varios elementos de los efectos jurídicos de la legislación no vinculante, sistematizada por Alonso García, señala que el soft law: mejora en la construcción de conceptos y definiciones que llegarían a la legislación de hard law, el valor interpretativo y al mismo tiempo la responsabilidad de los estados firmantes de ir adecuando sus legislaciones a los principios establecidos por la Declaración (p. 48).

Asimismo a través de ponencias del Grupo de Trabajo de Elaboración de la Declaración se incide en que este documento refuerza el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos de los pueblos indígenas. En la ponencia que hizo el jurista alemán Gregor Barbie, especialista en derecho constitucional latinoamericano y derechos indígenas, también, deja claro que la aprobación y difusión de la Declaración constituiría referencia obligatoria, aún en los estados que no hubieran ratificado.

Finalmente luego de 17 años de discusiones y debates, el 15 de junio del 2016, ha sido aprobado la declaración por la Asamblea General de la

Organización de Estados Americanos en la segunda y última jornada de la 46 Asamblea General de la OEA que se celebró en Santo Domingo.

La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas consta de un preámbulo, seis secciones, XLI artículos. La sección primera sobre pueblos indígenas. Ámbito de aplicación y alcances; sección segunda, derechos humanos y derechos colectivos; sección tercera, identidad cultural; sección cuarta, derechos organizativos y políticos; sección quinta, derechos sociales, económicos y propiedad y finalmente la sección sexta, provisiones generales. Esta Declaración garantiza y reconoce ampliamente los derechos de los pueblos indígenas como el derecho a la Consulta Previa y a la libre determinación contenida también en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

**f) La Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.**

Instrumento jurídico internacional de carácter regional, adoptada en la ciudad de Guayaquil, a los 27 días del mes de julio del 2002, con la participación de los presidentes de la Comunidad Andina de Naciones: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela quienes reunidos en Consejo Presidencial Andino, y en nombre de los pueblos de la Comunidad Andina. Este documento de carácter vinculante para los estados firmantes, e inspirados en el pensamiento del libertador Simón Bolívar, quien en un mensaje al Congreso constituyente de Bolivia había proclamado que es “anhelo primordial de todo pueblo obtener la posesión de sus derechos, ejercer las virtudes políticas y facilitar a cada persona la adquisición de talentos luminosos y el

goce que en esencia conlleva pertenecer a la raza humana”. Que convencidos de que los derechos humanos son inmanentes a todos los seres humanos, quienes son libres e iguales en dignidad y derechos. Asimismo comprometiéndose a respetar y aplicar la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la OEA, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), la Carta Democrática Interamericana y demás instrumentos internacionales de derechos humanos de los que los países andinos son parte. Esta Carta consta de 96 artículos, estructurados en 15 partes, y específicamente regula en la parte VIII sobre los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, al señalar que:

Cumplir y hacer cumplir los derechos y obligaciones consagrados en instrumentos jurídicos internacionales que tiene como finalidad promover y proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas y de las comunidades afrodescendientes, en particular el Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes N° 169 de la OIT (Carta Andina, 2002, art. 36).

También reconoce que:

Los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, además de los derechos humanos que poseen sus miembros como ciudadanos a título individual, gozan como grupos humanos de raíz ancestral, de los derechos colectivos, cuyo ejercicio en común promueve su continuidad histórica, la

preservación de su identidad y su desarrollo futuro (Carta Andina, 2002, art. 35).

#### **g) La Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Este órgano jurisdiccional de carácter Interamericano ha sido creado por la Convención Americana de derechos humanos o Pacto de San José, el 22 de noviembre de 1969, la entrada en vigencia de dicha Convención fue el 18 de julio de 1978, esto conforme al artículo 74.2. Esta Corte inició sus funciones en el año 1979.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es uno de los principales órganos del sistema interamericano, tiene la función de la supervisión y cumplimiento de la Convención y la Declaración. Es una institución judicial autónoma que tiene su sede en San José de la Costa Rica, está integrado por siete jueces que son nacionales de los estados parte de la OEA, cuenta con su propio Estatuto, que regula sus funciones, composición, estructura y otras cuestiones administrativas, y cuenta también con su propio reglamento que regula su respectivo procedimiento.

La Corte Interamericana según su Estatuto tiene competencia contenciosa y consultiva. La competencia contenciosa la ejerce en los casos en que se alegue que uno de los estados partes ha violado la Convención y siempre que hayan sido sometido a su conocimiento por los estados partes o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ahora bien, sólo podrá decidir si el Estado denunciado y el Estado denunciante han aceptado, por convención o por declaración especial, la competencia de la Corte. Tiene, pues, una competencia de carácter facultativo. Los individuos, los grupos de

personas o entidades no tienen capacidad para demandar ante la Corte, pero pueden recurrir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ésta a la vez puede someter el caso a la Corte, siempre en cuando que el Estado cuestionado aceptó la competencia de este Tribunal. El procedimiento es de carácter contradictorio y termina con una sentencia obligatoria para los estados que son parte del caso. Un aspecto muy importante, es en cuanto a los efectos de los veredictos de la Corte, que son vinculantes legalmente. Asimismo, la Corte puede, y lo ha hecho, dictaminar compensación por los daños a las víctimas de abusos a los derechos humanos.

Los estados miembros de la OEA y los órganos de ésta, también pueden consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados sobre protección de los derechos humanos en los estados americanos, como también sobre la conformidad de las leyes internas y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

#### **h) Comisión Interamericana de Derechos Humanos.**

Este órgano jurídico interamericano ha sido creado en el año de 1959 y reformulada y ratificada en Buenos Aires en 1967 y en la de Cartagena de Indias en 1985, que preveía la existencia de una Comisión al interior de la organización que se aboque específicamente a la defensa y protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. El fundamento jurídico de la creación de la Comisión Interamericana es el artículo 106 de la Carta de la OEA que establece: “habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y

la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la organización en esta materia.

Una convención interamericana sobre Derechos Humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia”.

La sede de este organismo está en la ciudad de Washington D.C. está integrada por siete expertos independientes de reconocida competencia en el campo de los derechos humanos, elegidos por la Asamblea General de la OEA a partir de una lista de candidatos designados por los estados miembros. Cada miembro cumple con sus funciones por un periodo de cuatro años a diferencia de la Corte que cuenta con siete jueces, elegidos por los estados partes ante la convención. Cada miembro puede ser reelegido por un período adicional.

Las funciones y potestades de la Comisión se encuentran definidas en el artículo 41 de la Convención. Esto lo hace de diversas maneras, incluyendo la de recibir, examinar las peticiones interpuestas por personas individuales, grupos de personas y ONGs legalmente reconocidas en un Estado miembro de la OEA.

## **2.3. MARCO CONCEPTUAL**

### **2.3.1. El derecho indígena en el contexto del pluralismo jurídico**

#### **a) Nociones generales.**

Como hemos conceptualizado el derecho indígena como el conjunto de normas protectoras de los pueblos indígenas, en esta parte de nuestra investigación verificaremos cuál es el lugar o espacio que ocupa en el contexto

el término “pluralismo jurídico”. Muchos nos preguntamos cómo y cuándo aparece en la Teoría del Derecho el término “pluralismo jurídico”, definitivamente esta expresión ha venido siendo usado por los sociólogos del derecho, para designar a fenómenos muy diversos como: los estados confederados, la pluralidad de fuentes jurídicas, etc. Se sabe que principalmente han sido juristas europeos y norteamericanos quienes han usado la expresión en esos sentidos.

Cuando hacemos referencia al pluralismo jurídico, principalmente en los países de la Comunidad Andina, se vincula inmediatamente este término con el “derecho de los pueblos indígenas”, precisamente porque los estados de Bolivia, Perú, Colombia, Ecuador, entre otros. Son sociedades compuestas con una gran diversidad cultural que no es expresada en la realidad jurídica, es decir, no se toma en cuenta sus tradiciones, culturas, religiones, costumbres, etc. Al respecto:

*Mejía & Antezana (2014) nos manifiesta que el espacio colonial fue el terreno en el que se aplicó la teoría del pluralismo jurídico de manera sistemática. Las instituciones y la cultura europea son el modelo a partir del cual deben formar las demás naciones del mundo, el trasplante de las instituciones jurídicas occidentales a los contextos coloniales no sólo son vistos como una necesidad gubernamental si no, también, como medio para lograr la erradicación del salvajismo y la construcción de la civilización, en los contextos coloniales, la metrópoli aceptó; como principio general, la vigencia de los usos y costumbres de los pueblos autóctonos, claro, sometiendo su validez al respeto de los principios básicos del derecho oficial, las prácticas jurídicas autóctonas son conservadas en la medida en que no contradigan los valores y principios fundamentales del derecho oficial, la llamada cláusula de repugnancia es una*

*de las principales instituciones de este modelo, de hecho, en la recopilación de las Leyes de Indias se ordenaba a las autoridades españolas que, guarden las leyes que los indios tenían antiguamente para su gobierno y las que hicieran de nuevo [...] y que no se encuentren con nuestra sagrada religión, ni con las leyes de este libro [...]" (p. 22).*

## **b) Concepto de pluralismo jurídico.**

Respecto al concepto de esta institución jurídica, el jurista mexicano Correas (2003) define como “la coexistencia de dos o más sistemas normativos que pretenden validez en un mismo territorio... o lo que es lo mismo... el fenómeno de la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos” (p. 51).

En un sentido más amplio Raquel Yrigoyen define, el pluralismo jurídico como “la existencia simultánea, dentro del mismo espacio, de un estado, de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos, basados en cuestiones culturales, étnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas, políticas, o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales”. De esta definición pues se ve que tiene que existir la pluralidad cultural para que se manifieste el pluralismo jurídico. Boaventura de Santos Souza manifiesta que “existe una situación de pluralismo jurídico siempre que en un mismo espacio geopolítico prevalece (oficialmente o no) más de un orden jurídico”. En el Perú, muchos juristas han trabajado el tema, entre ellos Armando Guevara Gil, que nos dice que: “el pluralismo jurídico consiste en la coexistencia e interacción de diferentes ordenamientos normativos sobre las mismas situaciones sociales en un espacio geopolítico determinado (Estado, nación, imperio, confederación,

etc.)". Por lo que nosotros conceptuamos el pluralismo jurídico como la existencia conjunta de más de un sistema normativo en un espacio y tiempo que rigen en una sociedad determinada. Asimismo afirma Guevara Gil, basados en esta realidad, los teóricos de la pluralidad legal plantean una premisa central, a saber, que el derecho no es un monolito del Estado. Por eso sostienen, en oposición a las teorías monistas que afirman la vigencia de un solo sistema legal en un espacio y tiempo determinado, que diversos "derechos" tienen vigencia social en forma simultánea y conflictiva. La pluralidad, es una cualidad estructural de cualquier sociedad porque ninguna está completamente subordinada a una sola fuente productora de derecho.

En consecuencia podemos sostener que el pluralismo jurídico, es una realidad innegable en los países de la Comunidad Andina de Naciones, ya que estos países son estados pluriculturales y diversidad manifiesta, de ahí la debilidad y la presencia de los mismos (estados) en todo el territorio nacional.

### **c) Reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico.**

Respecto al reconocimiento del pluralismo jurídico, nos dice Cabedo (2002) no significa únicamente reconocer el derecho indígena, que para hablar de un verdadero pluralismo jurídico debe reconocerse, por un lado, el derecho consuetudinario indígena y, por otro, el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, sobre la base de este derecho, por las propias autoridades indígenas. (p. 67).

Asimismo nos manifiesta el citado autor, que aquellos estados que reconocen el derecho indígena, pero que no permiten el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, no existe un auténtico pluralismo jurídico (aunque

dicho derecho sea aplicado por los órganos judiciales estatales). También nos manifiesta sobre el reconocimiento de esta institución jurídica en Latino América:

En la actualidad, de los estados latinoamericanos los de la Comunidad Andina de Naciones, que cuentan con población indígena, Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador han reconocido en sus constituciones el pluralismo jurídico, tal como es. Las demás constituciones o bien se limitan a reconocer el derecho indígena, que en todo caso sería aplicado por la jurisdicción estatal, o bien no regulan esta materia. (Cabedo, 2002, p. 78).

#### **d) El pluralismo jurídico en la Comunidad Andina de Naciones.**

A partir de los años 90, los países de la Comunidad Andina de Naciones han empezado a reconocer el pluralismo jurídico en sus constituciones políticas: Colombia (1991), Perú (1993), Ecuador (1998 y 2008), Bolivia en la reforma constitucional de 1994 y 2009 y Venezuela en 1999.

La Constitución Colombiana reconoce en su artículo 246°, de la siguiente manera: “las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

En la Constitución Política del Perú, en el artículo 149 se faculta a las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de rondas campesinas, estableciendo de la siguiente forma: “las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas pueden ejercer

funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no viole los derechos de las personas. La ley establece la forma de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de paz y con los demás instancias del poder judicial”.

La constitución boliviana de 2009 reconoce en su artículo 190° de la siguiente manera:

“ ...

I. Las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente constitución”.

Por un lado la Constitución ecuatoriana reconoce en el artículo 171°, señalando: “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”.

Como se aprecia la incorporación y reconocimiento del pluralismo jurídico, en las cuatro constituciones descritas tienen similitud. Sin embargo se observa que la Constitución boliviana es la que establece con mayor rigurosidad el tratamiento jurídico de esta institución, ya que dedica en tres artículos.

### **2.3.2. Derecho consuetudinario indígena**

#### **a) Concepto**

Al respecto Vicente Cabedo Malloí citando a Rodolfo Stanvenhagen nos dice que el derecho consuetudinario es:

Un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho vigente en un país determinado”. Y de una forma más amplia Rodolfo Stanvenhagen conceptúa el derecho consuetudinario como “un conjunto de normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que contribuyen a la integración de una sociedad, al mantenimiento del orden interno y a la solución de conflictos (incluyendo un sistema de sanciones para quienes violen esas normas) [...] que no ha sido creado por el Estado, a través de los órganos correspondientes, en ejercicio de su propia soberanía. (Cabedo, 2002, p. 69).

También Gonzalo Aguilar conceptúa de la siguiente manera:

Es el conjunto de usos, prácticas, costumbres, creencias y principios que regulan la convivencia interna y que han sido transmitidas principalmente en forma oral y aplicadas de manera general y uniforme en el tiempo por los pueblos indígenas, en tanto obligatorios y susceptibles de control social por parte de sus integrantes, autoridades tradicionales y organizaciones (Aguilar, 2016).

Teniendo en cuenta lo expuesto podemos afirmar que el término consuetudinario nos indica, que estamos ante la presencia de normas jurídicas no escritas, que se transmiten en forma oral a todos los integrantes de una comunidad.

Las normas de tradición oral más comunes que integran el sistema jurídico indígena, de acuerdo al jurista Carlos Humberto Durand son:

- a) Las que reconocen a las autoridades tradicionales.
- b) Las que conciernen en su acatamiento a dichas autoridades tradicionales.
- c) Las que surgen de las relaciones de propiedad.
- d) Las que se refieren al parentesco.
- e) Las que corresponden a la socialización del grupo.
- f) Las que viven en la experiencia del indígena.

**b) El derecho consuetudinario como sistema jurídico.**

El derecho consuetudinario como sistema jurídico ha sido negado durante mucho tiempo, por los estados y sus sistemas hegemónicos (es cuando puede observarse que, en los casos de alternatividad de normas, las suyas tienen mayor efectividad que las del sistema hegemónico o subalterno). A juicio de:

Cabedo (2002), citando al profesor Correas (2003), sobre reconocimiento del derecho indígena, nos dice que tropieza “con una ideología fortísima que opaca la posibilidad de concebir la coexistencia de varios sistemas normativos en un mismo territorio. Esta ideología es la soberanía”. Surgiendo así la concepción de que sólo es derecho el emanado del poder soberano, del Estado, y compuesto, además, por normas escritas y objetivas (p. 70).

Por supuesto si definimos, el derecho como el conjunto de normas abstractas, explícitas y escritas emanadas del Estado asociado a un aparato de sanción basada en la coacción. Desde este punto de vista:

Si consideramos que sólo es derecho el que está escrito en los códigos y leyes, se concluirá que los pueblos indígenas no cuentan con un sistema jurídico. Es por tales problemas que, como señala Magdalena Gómez, algunas organizaciones indígenas prefieren hablar de derecho indígena en lugar de derecho consuetudinario, ya que este término denota que está constituido por costumbres, usos y prácticas, claro está que éstos, son normas no escritas (Cabedo, 2002, p. 73).

Pero, si definimos el derecho “como conjunto de normas dotadas de poder coercitivo y producidas por funcionarios autorizados” (Cabedo, 2002, p.

74), entonces aquí, no habría obstáculo alguno para aceptar al derecho indígena como sistema jurídico.

Por todas las razones expuestas nos preguntamos, ¿por qué realmente no se quiere (o no se ha querido aceptar) al derecho consuetudinario o derecho indígena como sistema jurídico, especialmente en el Perú?, la respuesta que daríamos es que no se acepta por razones políticas.

Pero en la realidad:

Los pueblos indígenas realizan prácticas consuetudinarias dentro de su comunidad, entonces, podemos afirmar que existen, junto a los sistemas jurídicos estatales, sistemas jurídicos indígenas creados alrededor de sus cosmovisiones y vivencias, que cuentan con sistemas propios de autoridad y representación, decisión, control y regulación social (Cabedo, 2002, p. 74).

### **c) Vigencia del derecho consuetudinario.**

Cuando hablamos de la vigencia del derecho consuetudinario, nos estamos refiriendo a la eficacia del derecho indígena, esto de acuerdo con la teoría general del derecho, que sostiene, un sistema jurídico existe cuando es eficaz. Y lo es cuando sus normas son efectivas. Cabedo Mallol nos aclara:

Habrá que preguntarse, si el derecho indígena es eficaz y, consiguientemente, si sus normas consuetudinarias son efectivas y, por tanto válidas. Se trata, en definitiva, de comprobar si las costumbres jurídicas indígenas, que regulan la vida y las relaciones dentro de una comunidad indígena, continúan vigentes hoy en día, si son obedecidas u observadas por cada uno de sus miembros” (Cabedo, 2002, p. 75).

Según el citado autor, afirma, citando a Yuri Escalante que “existen dos enfoques totalmente opuestos en la doctrina sobre la vigencia actual del derecho consuetudinario en las comunidades indígenas: el Romántico y el Escéptico”.

El Enfoque Romántico sostiene que “la vida cotidiana de las comunidades indígenas están reguladas por preceptos justos y ancestrales que mantienen el orden armónico ajeno al derecho que rige la nación. Piensan que los mecanismos de control social internos constituyen, por sí mismo, un sistema de justicia y que, por lo tanto, resulta válido hablar de un derecho indígena propio”.

Por otro lado el Enfoque Escéptico, “considera que las prácticas jurídicas que aún existen entre los indígenas son restos de un derecho antiguo o reminiscencias de la justicia impuesta por el régimen colonial”. Entonces vemos que para el Enfoque Escéptico, no existiría un derecho indígena como tal, sino que únicamente persistirían algunas costumbres jurídicas.

Es indudable que el derecho indígena consuetudinario sigue vigente tal como lo podemos constatar en la isla Taquile, en el lago Titílica, pues es un derecho que ha resistido y que ha ido adaptándose a lo largo de los tiempos modernos.

### **2.3.3. Los pueblos indígenas o ancestrales**

Es muy importante aclarar el concepto de pueblos, a efectos de determinar la naturaleza y alcance de los derechos reclamados por los pueblos indígenas.

Ballón (2004) nos dice que la palabra pueblo es usada con contenidos distintos, por ejemplo como sinónimo de: a) “población”, en el sentido demográfico de un conjunto de personas; b) “poblado” de casas que no forma una ciudad; c) “masa” o grupo anónimo y desorganizado de muchas personas; d) “los excluidos” del poder o de la economía, es decir, la gente pobre; e) “opinión pública”, un punto de vista común de las personas; f) de proletariado o clase social definida por su lugar en la producción capitalista, g) “nación” entendida como el conjunto de todos los ciudadanos de un Estado nacional y de allí como cuerpo electoral; h) como nacionalidad en tanto reclamo de independencia o grupo nacional; i) etnia como identidad y cultura-territorio y; j) “soberano” en tanto origen del derecho a gobernar (p. 17).

Continúa el citado autor, “desde el punto de vista de la magnitud de las consecuencias jurídicas podemos decir rápidamente que: población, poblado, masa, excluidos, opinión pública, no tiene mayor trascendencia jurídica. Incluso el “poblado menor” tiene alcance demarcatorio-administrativo antes que de personalidad jurídica” (Ballón, 2004, p. 18).

En la historia europea la idea de nación y la de pueblo coinciden perfectamente, de modo que, todo pueblo-cultural era una nación. Posteriormente, el entendimiento de la nación y del pueblo como enlace cultural se desvanece y es reemplazado por concepciones acordes al surgimiento del Estado nacional. Es desde entonces que la nación y el pueblo dejan de ser correspondientes a una identidad común y dan paso a un “Pueblo” y una “Nación” entendidos como pertenecientes a cierto Estado nacional. Para el positivista por excelencia Hans Kelsen el pueblo, es el “cuerpo electoral” que en determinadas circunstancias expresa su voluntad voto de la mayoría en el entorno de una democracia. Asimismo Francisco Ballón aclara:

Se debe precisar también que los europeos emplearon la palabra “pueblo” para designar a los que consideraban sus semejantes y términos como “bárbaros”, “infieles”, “primitivos” [...] Para aquellos que catalogaban de inferiores. Así pues, en el concepto de pueblo se arrastraban antiquísimos elementos de la historia del pensamiento y la política euro-americana hasta nuestros días. (Ballón, 2004, p. 19).

**a) Pueblo y nación, pueblos y poblaciones o etnias.**

Es necesario dilucidar el alcance del concepto de “pueblo”, especialmente por sus implicaciones jurídicas. Rodolfo Stavenhagen sostiene que hay dos maneras de utilizar el término “pueblos”, uno de orden político y otro de orden sociológico. La aceptación de orden político, hace referencia al conjunto de ciudadanos que conforman un país. Entonces, es este el sentido que se sigue al hablar de la “soberanía del pueblo” usado de este modo, “el derecho de libre determinación de un pueblo se ejerce a través de la democracia, política o, en casos excepcionales, mediante las luchas por la liberación nacional o la transformación revolucionaria del Estado”, es así que se tiende conforme a esta definición, a identificar al pueblo con el Estado.

Por otro lado desde el punto de vista sociológico como lo recuerda Andrés Arteaga, la acepción hace referencia al “conjunto de rasgos que caracterizan a un conglomerado humano en términos territoriales, históricos, culturales, étnicos y le dan sentido de identidad que puede expresarse a través de ideologías nacionalistas o étnicas” (Arteaga, 2007, p. 46).

También se ha dicho desde esta perspectiva que pueblo es todo grupo étnico dotado por consiguiente de los dos elementos objetivo y subjetivo (la etnia, y la conciencia étnica) que posee un territorio determinado en el que vive la

mayoría de sus miembros. Lo que caracteriza esta concepción de pueblo es su carácter dinámico: su identidad, no es permanente ni fija, pudiendo surgir, modificarse e incluso desaparecer. Esto pues responde a una realidad sociológica esencialmente mutable (Arteaga, 2007, p. 46).

Asimismo Arteaga (2007) nos dice que, el concepto de “pueblo” es cercano pero no coincide con el de etnia. Esta última se refiere a “cualquier grupo de individuos ligados por un complejo de caracteres comunes, antropológicos, lingüísticos, políticos, históricos, etc. cuya asociación constituye un sistema, una estructura esencialmente cultural: una cultura”. Entonces, “pueblo” sólo podría aplicarse, en consecuencia, a las etnias asentadas en un territorio delimitado y que tengan la conciencia y la voluntad de una identidad colectiva (p. 47).

Este último concepto sería semejante al concepto de nación, que según Hernán Molina Guaita señala que nación es “aquella agrupación humana unida por vínculos materiales y espirituales, que hace tener conciencia de poseer caracteres comunes que les permita diferenciarse de otros grupos nacionales y en que los individuos demuestran tener voluntad de conservar esos lazos de unidad” (Molina H. , 1996, pág. 20).

Resumiendo las diferencias entre pueblo y nación, Obieta, afirma que pasaría por el mayor o menor grado de conciencia étnica, por lo se puede decir que “un pueblo es nación en potencia y que una nación es un concepto mayoritariamente consciente” (Arteaga, 2007, p. 47).

**b) Concepto de pueblo.**

Según el Diccionario de Derecho de Cabanellas y Osorio, el pueblo es un “conjunto de personas que componen un pueblo, provincia o nación”. (Cabanellas, 2011)

El jurista peruano Wilfredo Ardito Vega, nos manifiesta que “es conveniente distinguir entre el concepto de pueblo y etnia, ya que “etnia, que es una concepción antropológica, y pueblo, que tiene naturaleza jurídica y política e implica la posibilidad de ser sujeto de derecho por el derecho internacional” (Ardito, pág. 03).

Asimismo Arteaga (2007) sostiene que el concepto pueblo se diferencia de “Poblaciones” que se refiere al “conjunto de personas que de modo permanente habitan el territorio del Estado y están en general unidas a este por vínculo de la nacionalidad. Por lo que, en este concepto de poblaciones se incluye a una diversidad de pueblos, sin considerar las particularidades de cada uno. De lo que resulta que es un concepto estático que determina las personas que viven en un Estado específico y que no cuenta de la heterogeneidad cultural, étnica y lingüística de ellos. Es por esto que no se estima adecuado para referirse a los pueblos indígenas (p. 48).

Nosotros para la realización de nuestra investigación hemos utilizado el término, pueblos porque es un concepto más amplio e inclusivo.

**c) Los pueblos como sujetos del derecho de autodeterminación.**

El debate en torno al concepto de pueblos reside en el alcance del concepto en el Derecho Internacional, ligado políticamente al derecho de

autodeterminación y que no hay un concepto de “pueblo claramente definido en el Derecho Internacional por lo que hay controversia sobre su significado”.

Como hemos verificado, hay quienes sostienen que los indígenas no constituirían pueblos, o al menos, no en el sentido antes descrito, dándole una interpretación restrictiva al concepto que excluye a los pueblos indígenas del derecho de autodeterminación.

Anaya (2005) sostiene que, existen tres variantes restrictivas del término “pueblos” en relación a la libre determinación.

- Una primera variante sostiene que, la autodeterminación sólo puede predicarse de las poblaciones que pertenecen a territorios que se encuentran bajo condiciones de colonialismo clásico.
- Una segunda variante sostiene que los “pueblos” con derecho a la autodeterminación son tanto las poblaciones agregadas de los estados independientes como aquellas de los territorios coloniales en el sentido clásico.
- Una tercera variante sostiene que son pueblos en el sentido descrito aquellas unidades que alguna vez fueron estados soberanos o que, en virtud de un postulado de teoría etnonacionalista, tiene derecho a ser Estado (p. 142 y 144).

En última instancia, las variantes anteriores de la concepción restrictiva del término “pueblos” resultan ser incompletas por su visión limitada de un mundo dividido en comunidades territoriales “soberanas” y mutuamente excluyentes. Esta visión responde a la perspectiva tradicional del pensamiento occidental, que encasilla a la humanidad en dos categorías respectivas -el

individuo y el Estado- y que a los estados en clave del modelo postwestfaliano de esferas mutuamente excluyentes de territorio, comunidad, y autoridad centralizada.

Sin embargo, todas estas restricciones han sido contradecidas por la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”, en su artículo 3° afirma “los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Este reconocimiento como “pueblos con derechos de “libre determinación” ha sido un tema central en las demandas de los pueblos indígenas en el ámbito internacional. Conforme los representantes de los pueblos indígenas de todo el mundo que luchaban por la Declaración en el sistema de la ONU a lo largo de más de dos décadas, se hizo cada vez más evidente que la libre determinación es un principio fundador y un derecho fundamental que aglutina la constelación de derechos de los pueblos indígenas.

**d) Comunidades campesinas y nativas.**

Wilfredo Ardito Vega nos dice, en la actualidad con frecuencia se emplea todavía el término campesino, como si fuera sinónimo de indígena “rasgos campesinos”. En realidad, campesino alude a una actividad e indígena a una ascendencia étnica. Una persona puede dejar de ser o volverse campesino, pero no puede dejar de ser indígena ni convertirse en uno, aunque lo deseara y los problemas de los campesinos y los indígenas no serán necesariamente los mismos.

En el caso del Perú, el reconocimiento de la Comunidad Campesina es expreso en la Constitución Política del Estado de 1993 en el artículo 89°, que establece la siguiente definición “son personas jurídicas autónomas en su organización, trabajo comunal, uso y libre disposición de sus tierras así como en lo económico y administrativo”; y el Estado respeta su “identidad cultural”. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo sea el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

Asimismo en el Perú las comunidades campesinas cuentan con la Ley N° 24656 Ley General de Comunidades Campesinas del 13 de abril de 1987, la misma en el artículo 2 les reconoce como “las comunidades campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas, por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligados por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.

Constituyen anexos de la comunidad, los asentamientos humanos permanentes ubicados en territorios comunales y reconocidos por la Asamblea General de la comunidad”.

#### **2.3.4 Indígenas u originarios**

En la actualidad continúa el debate y la discusión en torno a la denominación más adecuada que se debe usar, Ballón (2004) se pregunta ¿debemos referirnos a los pueblos “indígenas”, o a los “originarios”, o a los

“ancestrales”, o a los “nativos”...? respecto a la respuesta nos dice que, “depende del contenido que tenga el término elegido” (p. 15).

Se Observa que Ballón (2004) continúa con la elucubración de los términos afirmando que...“si empleamos el término “nativo” para aludir a los grupos étnicos de la Amazonia, o la palabra “Originarios” la usamos para referirnos a comunidades que son oriundas de una región del país o el vocablo “indígena” connota exclusivamente a los pobladores andinos anteriores a la llegada de los españoles, o el concepto “ancestral” se reduce a comprender a las poblaciones descendientes de los antiguos señoríos...” (p. 15).

El ex Relator de las Naciones Unidas Rodolfo Stavenhagen afirma, que el término “indígena” es “empleado para referirse a sectores de la población que ocupan una posición determinada en la sociedad más amplia como resultado de procesos históricos específicos”.

Asimismo Stavenhagen (1992) sostiene que el concepto “indígena” tiene un claro origen colonial, pues “son indígenas los descendientes de los pueblos que ocupaban un territorio dado cuando éste fue invadido, conquistado o colonizado” (p, 88).

El Convenio N° 169 de la OIT, tampoco establece una definición concreta sobre quiénes son los pueblos indígenas. Ya que en el mundo los pueblos indígenas y tribales constituyen al menos 5,000 pueblos con características distintivas y una población de más de 370 millones, en 70 países diferentes. Esta diversidad no puede capturarse en una definición única universal y se está gestando un consenso en el sentido de que no es necesario, ni deseable contar con una definición formal del término “Pueblos

indígenas”. En igual sentido, no se cuenta con un acuerdo internacional en cuanto al término “minorías” o el término “pueblos”. Por lo que, el Convenio no define estrictamente quiénes son pueblos indígenas y tribales sino que describe a los pueblos que pretende proteger.

Andres Arteaga citando a Erica Irene Daes, Presidente Relatora, del Grupo de Trabajo Sobre Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas nos dice que:

El debate en torno a este y otros conceptos ha evolucionado desde fines del siglo XIX hasta la creación del Grupo de Trabajo sobre poblaciones indígenas en el marco de los idiomas europeos, en particular el inglés, el español, el francés y el alemán. (Arteaga, 2007, p. 52).

Luego, respecto de la terminología de la palabra indígena explica:

El inglés y el español comparten una raíz común con el término latino “indigenae”, que se utilizaba para distinguir entre las personas que habían nacido en un lugar determinado y las que procedían de otros lugares (aduanae). La expresión francesa “autochtone” tiene en cambio una raíz griega, y, al igual que la expresión alemana “Ursprung”. Sugiere que el grupo al que se refiere fue el primero que existió en un lugar determinado. Así pues, las raíces semánticas de las expresiones utilizadas históricamente en el derecho internacional moderno comparte un elemento conceptual común: la prioridad en el tiempo. (Arteaga, 2007, p. 52).

A continuación Hernán Santa Cruz citado por Andrés Arteaga, manifiesta:

La prioridad temporal no es un elemento enteramente satisfactorio, el “identificar una persona o un grupo como indígena puede ser, sin embargo, un problema complejo y difícil. En muchos casos, la primera confrontación entre los “habitantes” y los “invasores” ocurrió hace siglos. Al correr los años, la vida en común rompió las distinciones físicas y étnicas entre los dos grupos, y produjo en diversa medida el hibridismo biológico y el cultural. La consiguiente mezcla social, racial y cultural hace muy difícil llegar a una definición precisa de quienes pueden ser considerados hoy como los habitantes indígenas o aborígenes de un país dado”. (Arteaga, 2007, p. 52).

**a) El concepto de pueblos indígenas en la Organización de las Naciones Unidas.**

En el ámbito de las Naciones Unidas, el único concepto existente, es aquella formulada por el Relator Especial de la Subcomisión, José Martínez Cobo, quien en su extenso trabajo denominado “Estudio del Problema de la Discriminación Contra las Poblaciones Indígenas” sostiene que:

Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de la sociedad que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tiene la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales. (Martínez, 1987, p. 29).

Seguidamente Martínez Cobo fundamenta este concepto aclarando “que dicha continuidad histórica puede consistir en la continuación, durante un periodo prolongado que llegue hasta el presente, de uno o más de los siguientes características:

- a) Ocupación de las tierras ancestrales o al menos parte de ellas.
- b) Ascendencia común con los ocupantes originales de esas tierras.
- c) Cultura en general o en ciertas manifestaciones específicas (tales como religión, vida bajo un sistema tribal, pertenencia a una comunidad indígena, trajes, medios de vida, estilo de vida, etc.).
- d) Idioma (ya se utilice como lengua única, como lengua materna, como medio habitual en el hogar de una familia, o como lengua principal, preferida, habitual, general o normal).
- e) Residencia en ciertas partes del país o ciertas regiones del mundo.
- f) Otros factores pertinentes” (Martínez, 1987, párr. 370.).

Además sostiene que:

Desde el punto de vista individual, se entiende por persona indígena toda persona que pertenece a esas poblaciones indígenas por autoidentificación como tal indígena (conciencia de grupo) y es aceptada y reconocida por esas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación del grupo). “Eso preserva para esas comunidades el derecho y el poder soberano de decidir quién pertenece a ellos sin injerencia exterior. (Martínez, 1987, p. 30).

Esta definición constituye un referente en las discusiones y debates internacionales sobre los pueblos indígenas en diferentes organismos y foros.

Erica Irene Daes, señala que entre los factores que las organizaciones indígenas y juristas contemporáneos (incluidos juristas indígenas, y miembros de los círculos académicos) han considerado pertinente para la comprensión del concepto de “indígena”, son los siguientes:

- a) La prioridad en el tiempo por la que respecta a la ocupación y el uso de determinado territorio.
- b) La perpetua y voluntaria distinción cultural que puede incluir; idioma, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, las leyes e instituciones.
- c) La conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos o por las autoridades estatales como una colectividad distinta; y.
- d) Una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persista o no.

De lo expresado anteriormente y resumiendo podemos sintetizar que los elementos resaltantes del concepto de Martínez Cobo y de Daes son:

- Continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión o colonización;
- Caracterización cultural propia y diferenciada del resto de la población del Estado;
- Considerados como grupos no dominantes;

- Poseer una relación especial con el territorio deseando conservar dicha relación y transmitirla a sus descendientes;
- Conciencia (del grupo) colectiva con deseo de continuar su existencia diferenciada;
- Autoidentificación.

En el ámbito de los órganos de las Naciones Unidas se ha recalcado la necesidad de manejar un criterio flexible con respecto al concepto de pueblos indígenas. Por lo que se ha sostenido que:

El sistema de las Naciones Unidas debe tener en cuenta la conclusión de los directores del Banco Mundial de que “no existe una definición única que abarque toda la diversidad de los pueblos indígenas del mundo”. También es muy útil tener en cuenta las palabras de Francisco Copotorti, Relator Especial que advirtió que si bien sería de interés filosófico llegar a una definición universal precisa, el cual era prácticamente imposible las circunstancias mundiales actuales, y que en todo caso no contribuiría perceptiblemente a los aspectos prácticos de la defensa de esos grupos contra el abuso. (Arteaga, 2007, p. 56).

**b) El concepto en los convenios internacionales.**

En el Convenio más antiguo que se usó el término “indígena” es en el Pacto de la Sociedad de las Naciones, en la que se utilizó para diferenciar entre las potencias coloniales y las personas que vivían bajo dominación colonial.

Posteriormente, el Convenio N° 107 de la OIT para efectos de su aplicación sostiene que son indígenas los que, *“por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, como en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización y que cualquiera que sea su situación jurídica, viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a que pertenecen”* (art.1.1.b).

Esta definición fue objeto de críticas, especialmente por los pueblos indígenas. Esto por presentar un carácter etnocentrista al hablar de “etapa menos avanzada” (Convenio N° 107, art. 1, 1.a) y su filosofía integracionista. Éstas críticas fueron las razones para la revisión y sustitución del Convenio N° 107 por el Convenio N° 169 del año de 1989. El cual abandona el uso del término “poblaciones” del Convenio N° 107, sustituyéndolo por el de “pueblos” porque este “ya reconoce la existencia de sociedades organizadas con identidad propia, en lugar de simples agrupaciones de individuos que comparten algunas características raciales o culturales” (Arteaga, 2007, p. 56).

La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas tampoco consigna una definición de dichos pueblos y de la misma manera, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas no contiene definición alguna acerca de lo que debe entenderse por “indígenas” o “pueblos indígenas” siguiendo la posición mayoritaria de los representantes de los estados y representante de las organizaciones indígenas.

**c) La postura de los pueblos indígenas.**

Las organizaciones indígenas han defendido permanentemente en diferentes espacios como foros, seminarios, congresos internacionales y nacionales, su voluntad de identificarse a sí mismos como indígenas y de ser reconocido como tales. El Consejo Mundial de Pueblos Indígenas ha manifestado: “el derecho de definir quién es persona indígena se reserva a los propios pueblos indígenas. Bajo ninguna circunstancia debemos permitir que unas definiciones oficiales tales como las contenidas en la Ley sobre los indios de Canadá, Ley sobre aborígenes de Queensland de 1971 de Australia, etc, nos diga quiénes somos”. Asumiendo esta postura, el Consejo Indio de Sudamérica (CISA) ha intentado definir de la siguiente manera: *“los pueblos indios somos descendientes de los primeros pobladores de este continente: tenemos una historia común, una personalidad étnica propia, una concepción cósmica de la vida y, como herederos de una cultura milenaria, al cabo de casi 500 años de separación, estamos nuevamente unidos para encabezar nuestra liberación total del colonialismo occidental”*. Esta tesis de la autodefinición ha sido aceptada por algunos organismos internacionales como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

La posición de autoidentificación fue sostenida enérgicamente por la mayoría de los representantes de los pueblos indígenas en los diversos debates de los grupos de trabajo, tanto en el de poblaciones indígenas como el que debía tratar específicamente el Proyecto de Declaración. Conforme a esta postura “las organizaciones indígenas insisten en su derecho a definirse tanto en función de la conciencia de identidad del individuo como persona indígena,

como en función del derecho de la comunidad a definir a sus miembros” (Arteaga, 2007, p. 58).

La Constitución Política de Bolivia, en el artículo 30.I ha considerado la siguiente definición, “Es nación y pueblo indígena toda colectividad humana que comparte idioma, identidad cultural, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española”.

Nosotros luego del análisis e interpretación de los conceptos citados podemos considerar las siguientes características:

1. Colectividad humana (CPEB)
2. Continuidad histórica con las poblaciones anteriores a la invasión o colonización (ONU, OIT, CISA, CPEB).
3. Relación especial con el territorio, desean conservar dicha relación y transmitir a sus descendientes (ONU, OIT).
4. Conexión territorial (OIT).
5. Conservación de idioma, identidad cultural, tradición histórica y cosmovisión (CPEB, CISA).
6. Conservación de las instituciones sociales, económicas y culturales (OIT).
7. Conciencia colectiva con deseo de continuar su existencia diferenciada (ONU).
8. Autoidentificación, personalidad étnica propia.

Por lo que podemos conceptuar a los pueblos indígenas como organizaciones comunitarias que mantienen descendencia con las poblaciones anteriores a las invasiones coloniales, viven en los territorios desde antes de los estados nacionales, conservan sus instituciones sociales, económicas, políticas, conciencia colectiva de mantener su existencia diferenciada y concepción cósmica de la vida.

### **c.1. La autoidentificación indígena.**

Como hemos dicho se estima que, existen aproximadamente 5,000 pueblos indígenas que, fluctúan entre 370 millones de personas y que viven al menos en 70 países en el mundo. La razón por la que este número varía, se debe al desacuerdo que existe acerca de la definición de indígenas como hemos visto en los párrafos anteriores. Los antropólogos, abogados, científicos, políticos y otros estudiosos, utilizan criterios diversos para definir lo que ellos consideran es un indígena, para el desarrollo del presente trabajo es muy importante tomar en cuenta el derecho de autoidentificación o definición que tienen los pueblos indígenas en las normas internacionales (DNUPI art. 33 y Convenio 169 OIT art. 1.2).

Los pueblos indígenas reiteradamente han reclamado su derecho indígena a la autodefinición, en cuyo reconocimiento está en juego la identidad cultural del grupo. El derecho de autodeterminación faculta esta competencia al respectivo pueblo, de modo que es la colectividad la que determina por sí mismo quienes son las personas que reúne las características para integrar el grupo. Es un derecho colectivo fundamental, ya que de quedar en manos de autoridad externa se daría el doble peligro de que, por un lado, ese grupo

quedase numéricamente disminuido porque una parte de sus miembros, por diversas razones, sea asignado contra su voluntad a otros pueblos o estados, o bien que el grupo sea porque al transferir jurídicamente todos sus miembros a otra colectividad, quede privado del elemento personal.

La autodefinición supone, por un lado, un ejercicio individual del sujeto en cuanto se identifica con el pueblo indígena respectivo, ser indígena implica sentirse parte integrante de la herencia cultural que le han legado sus ancestros, reconocerse a sí mismo como perteneciente al grupo cultural indígena y reclamarse como miembro del grupo. En esta posición el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen ha observado que “por lo que respecta a la pertenencia individual, las comunidades indígenas suelen aplicar sus propios criterios, y, si bien algunos estados reglamentan la pertenencia individual, se acepta cada vez más que el derecho a decidir quién es o no es indígena pertenece exclusivamente a los pueblos indígenas”.

Por otro lado, la autodefinición aparece como un derecho colectivo en función del cual el propio pueblo indígena se identifica a sí mismo como grupo y, por ende a cada uno de sus miembros. En esta dimensión aparece ligado al derecho de autodeterminación de los pueblos. Así se afirma que:

Lo que define a un pueblo indígena y determina su visión holística del mundo es la identidad que él tiene de sí mismo en cuanto comunidad que forma parte de la naturaleza, de lo creado. En consecuencia, sólo los propios indígenas pueden determinar quienes comparten sus valores cosmogónicos. (Arteaga, 2007).

Como hemos anotado, los pueblos indígenas han sostenido repetidamente que sólo ellos tienen el derecho de autodefinirse. Esta afirmación se ha visto reforzada por el artículo 8 del Proyecto de Declaración aprobado por la Subcomisión, reconocía expresamente en los siguientes términos: “Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo e individual a mantenerse y desarrollar sus propias características e identidades, comprendido el derecho a identificarse a sí mismo como indígenas y a ser reconocidos como tales”.

Pero, este artículo fue objeto de duras críticas por los representantes gubernamentales. En el primer período de sesiones varias delegaciones declararon que la intención precisa de este artículo era poco clara, mientras que otras expresaron su preocupación con respecto al derecho de los pueblos indígenas a identificarse a sí mismo y a la cuestión general de los derechos individuales frente a los derechos colectivos. Pero, algunos estados apoyaron la inclusión del derecho de los pueblos a identificarse a sí mismos en la Declaración. Finalmente dicho artículo fue suprimido del texto aprobado de la Declaración por el Consejo de Derechos Humanos.

Por consiguiente, en la Declaración aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, existen otros artículos que norman la auto identificación, así como el artículo 5, consagra el principio general de que los pueblos indígenas “tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente, si lo desean en la vida política, económica, social y cultural del Estado”. El artículo 33 señala expresamente en su párrafo primero: “Los pueblos indígenas tienen derecho a

determinar su propia identidad o permanecer conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los estados en que viven”.

El Convenio 169 de la OIT, considera la autoidentificación de los pueblos indígenas y tribales, en su artículo 1, inciso 2: “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”.

Como podemos apreciar, la definición de la OIT, incluye dos categorías diferentes de pueblos: indígenas y tribales. “Pueblos indígenas son aquellos que mantienen continuidad histórica como sociedades previas a la invasión y colonización”, lo cual se aplica sobre todo a Norteamérica y Sudamérica, y algunas áreas del pacífico. Mientras que “pueblos tribales” se refiere a los pueblos que se distinguen de otros sectores de la sociedad por sus condiciones económicas, sociales, culturales y por sus tradiciones, sistemas de gobiernos o estatus legales propios, dentro del derecho interno del Estado, pero no mantiene necesariamente continuidad histórica con sociedades anteriores a la invasión. Esto se explica por el hecho de que en muchos casos, en África y en Asia en particular, es difícil establecer que la ocupación o llegada de un pueblo antecede a la llegada u ocupación de otros pueblos. En América, en la categoría de pueblos tribales se tomaría en cuenta a los Cimarrones que viven en Colombia y Suriname u otros pueblos descendientes de poblaciones de esclavos africanos que han establecido sus propias sociedades, diferenciándose de otros sectores de la sociedad y se consideran ellos mismos distintos.

Sin embargo, Fergus (1999) está claro que los estados continuarán insistiendo que se establezca y aplique una definición de pueblos indígenas en las Naciones Unidas. También queda claro que los pueblos indígenas continuarán demandando que el derecho a la autoidentificación sea reconocido y que estas demandas seguirán generando conflictos con las posiciones de algunos estados (p. 73).

**d) Los usos de los términos indios e indígenas en América.**

En nuestra América, el término indígena ha sido producto de una construcción histórico social, que específicamente, tiene su nacimiento en el término “Indio” y los procesos sociales vividos por nuestros antepasados como producto de la colonización.

Por consiguiente, nuestra América ni hoy ni nunca ha estado conformado por sociedades de ascendencia europea o de otras ascendencias, los habitantes que encontraron los europeos en América eran de una diversidad de culturas, tales como: quechuas, aymaras, charruás, mapuches, etc.

Entonces nos preguntamos de donde parte el término “indio” si originalmente ningún grupo cultural de América llevaba esta denominación?, podemos señalar que esta acepción parte como producto de una equivocación, producida por el desconocimiento de la existencia de grupos diferentes a los de los españoles; y creyéndose que se había arribado según sus cálculos a las Indias, todo habitante encontrado sería consecuentemente llamado “indio”, es decir, la terminología asignada a los antiguos habitantes de América, parte como producto de un error científico, geográfico y lingüístico.

Asimismo, el término “Indio” se siguió utilizando durante toda la época de la conquista, adquiriendo otros significados, todos ellos denotando poder de colonizador a colonizado, como una imposición de dominación, de superior a inferior, Gloria Ramos enfatiza:

Ramos (2011) con la llegada de la religión Católica el término “indio” fue tomando criterios raciales peores que los iniciales, su aspecto físico y sus características culturales propias muy diferentes y no creer en el Dios de los europeos, pasó a ser el salvaje -lo más cercano al animal- con muchos términos peyorativos, despectivos y denigrantes. Así, el “indio” que inicialmente era un poblador de las “Indias” es decir con significado de precedencia; pasó a ser “Indio” como algo menos que humano (p. 84).

Por otro lado, intelectuales conocidos manifestaron que los países sudamericanos deben su desgracia a esa raza indígena, por ejemplo, Alejandro Deustua decía:

El Perú debe su desgracia a esa raza indígena, que ha llegado, en su disolución psíquica, a obtener la rigidez biológica de los seres que han cerrado definitivamente su ciclo de evolución y no han podido transmitir al mestizaje las virtudes propias de razas en el periodo de su progreso [...] Está bien que se utilicen las habilidades mecánicas del Indio; mucho mejor que se amparen y defiendan contra sus explotadores de todas especies y que se introduzcan en sus costumbres los hábitos de higiene de que carecen; pero no deben irse más allá, sacrificando recursos que serán estériles en esa obra superior y que serían más provechosos en la satisfacción urgente de otras necesidades sociales. El Indio no es ni puede ser sino una máquina. Para hacerla funcionar bastaría aplicar los consejos que el Dr. Emilio Romero, ministro de gobierno, consignó en una importante circular a los prefectos. (Manrique, 2004, p. 31).

El filósofo alemán Hegel al escribir en la Gran Enciclopedia y en la Filosofía de la Historia, acerca del verdadero significado de la novedad del Nuevo Mundo da un paso adelante, diciendo:

La debilidad del indígena americano fue el motivo principal para llevar a América los negros [...] a la debilidad fisiológica del hombre americano se añade también la falta de los órganos absolutos (es decir, instrumentos) para fundar un poder estable, o sea la falta del caballo y del hierro. (Gerbi, 1943, p. 102).

Como se ve que históricamente hubo una postura de exclusión, de marginación, de prejuicios y desprecio a los indígenas de América.

En el desarrollo de esta investigación utilizamos el término indígena ya que es más amplio y general, que implica mayor inclusión a dichos pueblos.

## 2.4. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

### 2.4.1 Hipótesis general

Dado que los pueblos indígenas han sido históricamente y aún en la actualidad se encuentran en estado de marginación, discriminación y exclusión social, política y económica:

**Es probable** que el régimen normativo del derecho fundamental a la Consulta Previa **permita** la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

#### 2.4.2. Hipótesis específicas

- a) **Es probable**, que el desarrollo del régimen jurídico del derecho fundamental a la Consulta Previa en los países de la Comunidad Andina de Naciones es limitado, disperso e insuficiente.
- b) **Es probable**, que las poblaciones indígenas en los países de la Comunidad Andina de Naciones se encuentran en una situación de pobreza, exclusión y vulnerabilidad social y la falta de su reconocimiento legal.
- c) **Es probable**, que la aplicación en la práctica del derecho fundamental a la Consulta Previa, en los países de la Comunidad Andina de Naciones, se realiza en un número mínimo de casos y enfrenta grandes dificultades.
- d) **Es probable**, que los derechos colectivos de los pueblos indígenas que protege, el derecho fundamental a la Consulta Previa son: el derecho a la identidad étnica y cultural, a la libre determinación, a la participación, a la existencia física grupal y a la propiedad de las tierras y territorios.

## CAPÍTULO III

### METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

#### 3.1. DISEÑO Y TIPO DE LA INVESTIGACIÓN

- a) **Diseño.** La presente investigación se realizó en el marco del diseño de **investigación cualitativa** (Utiliza la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación), los estudios se centraron en el desarrollo normativo y la realidad del derecho a la Consulta Previa, así como también la situación de los pueblos indígenas y la protección de los derechos colectivos fundamentales de los pueblos indígenas, como una situación concreta del fenómeno jurídico en la Comunidad Andina de Naciones.
- b) **Tipo de Investigación.** Por el nivel del desarrollo del tema, una **Investigación jurídico-descriptivo**, El estudio del régimen jurídico del derecho fundamental a la Consulta Previa de los pueblos indígenas se centró en la descripción de sus características, elementos, su reconocimiento, su implementación práctica, contenido, alcances,

procedimientos y la protección de los derechos colectivos fundamentales de los pueblos indígenas en la normativa interna de los países de la Comunidad Andina de Naciones. Así mismo se realizó la descripción de la situación jurídica, social y política de los pueblos indígenas de los países de la CAN.

## **3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA**

### **3.2.1. Población**

La denominación más aceptable es la de universo, nuestra investigación tuvo como población: la legislación nacional sobre Consulta Previa de cada Estado miembro, las jurisprudencias de los tribunales constitucionales, los pueblos indígenas, casos emblemáticos de Consulta Previa realizados a los pueblos indígenas de la Comunidad Andina de Naciones y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la doctrina existente sobre nuestro tema de investigación.

### **3.2.2. Unidades de análisis**

- a) Las normas jurídicas nacionales de los países de la CAN referidas a la protección y defensa del derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas.
- b) Los pueblos indígenas de los cuatro países de la Comunidad Andina de Naciones (Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú).

- c) Las sentencias de los tribunales constitucionales nacionales referidos al derecho a la Consulta Previa.
- d) Las jurisprudencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Costa Rica, sentencias de casos referidos, al derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas.
- e) Casos emblemáticos en la práctica de la Consulta Previa realizados a los pueblos indígenas.

### **3.2.3. Muestra**

Dada la naturaleza de la Investigación no se recurrió al uso de muestra representativa.

### **3.3. ÁMBITO O LUGAR DE ESTUDIO**

La presente investigación tiene como ámbito de estudio, la Comunidad Andina de Naciones, integrado por cuatro países: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. La ubicación temporal se ha considerado desde la ratificación del Convenio 169 OIT por los referidos países. El mismo fue adoptado, el 27 de Junio de 1989, por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo 76° Reunión, hasta el año 2015.

### **3.4. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN**

En la presente investigación se ha utilizado los siguientes métodos:

#### **a) Inductivo.**

El Método inductivo según Sierra Bravo: “Es inductivo en cuanto procede mediante la clasificación sistemática de los datos obtenidos durante la

observación, con el fin de determinar las regularidades que presentan” (Sierra, 2007, pág. 32). Con el empleo de la inducción hemos iniciado primero el estudio desde los aspectos particulares, (especialmente se utilizó en el segundo y cuarto objetivo) hasta llegar a los aspectos más generales, acerca de nuestra investigación.

**b) Analítico.**

Este método nos ha ayudado alcanzar el primer y el tercer objetivo de nuestra investigación.

Asimismo empleando este método hemos realizado el estudio por separado de los conceptos, la naturaleza, rasgos, elementos y propiedades de las partes que componen; el derecho fundamental a la Consulta Previa previsto en el Convenio 169 de la OIT, instrumentos jurídicos nacionales, las sentencias de los tribunales constitucionales nacionales y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referidos sobre el derecho a la Consulta Previa.

**c) Interpretación Jurídica.**

Se realizó la interpretación jurídica de las normas jurídicas nacionales de cada uno de los países integrantes (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú) de la CAN, para así identificar y extraer el contenido sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas regulados.

**d) Documental.**

Con lo cual hemos comprobado la veracidad de las hipótesis, con documentos. (Leyes constituciones, sentencias, informes de censos y otros).

### **3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS**

#### **3.5.1. Técnicas**

Las técnicas que se han utilizado en la presente investigación son: la observación documental, revisión de documentos y el análisis e interpretación documental.

#### **3.5.2. Instrumentos**

Se utilizaron como Instrumentos: ficha de observación y análisis documental (la que se ha aplicado para analizar las normas legales referidas al derecho de Consulta Previa), ficha de resumen y ficha de registro bibliográfico.

### **3.6. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES**

**TABLA 1**  
**OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES**

VARIABLE	DIMENSION	INDICADORES	MÉTODOS	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
-El Régimen Normativo del Derecho Fundamental a la Consulta Previa.	Sustantivo-Fondo	1.-¿Cómo es el desarrollo normativo de la Consulta Previa? 2.- ¿Cómo regulan las normas legales nacionales a la Consulta Previa? 3. ¿El carácter de la Consulta Previa?	Análisis e Interpretación Jurídica	Análisis, interpretación observación y documental	Ficha Resumen.  Ficha de registro bibliográfico
	-Adjetivo-Forma	1.-¿Existe normas nacionales que regulan el proceso de la Consulta Previa?  2.-Cómo es el procedimiento para la realización de la Consulta Previa en cada País?	Observación Documental  Análisis e Interpretación Jurídica	Análisis, interpretación observación y documental	Ficha de Resumen  Ficha observación Documental.  Ficha Análisis Documental.
-Protección de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas.	En relación a la Naturaleza de los derechos colectivos.	1.-Cómo se define los derechos Colectivos?  2.-Cuáles son las características de los derechos colectivos?	Interpretación Jurídica  Análisis	Análisis, interpretación observación y documental	Ficha de Resumen  Ficha observación Documental.
	En relación al reconocimiento de los derechos colectivos.	1.-Cómo se regula los derechos Colectivos?  2.-Qué derechos colectivos son fundamentales?	Interpretación Jurídica  Análisis	Análisis, interpretación observación y documental	Ficha de Resumen.  Ficha Análisis Documental.
	En relación a la situación de los pueblos indígenas	1.-Social 2. Política 3. Jurídica	Análisis  Análisis	Análisis, interpretación observación y documental	Ficha de registro bibliográfico  Ficha de Resumen

Fuente: Elaboración propia.

## CAPITULO IV

### ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS

#### 4.1. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

##### 4.1.1. Concepto

La doctrina ha desarrollado diversos conceptos de la Consulta Previa así tenemos:

Ramos (2011) nos dice que es aquella facultad que tienen los pueblos indígenas para que, dentro de un proceso de diálogo intercultural, puedan escuchar al Estado sobre los proyectos que el gobierno tiene pensado aplicar, con el objeto de evaluar, estudiar y analizar los posibles cambios, beneficios y/o perjuicios que dicho proyecto tendría sobre su vida y cultura (p. 193).

Otro concepto que consideramos tomar en cuenta es lo desarrollado por Javier Jahncke y Rocío Meza, quienes sostienen que la consulta:

Es el proceso por el cual los gobiernos consultan a pueblos indígenas y tribales sobre las distintas propuestas legislativas, propuestas de política y programas que les puedan afectar directamente, con la finalidad de llegar a un

acuerdo o lograr su consentimiento. Esta consulta tendrá lugar siempre que se estudie, planifique o aplique cualquier medida susceptible de afectar directamente a los pueblos interesados. La base legal de los pueblos lo encontramos en el derecho a la autodeterminación. (Meza, 2010, pág. 23)

El Convenio N° 169 de la OIT, en su art. 6 inciso 1.a, establece sobre la Consulta Previa como un deber de los gobiernos que, “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 afectarlos directamente”, como se puede apreciar de este artículo emerge el concepto de la Consulta Previa como un derecho sustantivo de los pueblos indígenas y como un deber de los gobiernos.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, no consigna un concepto claro sobre la Consulta Previa, pero en el texto del artículo 32.2, señala que “los estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas, a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

En el Perú la Ley N° 29785 Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas u Originarios, en su artículo 2 conceptúa como: “El derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o

desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria sólo por el Estado”. Este concepto es amplio y constituye una de las normas centrales del derecho a la Consulta Previa y deberá realizarse con la consulta de manera obligatoria, cuando se afectan los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. Asimismo, un concepto que merece citarse es el establecido en la Ley 535 de Minería e Hidrocarburos de Bolivia, que conceptúa a la Consulta Previa como:

Al proceso de diálogo intracultural e intercultural, concertado, de buena fe, libre e informado que contempla el desarrollo de etapas sucesivas de un procedimiento, entre el Estado, con el actor productivo minero solicitante y el sujeto de la consulta respetando su cultura, idioma e instituciones, normas y procedimientos propios, con la finalidad de alcanzar acuerdos para dar curso a la solicitud de suscripción del correspondiente contrato administrativo minero y coadyuvar así a vivir del pueblo boliviano, en el marco de un desarrollo sustentable de las actividades mineras. (Ley 535, 2014, art. 208).

Una cuestión que considera este concepto es respecto a las partes intervinientes en la consulta que son el Estado, el concesionario y los pueblos indígenas, esto con la finalidad de alcanzar acuerdos concretos.

Estos conceptos nos aclaran que a través de la Consulta Previa los pueblos indígenas podrán expresar su consentimiento al proyecto consultado o hacer llegar sus observaciones y alternativas para que el Estado, en muestra de equidad y respeto, considere las opciones de desarrollo de los pueblos

indígenas, con la finalidad de llegar a un acuerdo consensuado con dichos pueblos.

Teniendo en cuenta los citados conceptos, para nosotros la Consulta Previa es el proceso de diálogo intercultural entre los pueblos indígenas y el Estado sobre medidas o acciones legales o administrativas susceptibles de afectarles sus derechos colectivos.

#### **4.1.2. Naturaleza de la Consulta Previa**

El derecho a la Consulta Previa se sustenta en la dignidad de las personas indígenas, se encuentra reconocida en el Convenio N° 169 y expresamente en (artículo 30 inc.15 Constitución Política Boliviana), implícitamente en las constituciones nacionales de los países de la CAN. Por lo que la naturaleza jurídica del derecho a la Consulta es un derecho colectivo fundamental y sustantivo que garantiza el ejercicio efectivo de otros derechos colectivos de los pueblos indígenas.

#### **4.1.3. Los sujetos del derecho a la Consulta Previa**

##### ***4.1.3.1. El sujeto activo de la Consulta Previa.***

El sujeto activo del derecho a la Consulta Previa siempre es el Estado ya sea el Estado peruano, boliviano, ecuatoriano o colombiano, es el que está obligado a consultar, es decir, en caso de incumplimiento de la obligación se debe tener claridad sobre quién recae la responsabilidad. Esta obligación no puede ser delegada a otros actores como empresas privadas, ONGs, asociaciones, etc. es un deber inherente del Estado Nacional.

Asimismo, el derecho a la consulta se encuentra recogido en diversos instrumentos internacionales que han sido aprobados (ratificados) por los estados de la Comunidad Andina de Naciones, este acto refleja claramente el compromiso adquirido con la Comunidad Internacional en relación al cumplimiento de los preceptos contenidos en dichos instrumentos. Es entonces, que de ahí se establece que la obligación de realizar la consulta recae en los estados parte, de lo contrario la Comunidad Internacional podrá sancionarlos por incumplir con el acuerdo. En consecuencia el proceso de consulta debe ser asumido plenamente por el Estado nacional, regional, provincial o distrital.

#### ***4.1.3.2. Sujeto pasivo de la Consulta Previa.***

Para aclarar esta situación nos hacemos la pregunta ¿A quiénes se debe consultar? En algunos países de Latinoamérica aún resulta complejo comprender que los pueblos indígenas gocen de un derecho que a primera vista le asigna un mayor beneficio que al resto de los ciudadanos, no obstante, debemos tener una visión integral de esta situación. Este derecho les ha sido reconocido a los pueblos indígenas, entonces ellos son el sujeto pasivo de la consulta, pero una tarea difícil es determinar quiénes están comprendidos en dicho concepto. Para ello es necesario tener en cuenta la doctrina desarrollada a nivel internacional, sobre los elementos de los pueblos indígenas. El Convenio N° 169 y la Declaración señalan los elementos que deben ser tomados en cuenta. Los mismos son:

**a) Elemento objetivo.**

Según el artículo 1.1. del convenio 169 OIT, los elementos objetivos de los pueblos indígenas son: Continuidad histórica, es decir, el origen de los miembros de tales pueblos y su existencia desde antes que se formen los estados actuales; conservación de sus instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas; conexión territorial (sus ancestros habitaban el país o la región).

**b) Elemento subjetivo.**

Para el reconocimiento como miembro de un pueblo indígena, es el autoreconocimiento, que una persona se identifica a sí misma como perteneciente a este grupo o pueblo; o bien el grupo se considera a sí mismo como pueblo indígena o tribal de conformidad con las disposiciones del artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT.

**c) Elementos de los pueblos tribales.**

El artículo 1.1.a del Convenio 169 establece que se deben considerar los siguientes elementos para el reconocimiento y aplicación del derecho a la Consulta Previa: Estilos de vida tradicionales; cultura y manera de vivir diferentes de los otros sectores de la población nacional, por ejemplo, sus formas de vida, lengua, costumbres, etc.; organización social propia, costumbres y leyes tradicionales.

**4.1.4. El objeto del derecho a la Consulta Previa**

Tendrá que ser objeto de consulta, no sólo las medidas que afecten los Derechos Colectivos de los pueblos indígenas, sino también todas aquellas

que, yendo más allá de esa categoría, supongan modificar la situación jurídica de dichos pueblos.

El Convenio N° 169 de la OIT, establece que “los estados deben consultar todas las medidas administrativas y legislativas que afecten a los pueblos indígenas y tribales” (artículos 6 y 7), así como “los proyectos de prospección y explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras” (artículo.15.Inc.2). También, el Convenio establece específicamente que “las comunidades indígenas deberán ser tenidas en cuenta en la formulación, aplicación, evaluación y ejecución de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo susceptibles de afectarles directamente” (artículos 6 y 7), y que, “cuando por circunstancias excepcionales sea necesario el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa” (artículo 16).

Como podemos observar, el Convenio N° 169 de la OIT es un instrumento del derecho internacional que ha contemplado de manera más amplia los casos en las que se debe consultarse a los pueblos indígenas, por lo que, es uno de los instrumentos jurídicos que ofrece mayor protección de este derecho de las comunidades indígenas. Paulatinamente las situaciones contempladas en este Convenio han venido siendo adoptadas por otros instrumentos jurídicos y sentencias de las instancias internacionales.

#### **4.1.5. Finalidad de la Consulta Previa**

La finalidad de la consulta está prevista en el art. 6 inciso 2 del Convenio N° 169 de la OIT, que establece que la finalidad del proceso de la consulta es

lograr (llegar) un acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas con respecto a la aprobación de la medida o la realización del proyecto. Por lo que se constata que el objetivo de una consulta es alcanzar un acuerdo (consenso) entre el Estado nacional y los pueblos indígenas.

#### **4.1.5.1. El consentimiento como finalidad del proceso.**

Como hemos visto en párrafos anteriores, el objetivo final de la Consulta Previa es alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento. Bartolomé Clavero manifiesta que “el consentimiento como *finalidad* del proceso de consulta significa que el Estado debe organizar los procedimientos de tal modo que estén orientados al logro del consentimiento o acuerdo” (Clavero, (s.f)). Pero, si después del proceso de diálogo, el pueblo parte de la Consulta Previa, en principio, no acepta la medida propuesta, entonces aquí cabría entrar en un proceso de negociación orientado a llegar a un acuerdo, donde ambas partes puedan revisar o analizar sus posiciones y planteamientos preliminares.

Cuando se llega a un acuerdo, el Estado queda vinculado. Si en caso, que no se libra un acuerdo, el Estado tiene la atribución de tomar una decisión. Se debe aclarar, que la toma de la decisión no es un acto arbitrario, sino que, como todo actor estatal, el Estado está obligado a motivarlo.

Por último, se aclara que, el Convenio N° 169 no otorga derecho a veto a los pueblos indígenas frente a la capacidad de actuación del Estado, más bien busca el respeto del derecho de tales pueblos a decidir sobre sus prioridades de desarrollo económico, social y cultural.

#### **4.1.5.2. El consentimiento como requisito de la consulta.**

La Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, señala que es requisito, en algunos casos, contar con el consentimiento de dichos pueblos, previa a la adopción de la medida o realización de los proyectos. Por lo que incorpora tres supuestos para los cuales será necesario contar con el consentimiento previo, libre e informado. El primer supuesto es el artículo 10, al señalar que *“Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa, siempre que sea posible, la opción de regreso”*. El segundo supuesto, señala que será necesario contar con el consentimiento previo, antes de almacenar y/o eliminar material o residuos peligrosos en territorios donde habitan poblaciones indígenas, artículo 29. Inciso 2, *“los estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”*.

Finalmente, el tercer supuesto se halla establecido en el artículo 32. Inciso 2: *“Los estados celebraran consultas y cooperaran de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”*.

De lo analizado entendemos que la Declaración pone como *requisito o condición* el consentimiento para que el Estado tome una decisión para la realización de dichas actividades en los territorios de los pueblos indígenas.

#### **4.1.6. Oportunidad de la consulta**

Ahora bien para la realización de la consulta en el tiempo, es decir, ¿el cuándo?, el Convenio N° 169 de la OIT, dispone que la consulta debe desarrollarse cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, y, para el caso específico del procedimiento, el artículo 15, numeral 2, ordena que debe llevar adelante el Estado, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en las tierras de los pueblos indígenas . Por lo que, se debe tener claro, que la obligación de desarrollar el proceso de consulta, es con carácter previo, es decir, antes de que se produzca la afectación de los intereses de los pueblos indígenas o tribales involucrados. Asimismo aclaramos que no cabe duda, que el Convenio N° 169 de la OIT exige que el procedimiento de consulta se implemente previamente a la materialización de la medida que se prevé afectará directamente a los pueblos respectivos.

El Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia recaída en el expediente N° 0022-2009/PI/TC, ha precisado que la consulta debe realizarse “en forma previa a la toma de la decisión”, por lo que, “trasladar la consulta a un momento posterior a la publicación de la medida, elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta” y, además, “generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo revelarse con

esto una ausencia de buena fe”. De esta manera se comprueba que el máximo intérprete de la Constitución en el Perú, cumple en seguir los estándares internacionales para la realización oportuna de la consulta, que como su nombre indica debe efectuarse antes de decidirse la adopción de la medida correspondiente, esto debe entenderse, cuando la misma es tan sólo un “proyecto”.

#### **4.1.7. Principios rectores de la Consulta Previa**

Conforme a la doctrina y el análisis e interpretación de las normas legales, el proceso de Consulta Previa a los pueblos indígenas se debe realizar en el marco de un conjunto de principios rectores, que tienen particulares efectos respecto a cada etapa. El Convenio 169 de la OIT ha consagrado siete principios y en el Perú se ha establecido en el artículo 4° de los principios, en la Ley 29785, Ley sobre el derecho a la Consulta Previa, que a continuación indicamos:

##### **a) Principio de oportunidad.**

Principio previsto en el artículo 15.2, del Convenio, que reafirma de que la consulta se realiza en forma previa a la adopción de la medida administrativa o legislativa. El Tribunal Constitucional Peruano, en la sentencia del expediente N° 0022-2009/PI/TC. Sostiene que la consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Por tanto, trasladar la consulta a un momento posterior elimina dicha expectativa.

**b). Principio de interculturalidad.**

Principio rector que afirma que el proceso de consulta debe desarrollarse reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas (costumbre), por lo que se reconoce la necesidad de emplear mecanismos adecuados de acuerdo a las condiciones culturales y geográficas. Previsto en el artículo 8.1 del Convenio 169 de la OIT.

**c) Principio de buena fe.**

El proceso de consulta debe ser llevado a cabo en un clima de confianza, transparencia, colaboración y respeto mutuo. El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de obrar de buena fe, el mismo se encuentra establecido en el artículo 6.2 del Convenio.

**d) Principio de flexibilidad.**

Principio establecido en el artículo 34 del Convenio, que enfatiza que el proceso de consulta debe realizarse mediante procedimientos adecuados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar y a las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas involucrados.

**e) Principio del plazo razonable.**

Con la finalidad de permitir a las instituciones representativas conocer, reflexionar y realizar propuestas sobre las medidas a ser consultadas. Este principio consideramos que es fundamental que haya un tiempo adecuado dado que, por lo general, se sacrifica el derecho de los pueblos indígenas a

participar en igualdad de condiciones a la necesidad estatal de adoptar la medida en el menor tiempo posible.

**f) Principio de libertad.**

Se refiere a la ausencia de coacción o condicionamiento alguno para la participación de los pueblos indígenas. Este principio se encuentra en el artículo 6.1.Inciso b. del Convenio

**g) Principio de información oportuna.**

Este principio garantiza el derecho de los pueblos indígenas a recibir toda la información necesaria para manifestar su punto de vista, y el Estado tiene la obligación de entregarla con anticipación. Asimismo el Tribunal Constitucional agrega que:

El estado de la información que brinde a los pueblos indígenas deberá ser lo más completo posible y en sus propios términos (lenguaje y estructura organizativa), esta debe ser utilizando palabras y conceptos culturalmente adecuados, planteando alcances, obstáculos, retos e implicaciones positivas y negativas, tanto para el Estado como para los pueblos indígenas (Tribunal Constitucional, 2010).

El Foro Permanente de las Naciones Unidas, ha establecido que los pueblos indígenas deben tener, como mínimo información sobre:

- a. La naturaleza, el tamaño, la reversibilidad y el alcance de cualquier proyecto o actividad propuestos.
- b. Las razones por las que se quiere llevar a cabo dicho proyecto.
- c. La duración del mismo.

- d. Las áreas que serían afectadas.
- e. Las asesorías preliminares donde se establezcan los posibles impactos económicos, sociales, culturales y ambientales de los proyectos.
- f. El personal que estaría involucrado en la ejecución del proyecto propuesto.
- g. Los procedimientos que tendrían que llevarse a cabo.

#### **H) Principio de participación.**

El mismo está establecido en el artículo 5.1. Inciso c. Se entiende como ser participe en las actividades que se pretende, para que puedan proponer sus prioridades de desarrollo en el proceso de consulta.

#### **I) Principio de autonomía y representatividad.**

Principio que ha sido establecido en el artículo 6.1. Inciso a. El mismo garantiza a que los pueblos puedan ser representados a través de sus representantes elegidos de acuerdo a sus costumbres y tradiciones.

### **4.1.8. La Consulta Previa en el Sistema de las Naciones Unidas**

#### **a) Convenio N° 169 de la OIT.**

Luego de su fundación en 1919, la OIT, se convirtió en el primer organismo especializado de las Naciones Unidas (1946), especializado en el establecimiento de normas jurídicas cuya finalidad es mejorar las condiciones de vida y trabajo de los pueblos del mundo, sin discriminación por motivos de raza, género y estatus social. Afirma además que “La pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos”. En el año de 1957, la

OIT adoptó el Convenio N° 107, que fue el primer tratado de derecho internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas, consagrando de manera general algunos derechos de los pueblos indígenas sobre los territorios ocupados tradicionalmente, el trabajo y la educación. Es así que en la época de la adopción del referido Convenio (el discurso en la doctrina y política), las comunidades indígenas y tribales eran considerados como “sociedades atrasadas” y transitorias. Para que estos pueblos pudieran sobrevivir, se creía indispensable fundirlas en la corriente nacional mayoritaria mediante la integración y asimilación (Convenio 107, OIT, art.1). Postura esta, generó una serie de críticas por buscar la integración a la modernidad a los pueblos indígenas, a los cuales llamaba “poblaciones”. Luego como producto de la revisión del mencionado Convenio, en 1989, la OIT adopta el Convenio N° 169 con la denominación de “Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”.

El Convenio N° 169, es vinculante para todos los estados que han ratificado, establece la obligatoriedad de realizar consultas a los pueblos indígenas, cada vez que se emprendan con una medida administrativa o legislativa; en los siguientes términos:

“Artículo 6.

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 afectarlos 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 los 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”.

Como podemos observar, este instrumento jurídico internacional reconoce los derechos de los pueblos indígenas como: la consulta, sus instituciones representativas, medios o mecanismos de participación, recursos necesarios, instituciones de consulta adecuados, cumplimiento de los principios de buena fe y procedimiento de acuerdo a las circunstancias para llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.

#### **a.1. Rango constitucional del Convenio N° 169 de la OIT.**

El Convenio N° 169 de la OIT es un Tratado Internacional, de conformidad con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, se

encuentra normado por el Derecho Internacional General. Es vinculante en el derecho interno de los estados que son parte y hayan ratificado el mismo. Como es un tratado de Derechos Humanos indígenas tienen rango constitucional y forman entonces parte del derecho interno. En el Perú, Juan Carlos Ruiz Molleda manifiesta que:

Si bien la Constitución Política no ha reconocido en forma expresa y literal, los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional, ello se desprende de una interpretación sistemática de conformidad con los principios de unidad de la constitución, y concordancia práctica en consonancia con la jurisprudencia vinculante del tribunal constitucional (Ruiz, 2011, p. 29).

Asimismo la Constitución Política peruana, establece que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” el cual es completado con la cuarta disposición final y transitoria que señala “las normas relativas a los derechos y las libertades que la constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú” (Constitución 1993, art. 55). La constitución peruana como vemos, otorga a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, el rango de normas constitucionales, constituyéndose así como el instrumento jurídico internacional más importante sobre el respeto de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas y que si cualquier norma desconozca sus disposiciones es inconstitucional.

**b) La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.**

La Asamblea General de las Naciones Unidas, ha aprobado la declaración con fecha 13 de septiembre de 2007. El proceso de elaboración y propuesta se había extendido 25 años, este proceso de debate se desarrolló en un ambiente muy controvertido, caracterizado con una permanente participación de los representantes de los pueblos indígenas.

Si bien, esta Declaración tiene un carácter no vinculante (Soft law) lo que hace es establecer un compromiso político importante para los estados que son parte de ella, así como un instrumento de presión para los que no lo han firmado. Este instrumento jurídico internacional ha desarrollado la teoría del consentimiento libre e informado de la Consulta Previa, la misma se encuentra establecida en los artículos 10, 29.2 y 32.2, esto en el caso de traslado de los pueblos indígenas de sus tierras, así como la adopción y aplicación de medidas administrativas y legislativas que los afecte, la prohibición de almacenar elementos tóxicos y antes de la realización de un proyecto de gran envergadura. Además, establece las reparaciones sobre todos aquellos bienes de orden cultural, intelectual o espiritual que los pueblos indígenas hayan perdido sin su consentimiento libre, previo e informado.

Por último, la Declaración rompe esquemas en el Derecho Internacional con el reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, pero establece en su artículo 46 de la limitación a cualquier interpretación que pueda “quebrantar o menoscabar, total o parcialmente la

integridad territorial o la unidad política de estados soberanos e independientes”.

**c) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.**

Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966 y que ha entrado en vigencia el 23 de marzo de 1976. El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala “*en 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 su propia religión y a emplear su propio idioma*”. El órgano encargado del monitoreo del Pacto, es el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, este Comité en su interpretación del artículo 27 reconoce que protege los derechos individuales y culturales de las minorías como una fuente de tutela del derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas. Asimismo el artículo 40.1.a manifiesta que Los estados que han ratificado el Pacto, deben enviar un primer informe el año siguiente a la ratificación. Cada cinco años los estados informan periódicamente al Comité. A partir de estos informes, el Comité emite observaciones a los países, que en el tema de consulta han instado la importancia de elaborar consultas antes de llevar a cabo la adopción de medidas legislativas y administrativas o proyectos de exploración o explotación que puedan afectar a los pueblos indígenas, así de esta manera se pueda respetar sus derechos al territorio y, como consecuencia, el derecho a gozar de su propia cultura e interrelación a su medio geográfico. Estas observaciones no crean obligaciones jurídicas vinculantes, en estricto sentido, para los estados parte.

**d) Informes del Relator Especial de las Naciones Unidas.**

El Relator Especial sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, ha desarrollado ampliamente sobre el tema del derecho a la Consulta Previa tanto en expresar sobre el efecto que debe tener la consulta en la práctica, y como también en reforzar la necesidad de cumplir con el Convenio N° 169 de la OIT. Los informes de los relatores son muy valiosos, “a pesar de no ser vinculantes, de tener un bajo nivel de implementación, estos informes tienen “una gran visibilidad y pueden tener considerable fuerza política” (Morris, 2010, p. 27).

En el año 2007, luego de la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, el Relator Rodolfo Stavenhagen instó a los estados a no imponer proyectos económicos desde afuera y a garantizar que los contenidos y procedimientos de estos sean participativos y que, por lo tanto, cuenten:

“con el consentimiento libre e informado de los pueblos y las comunidades indígenas, que deben participar en todas las fases del desarrollo”. Que de esta manera se les dé prioridad a las políticas de desarrollo identificados por ellos mismos. En este mismo documento, el Relator cita el concepto de “consentimiento libre”, previo e informado, el mismo que ha sido elaborado por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas e insistió en la necesidad de seguir los criterios establecidos por ese órgano; no debe haber coerción, intimidación, ni manipulación; el consentimiento debe basarse en la buena fe y debe obtenerse con suficiente antelación a cualquier autorización o iniciación de actividades; alcanzarse luego de proporcionar suficiente y amplia información comprensible y en el idioma del pueblo o

comunidad afectada; y solicitarse a las autoridades designadas por las mismas comunidades. (Stavenhagen R. , 2007)

#### **4.1.9. La Consulta Previa en el sistema interamericano de derechos humanos.**

La OEA, es el organismo multilateral de los países del Hemisferio Occidental, se dedica a diferentes asuntos como la promoción y fortalecimiento de la democracia, promoción de los Derechos Humanos (Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención Interamericana para la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, etc.) y la lucha contra problemas compartidos. El órgano supremo de gobierno, que decide la acción y la política general de la OEA, es la Asamblea General. Todos los estados miembros tienen derecho a estar representados en la Asamblea General donde cada uno tiene un voto. La Asamblea General adopta resoluciones, declaraciones y recomendaciones.

Varios estados que son partes de la OEA, han adoptado los instrumentos jurídicos regionales integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tales como: la Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y otros. Estos instrumentos jurídicos constituyen las fuentes principales del sistema interamericano de Derechos Humanos, que cuentan con dos órganos principales y centrales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

#### **4.1.9.1. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.**

Luego de un largo proceso de 17 años de discusiones, revisiones y debates, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue aprobada el 15 de junio del 2016. A pesar de que esta Declaración, no tiene un carácter vinculante, “hay suficientes elementos para sostener que las cartas, declaraciones, proclamaciones tienen incidencia en el mundo jurídico, ocupa un espacio. Tiene naturaleza intersticial para efectos de la interpretación con la norma y en esto debe estar consciente el operador legal” (Donayre, 2005, p. 51). Como se ve que esta Declaración generará obligaciones políticas, éticos y morales a los estados partes de la OEA, con respecto a los derechos de los pueblos indígenas.

Esta Declaración establece sobre el derecho a la Consulta Previa en su artículo 23 inc.2 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”.

#### **4.1.9.2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.**

La función principal de este órgano jurídico, es de promover la observancia y la defensa de los Derechos humanos y servir como órgano consultivo en este tema. Para cumplir con sus funciones:

Recibe, analiza e investiga peticiones individuales que alegan violaciones de los Derechos Humanos; organiza visitas a los países para preparar informes

que presentar a la Asamblea General; participa en conferencias y reuniones con representantes de gobiernos para difundir y analizar temas relacionados con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; realiza recomendaciones a los estados miembros de la OEA para adopción de medidas para garantizar los derechos humanos; requiere a los estados que “tomen medidas” cautelares específicas para evitar daños irreparables a los Derechos Humanos; somete casos a la jurisdicción de la Corte Interamericana, si el estado implicado ha reconocido la competencia de ella; solicita “opiniones consultivas” a la Corte Interamericana sobre aspectos de interpretación de la Convención Americana. (Quiroga, 2003, p. 112).

**a) Efectos de las actuaciones de la Comisión Interamericana.**

Una de las funciones más importantes que cumple la Comisión es de “cuasijudicial” que la tomó a partir de la adopción de la Convención Interamericana de Derechos Humanos en 1969, el mismo le permite recibir denuncias individuales sobre violaciones de los derechos por parte del Estado. Meghan Morris nos dice, las actuaciones que realiza la comisión son:

- **Informes:** Luego de visitar a los países:

Los informes redactados por la Comisión han interpretado de manera amplia las situaciones en que debe realizarse una consulta, especialmente para proyectos de infraestructura o de explotación de recursos dentro de territorios indígenas”. Se sabe que “estos informes han sido importantes para la creación de nuevos instrumentos jurídicos, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como la elaboración del concepto o principio “consulta previa” y las situaciones en las cuales es aplicable. (Morris, 2010, p. 33).

- **Soluciones amistosas:** Las soluciones amistosas:

Son vinculantes únicamente para las partes, no ha realizado grandes avances en materia de Consulta Previa. Sin embargo, en algunos casos, han recomendado medidas de reparación que incluyen la devolución de tierras y en otros se han manifestado sobre el alcance de la consulta. (Morris, 2010, p. 33).

- **Medidas cautelares:** Estas medidas son expedidas en situaciones de gravedad o urgencia a personas para evitar daños irreparables a ellos, y se constituyen en una solicitud que se realiza a solicitud de parte o por propia iniciativa para evitar daños irreparables.

La Comisión ha concedido medidas cautelares en numerosos casos a personas pertenecientes a grupos indígenas por razones ligadas a la Consulta Previa especialmente cuando se presentan violaciones como la intimidación y hostigamiento a líderes. Algunas de las medidas cautelares provisionales concedidas por este órgano, han constituido como base para las sentencias más detalladas de la Corte Interamericana sobre el tema específico de la consulta, esto se ha comprobado en el caso de las medidas cautelares provisionales expedidas a favor del pueblo Saramaka para evitar los daños irreparables relacionados a la extracción de recursos de sus territorios. Las medidas cautelares provisionales son de carácter obligatorio para los estados implicados en la petición (Morris, 2010, p. 34).

#### **4.1.9.3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

Este órgano jurisdiccional interamericano se avoca al conocimiento de casos presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o por un Estado parte siempre que haya reconocido su competencia y que el caso se refiera a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la

Convención. Asimismo según el artículo 63 inciso 2, la Corte en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando sea necesario evitar daños irreparables a las personas, en los asuntos que esté conociendo, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes. También si se trata de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, puede actuar a solicitud de la Comisión.

### **La jurisprudencia de la Corte Interamericana.**

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos es una de las fuentes de derecho internacional más garantistas en materia de Consulta Previa. En general:

Las sentencias de la Corte tienden a determinar con alto nivel de detalle los casos en los cuales debe realizarse la consulta; establecen algunos casos sobre la necesidad de ir más allá de la mera consulta, destacando la necesidad de obtener el consentimiento libre, previo e informado. (Morris, 2010, p. 35).

Para una mejor comprensión de la jurisprudencia de la Corte sobre casos referidos a la Consulta Previa, a los pueblos indígenas, a continuación revisaremos algunas sentencias emblemáticas.

#### **a) Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam.**

Esta sentencia fue dada el 28 de noviembre de 2007, en la que la Comisión Interamericana presentó una demanda ante la Corte en contra del Estado del Surinam, la referida demanda se fundó en la denuncia N° 12,338 remitida a la Secretaría de la Comisión, el 27 de octubre del 2000 por la asociación de autoridades Saramaka y 12 capitanes Saramaka que viven en la región superior del río Surinam. La controversia trata de las “presuntas

violaciones cometidas por el Estado contra los miembros del pueblo Saramaka (una supuesta comunidad tribal que vive en la región superior del río Surinam).

La Comisión agregó que el Estado no había adoptado medidas efectivas para reconocer su derecho al uso y goce del territorio que han ocupado y usado tradicionalmente; que el Estado presuntamente ha violado el derecho a la protección judicial en perjuicio del pueblo mencionado al no brindarles acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, particularmente el derecho a poseer propiedad de acuerdo a sus tradiciones comunales y que el Estado supuestamente no ha cumplido con su deber de adoptar disposiciones de derecho interno para asegurar y respetar dichos derechos” (CIDH. Sentencia del 28 de noviembre del 2007, párrafo 2). Asimismo, “los representantes presentaron hechos y argumentos de derecho adicionales con relación a los supuestos efectos continuos asociados con la construcción de una represa hidroeléctrica en la década de los setenta que supuestamente inundó territorios tradicionales de los Saramakas”.

En este caso la Corte ha reconocido, en forma excepcional, la obligación del Estado a consultar a los pueblos indígenas en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, la consulta debe ser de manera activa de acuerdo a sus costumbres y tradiciones. Nos refiere que:

Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, 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 este fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuestos con conocimiento y de forma voluntaria [...]. (CIDH Sentencia, 2007, párrafo. 133).

Asimismo la Corte enfatiza estableciendo como un precedente vinculante que:

Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos según sus costumbres y tradiciones (CIDH Sentencia, 2007, párrafo. 134).

Finalmente la Corte, entre otros puntos, decidió por unanimidad que “el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales. Hasta tanto no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título colectivo respecto del territorio Saramaka, Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo Saramaka, a menos

que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo. Respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas a la luz de la presente sentencia y la jurisprudencia de este tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramak (...). También ha ordenado que “el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka (...).”

#### **a.1. Las materias sobre las que se debe consultar.**

Un tema de vital importancia que merece resaltar, es la profundización por parte de la Corte Interamericana sobre las materias que deben ser objeto de la Consulta Previa por los estados para la extracción de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas, ha ordenado que, como mínimo, las consultas se deben llevar a cabo respecto de seis materias específicas:

Primero, sobre el proceso de delimitación, demarcación, y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo indígena; segundo, sobre el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para garantizar, reconocer, proteger y dar efecto legal al derecho de los integrantes de los pueblos indígenas; tercero, sobre

proceso mediante el cual se otorga a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran; Cuarto, sobre proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho de los pueblos indígenas a ser efectivamente consultados de acuerdo a sus tradiciones y costumbres; Quinto, sobre los resultados de los estudios previos del impacto social y ambiental; y Sexto, sobre, cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo indígena, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten sus territorios. (Caso del Pueblo Saramaka Vs Surinam., 2008)

**b) El caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.**

Esta sentencia fue emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 27 de junio del 2012, la Comisión Interamericana presentó ante el tribunal la demanda en contra de la República del Ecuador, el 26 de abril de 2010, la misma se fundaba en los artículos 51 y 61 de la Convención, el caso se refiere:

Entre otros temas, al otorgamiento por parte del Estado de un permiso a una empresa petrolera privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en el territorio del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku, en la década de 1990, sin que se hubiese consultado previamente con éste y sin su consentimiento (CIDH Sentencia, 2012, párrafo. 2).

Agregando además que:

Las fases de exploración petrolera, inclusive con la introducción de explosivos de alto poder en varios puntos del territorio indígena, creando con ello una situación de riesgo para la población, ya que durante un periodo le habían

impedido buscar medios de subsistencia y la había limitado sus derechos de circulación y de expresar su cultura. Además, el caso se refiere a la falta de protección judicial y de observancia de las garantías judiciales (CIDH Sentencia, 2012, párrafo. 2).

Con estos fundamentos la Comisión solicitó a la Corte que declare la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano; por la violación del derecho a la propiedad privada; del derecho a la vida, de las garantías judiciales y protección judicial; y del derecho de integridad personal. En el fondo de la controversia, la Corte sostiene que “en el presente caso, corresponde determinar si el Estado respetó y garantizó adecuadamente los derechos del pueblo Sarayaku que se alegan violados, al haber otorgado un contrato para exploración y explotación petrolera en su territorio a una empresa privada; al ejecutarse el referido contrato, y al ocurrir una serie de hechos conexos. Aun si reconoció que no efectuó un proceso de Consulta Previa en el presente caso, el Estado cuestionó durante el litigio su obligación de realizar y agregó que ciertos actos de la empresa cumplieron con la consulta a las comunidades indígenas de la zona otorgada en concesión”. Asimismo la Corte aclara que “está claramente reconocido hoy en día la obligación de los estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que puedan entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados”.

La Corte determinó que el Estado ecuatoriano incumplió con sus obligaciones al no consultar al pueblo indígena Sarayaku sobre la ejecución del proyecto de exploración y explotación petrolera, sosteniendo que:

“[...] Conforme a los principios del derecho internacional y su propio derecho interno, de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que Sarayaku participará a través de sus propias instituciones y mecanismos y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que incidan o podrían incidir en su territorio, vida e identidad cultural y social, afectando sus derechos a la propiedad comunal. En consecuencia, la Corte considera que el Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad comunal del pueblo Sarayaku, reconocido en el artículo 21 de la Convención [...]” (CIDH Sentencia, 2012, párrafo 232, pág. 72).

Finalmente la Corte Interamericana resolvió por unanimidad, entre otros puntos, que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en perjuicio del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku. En consecuencia dispuso que el Estado ecuatoriano:

Debe consultar al pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio [...]” (CIDH Sentencia, 2012, párrafo 3, pág. 100).

En este caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatiza el derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas como condición previa a la realización de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en los territorios de dichos pueblos, así de esta manera obliga a los estados a respetar los derechos de los pueblos indígenas.

**c) El caso del pueblo indígena Kuna de Madungandi y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá.**

Este caso ha sido sometido a la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 26 de febrero de 2013, por la petición presentada por los pueblos indígenas Kuna de Madungandi y Emberá de Bayano y sus miembros en contra de la República de Panamá. Este caso se refiere de la responsabilidad internacional de Panamá: 1) por la supuesta violación continuada del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas Kuna de Madungandi y Emberá de Bayano y sus miembros, por el hecho del incumplimiento del pago de indemnizaciones relacionadas con el despojo e inundación de sus territorios ancestrales a consecuencia de la construcción de la represa hidroeléctrica del Bayano entre los años 1972 y 1976; 2) Por la falta de reconocimiento, titulación y demarcación de las tierras otorgadas; 3) La supuesta falta de protección efectiva del territorio y los recursos naturales de la invasión y la tala ilegal del bosque por parte de terceros; 4) Por el incumplimiento de Panamá de proveer un procedimiento adecuado y efectivo para el acceso a la propiedad colectiva territorial y para obtener una respuesta a las múltiples denuncias de injerencia de sus territorios y 5) la secuencia de violaciones cometidas por el Estado como una manifestación de discriminación de los pueblos Kuna y Emberá.

El Estado panameño contestó la demanda planteando algunas excepciones: 1) falta de agotamiento de recursos internos, 2) falta de competencia “Ratione Temporis”, 3) falta de competencia por prescripción. Con respecto a estas excepciones el Estado resolvió en la siguiente forma: en cuanto a la excepción de falta de agotamiento de recursos internos, lo rechazó por no haber sido planteada adecuadamente en el momento procesal oportuno de forma precisa y específica; la excepción de falta de competencia “Ratione Temporis” y la falta de competencia por prescripción han sido admitidas ya que la Corte se declara no tener competencia a lo planteado en las referidas excepciones.

En el fondo de la controversia la Corte sostiene citando a su jurisprudencia en el caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, que:

El artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como los recursos naturales de las mismas y los elementos incorporeales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad (CIDH Sentencia, 2014, párrafo 111, p. 39).

Asimismo la Corte afirma que:

Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a

su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas (CIDH Sentencia, 2014, párrafo 111, p. 39).

Por lo tanto, la Corte reconoce que existe una “conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre este es necesaria para garantizar su supervivencia. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbre, creencias y tradiciones distintas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los estados”.

Por las consideraciones expuestas y otros considerandos sobre la propiedad, la Corte ha resuelto, declarando por unanimidad fundada la demanda y determinó que el Estado violó el artículo 21 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, sobre el derecho de propiedad en perjuicio de las comunidades Kuna de Madungandi y Emberá de Bayano y sus miembros, por la falta de delimitación, demarcación y titulación de sus territorios. Como también declaró que el Estado violó el artículo 8 y 25 de la Convención Americana en perjuicio de las referidas comunidades por la falta de un procedimiento para proteger los territorios indígenas.

Como hemos observado la Corte en este caso reconoce y establece jurisprudencia vinculante sobre el derecho de propiedad de los pueblos

indígenas y tribales sobre sus territorios y recursos naturales, esto con la finalidad de proteger tales derechos y obligar a los estados a respetar y reconocer el referido derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas que se encuentran en los territorios nacionales.

## **4.2. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES**

### **4.2.1. Reconocimiento del derecho a la Consulta Previa en el ordenamiento jurídico boliviano**

El Estado boliviano ha ratificado el Convenio N° 169 de la OIT Sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, el 11 de septiembre de 1991, a través de la Ley 1257. “También el congreso boliviano adoptó la Ley 3760, del 17 de noviembre de 2007, para elevar a rango de Ley de la República los 46 artículos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas” (Ley 3760, 2007, art. único). “Asimismo la constitución política del Estado plurinacional aprobado por referéndum y promulgado el 7 de febrero de 2009, elevó a rango constitucional los tratados internacionales en materia de derechos humanos” (Constitución , 2009, art. 13).

Todos estos actos jurídicos reafirman en gran amplitud el profundo interés que pone el Estado boliviano con respecto a los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

**a) Reconocimiento del derecho a la Consulta Previa en la Constitución Política Plurinacional de Bolivia.**

La actual Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, que entró en vigencia el 07 de febrero de 2009, reconoce expresamente el derecho de Consulta Previa, estableciendo en su artículo 30. Inciso II número 15, de la siguiente forma:

En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos gozan de los siguientes derechos: [...] 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la Consulta Previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan. (Constitución, 2009, 30. II.159).

La Constitución también ordena la realización de la consulta a la población afectada, en la explotación de recursos naturales, disponiendo que:

La explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada. Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión ambiental y se promoverá la conservación de los ecosistemas, de acuerdo con la Constitución y la ley. En las naciones y pueblos originarios campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios. (Constitución , 2009, art. 452.I).

Asimismo la carta fundamental reconoce el principio de integridad territorialidad indígena, prescribiendo de la siguiente forma que:

Se reconoce la integridad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley; a la Consulta Previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza. Los territorios indígena originario campesinos podrán estar compuestos por comunidades. (Constitución, 2009, art. 403.I)

Asimismo, la Constitución reconoce la existencia de la autonomía indígena originario campesina. Al respecto Vladimir Ameller nos indica que “su importancia en el marco de la consulta previa es que dicha autonomía tiene una competencia exclusiva participar, desarrollar, y ejecutar los mecanismos de consulta previa, libre e informada relativos a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas y administrativas que los afecten” (Ameller, 2012, pág. 23 y 24)

Como podemos observar las citadas normas constitucionales nos muestran el amplio reconocimiento del derecho a la Consulta Previa en Bolivia.

**b) Reconocimiento de la Consulta Previa en las leyes sectoriales de Bolivia.**

**b.1. La Ley N° 3058 de Hidrocarburos.**

Se observa que el reconocimiento del derecho a la Consulta Previa en Bolivia, tiene un amplio y desordenado espacio normativo, tal es así que se emitió la Ley de Hidrocarburos N° 3058 el 17 de mayo del 2005. Esta norma establece que:

En concordancia con los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, la consulta se efectuará de buena fe, con principios de veracidad, transparencia, información y oportunidad. Deberá ser realizada por las autoridades competentes del Gobierno Boliviano y con procedimientos apropiados y de acuerdo a las circunstancias y características de cada pueblo indígena, para determinar en qué medida serían afectados y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios. La Consulta tiene carácter **obligatorio** y las decisiones resultantes del proceso de consulta deben ser respetadas. (Ley N° 3058, 2005, art. 114).

Se observa que esta Ley expresa que las comunidades y pueblos campesinos indígenas, originarios, independientemente de su organización deberán ser consultados de manera previa, obligatoria y oportuna cuando se pretenda desarrollar cualquier actividad hidrocarburífera en sus territorios.

Otro aspecto importante que contiene esta Ley es en cuanto a que la consulta se realiza en dos momentos: “1) Previamente a la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o

proyectos hidrocarburíferos; 2) Previamente a la aprobación de los estudios de evaluación de impacto ambiental” (Ley N° 3058, 2005, art. 115).

También un elemento que se debe destacar de esta Ley es que establece que:

Todo impacto social, ambiental negativo, directo, acumulado y a largo plazo, sobre tierras comunitarias de origen, comunales, indígenas o campesinas, tituladas o no, deberá ser compensado financieramente, por los titulares de las actividades hidrocarburíferas, tomando como base los estudios de evaluación de impacto ambiental. (Ley N° 3058, 2005, art. 119).

Por otra parte, la norma en estudio ordena que:

Existirá una indemnización por daños y perjuicios emergentes de actividades, obras o proyectos hidrocarburíferos que afecten tierras comunitarias de origen, comunales, indígenas o campesinas, tituladas o no; dicha indemnización deberá contemplar los perjuicios derivados de la pérdida de beneficios por actividades productivas, de conocimientos tradicionales y/o aprovechamiento de recursos naturales en las zonas impactadas por las medidas. (Ley N° 3058, 2005, art. 120).

#### **b.1.1. La compensación financiera por impactos socio ambientales de las actividades, obras o proyectos hidrocarburíferas.**

El Estado boliviano emitió el Decreto Supremo N° 2195 de fecha 26 de noviembre de 2014, con la finalidad de establecer un mecanismo normativo para la asignación porcentual de la compensación financiera por impactos socio ambiental por la realización de explotación de recursos hidrocarburíferos cuando se desarrollen en territorios indígenas. Se establece que esta

compensación es de carácter obligatorio en todo el territorio boliviano, para ello, los pueblos indígenas beneficiarios deben ser debidamente identificados en el convenio de validación de acuerdos resultantes del proceso de consulta.

Esta compensación, lo pagan los titulares de las actividades hidrocarburíferas, aplicando porcentajes sobre el monto de inversión del proyecto declarado en el Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental. Para la efectivización de la compensación, se tomará en cuenta los impactos socio ambientales identificados en el proceso de consulta y participación, esto conforme a lo establecido en el artículo 119 de la Ley N° 3058, de 17 de mayo de 2005, de hidrocarburos, “de acuerdo al siguiente detalle: exploración sísmica, 1.0%; perforación exploratoria 0.4%; explotación 0.4%; planta de producción y separación de hidrocarburos 0.3%; transporte de hidrocarburos por ducto 1.5%” (Decreto Supremo N° 2195, 2006, art. 1).

Asimismo, la norma bajo comentario establece que la compensación a la población beneficiaria, se realizará, en una sola oportunidad durante la vida útil de las actividades, obras o proyectos hidrocarburíferos.

## **b.2. La Ley 535 de Minería y Metalurgia.**

Las actividades de exploración y explotación de recursos mineros se realiza en Bolivia bajo el marco de la Ley N° 535, aprobado el 28 de Mayo del 2014, Ley de Minería y Metalurgia, que ha derogado el anterior Código de Minería Ley N° 1777 del 17 de marzo de 1997, por entonces presidente Gonzalo Sánchez de Lozada. La nueva Ley regula a la Consulta Previa de la siguiente manera:

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 30 y artículo 403 de la Constitución Política del Estado, se garantiza el derecho de Consulta Previa, libre e informada realizada por el Estado a las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, comunidades interculturales y pueblo afroboliviano, como derecho colectivo y fundamental de carácter obligatorio, a realizarse respecto de toda solicitud bajo la presente ley, para la suscripción de un contrato administrativo minero susceptible de afectar directamente sus derechos colectivos. (Ley 535, 2014, art. 207.I).

Asimismo, el referido artículo expresa que “las operaciones mineras que comprendan sólo por prospección y exploración no requieren de la Consulta Previa” (Ley 535, 2014, art. 20.II) a los pueblos indígenas. A continuación refiere que la Consulta Previa se aplicará a las solicitudes de nuevos contratos administrativos mineros en áreas libres que se presenten a partir de la vigencia de esta Ley. Con respecto a los derechos mineros pre-constituidos o derechos adquiridos manifiesta que no están sujetos al procedimiento de la Consulta Previa. Asimismo el artículo bajo estudio prescribe que las consultas en curso que no hubieran concluido a la fecha de la publicación de la presente Ley, deben continuar y concluir de acuerdo a lo previsto por la presente Ley.

Además en el artículo 208.I establece que los acuerdos entre las partes son de carácter, vinculante y son de obligatorio cumplimiento para el Estado, los sujetos de la Consulta Previa y el solicitante.

Con respecto a la pertenencia de los recursos naturales mineros, en el artículo 208. III, señala que son de carácter estratégico y de interés público para el desarrollo del país y su administración, dirección y control, en función del interés colectivo, corresponde al Estado a nombre de todo el pueblo

boliviano. Asimismo, esta norma sostiene que no se otorga el derecho a veto a los pueblos indígenas que son parte de la Consulta Previa, en la ejecución de las actividades de la explotación minera.

También la norma establece que los pueblos indígenas como sujeto de derecho de la Consulta Previa deben cumplir ciertas condiciones como:

“ ...

1. Existencia pre-colonial y dominio ancestral del territorio.
2. Conservación de sus patrones culturales, modos de vida, instituciones propias: sociales, económicas, culturales y políticas que los representen, y ser distintos a los otros sectores de la población.
3. Identificación como parte de una nación o pueblo que conserva en la actualidad relación con dicha colectividad.
4. Acceso y gestión colectiva de sus tierras y territorios.” (Ley N° 535, 2014, art. 209. I).

Por último, esta Ley en el artículo 215. I, establece que la resolución final sobre los acuerdos de la Consulta Previa es emitida por el Ministerio de Minería y Metalurgia, previo informe técnico de la unidad correspondiente y se resuelve en el marco de las normas legales aplicables, dirimiendo las diferencias y resolviendo sobre los derechos y obligaciones alegados, teniendo en cuenta los intereses del Estado y de los participantes.

### **b.3. Anteproyecto de Ley Consulta Previa, Libre e Informada.**

Se ha constatado que Bolivia a la fecha cuenta con un “Anteproyecto de Ley de Consulta Previa, Libre e Informado”, el mismo recoge ampliamente

todos los elementos establecidos en la Constitución y el Convenio 169 de la OIT. La formulación de este anteproyecto se ha iniciado el año 2012, por el el Ministerio de Gobierno y la Comisión Nacional, esto con la finalidad de poner en la práctica, la Consulta Previa, luego hizo el alcance del mencionado anteproyecto. Posteriormente el Estado ha realizado varios encuentros con las organizaciones y pueblos indígenas para socializar y consensuar acuerdos sobre el referido anteproyecto. Estos encuentros para algunos autores fue un proceso caracterizado por la amplia participación de organizaciones sociales y del Estado. Pero para otros fue un proceso con poca participación, al no estar las organizaciones indígenas representativas e inclusive se cuestionó la participación en la Comisión Nacional de actores distintos a los pueblos indígenas, como las cooperativas mineras quienes no tienen legítimo interés en el tema de la consulta, ya que estas cooperativas realizan actividades mineras en diferentes partes de los territorios indígenas. En la actualidad el anteproyecto cuenta con una versión oficial que ha sido presentada a la Asamblea Legislativa Plurinacional, por el Ministerio de Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia. Este anteproyecto cuenta con un total de 36 artículos y 04 disposiciones finales. En la presentación señala que “el Derecho a la Consulta Previa, como derecho fundamental en el marco de la libre determinación de los pueblos indígena originario campesinos, adquiere connotaciones especiales dado que permite plasmar, de manera transversal, lo plurinacional en distintos ámbitos de la realidad social”.

Sin embargo, los pueblos indígenas en forma paralela, hicieron en conjunto la CONAMAQ y la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB), una propuesta de Anteproyecto de Ley de Consulta Previa que

consta de 37 artículos y cuatro disposiciones finales, este documento ha sido consensuado en la Comisión Nacional, en la ciudad de Cochabamba en agosto del 2013.

Asimismo, se observa que en Bolivia, el Estado Plurinacional creado por la Constitución de 2009, integrado como país por diversas naciones y pueblos indígena originario y campesino, cuyos derechos sean respetados íntegramente, es una tarea pendiente que cumplir por Bolivia.

### **c) Jurisprudencia sobre el derecho a la Consulta Previa.**

A partir de la década pasada el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, ha venido desarrollando jurisprudencia en materia del derecho a la Consulta Previa con la interpretación de las normas del bloque de constitucionalidad. Las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional del Estado boliviano son vinculantes conforme lo establece la Constitución en el Art. 203 “las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno” Para efectos de esta investigación consideraremos tres casos más resaltantes.

#### **c.1. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0045-2006 sobre la Ley de Hidrocarburos.**

Sentencia que tiene como expediente 2005-12440-25-RDL que fue emitida el 2 de junio de 2006. Este caso trata de un recurso directo de inconstitucionalidad, presentado por un diputado contra la Ley de Hidrocarburos N° 3058. El demandante solicita la declaración de la inconstitucionalidad de los artículos 114 y 115 de la referida Ley, los referidos

artículos norman la Consulta Previa de las comunidades y pueblos campesinos, indígenas y originarios en forma previa, obligatoria y oportuna para el desarrollo de cualquier actividad hidrocarburífera. El demandante manifiesta que dichas normas transgreden el principio constitucional de igualdad, ya que al establecer un trato más favorable a los pueblos indígenas y el carácter obligatorio de la consulta, así como también sobre el respeto de las decisiones que de ella surjan. El tribunal entre otras consideraciones, sostiene que:

Es necesario establecer que el Convenio N° 169 de la OIT ratificado por Bolivia mediante la Ley 1257, del 11 de julio de 1991, forma parte del bloque de constitucionalidad boliviano, porque además de ser un Convenio sobre derechos humanos, su objeto es promover en los países del mundo la efectiva aplicación y respeto de los derechos fundamentales de las personas, asumiendo políticas tendientes a evitar la discriminación a los pueblos indígenas y tribales, para que puedan gozar en forma efectiva de los derechos consagrados para toda la humanidad; las normas previstas por el artículo 171.I de la CPE reconocen en forma expresa los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, por ello los derechos consagrados por el Convenio 169 de la OIT deben ser considerados como una norma integrante del bloque de constitucionalidad, en cuanto consagra derechos de los pueblos indígenas y tribales, siendo por ello un parámetro para verificar la constitucionalidad o no de una ley. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, 2006).

Se aprecia que en este caso el tribunal desestimó la demanda del diputado y ha declarado la constitucionalidad y la obligatoriedad de la Consulta

Previa a los pueblos y comunidades indígenas en los casos de explotación de hidrocarburos.

### **c.2. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0300/2012 - TIPNIS.**

Este caso trata de la demanda de inconstitucionalidad presentada a través de un memorial por los accionantes: Miguel Angel Ruiz Morales y Zonia Guardia Melgar, diputados de la asamblea legislativa plurinacional, que demandan la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y 4 de la Ley 180 que protege y declara intangible el TIPNIS, alegan la supuesta vulneración de los artículos 7.11.I y II, 13.I, 17, 18, 19, 20, 30, 35, 36.I, 37, 77.I y 82.I de la Constitución Política del Estado, también los artículos XI y XII de La Declaración Americana de Derechos Humanos, así como el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 63, 4 y 10 del protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos “Protocolo de San Salvador”. Por otro lado también presentaron demanda de inconstitucionalidad, los diputados Fabián Il Yaksie Ferandy y Miriam Marcela Rebollo Quiroga, ambos demandando la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3, 4 inc. a), 5, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 222 del 10 de febrero de 2012, por la presunta contradicción de los artículos 2, 13.I, 14.V, 30.II y 15.III, 108, 403, 410.II, de la Constitución Política del Estado Boliviano; 26 y 27 de la Convención de Viena, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y los artículos 19 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Estas demandas accionadas lo realizaron en representación de los pueblos indígenas: Mojeños-Trinitarios, Chimanes y Yuracarés que viven en los

territorios del TIPNIS, quienes reclaman que las leyes 180 y 222 en sus artículos antes referidos vulneraría sus derechos entre otros, el derecho a la Consulta Previa, libre e informada sobre toda medida legislativa o administrativa susceptible de afectarles, por lo tanto, antes de la aprobación de la Ley N° 180, debió habérselos consultado previamente. Asimismo los accionantes alegan que la supuesta construcción de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, que fue declarada su construcción por la Ley 3477 del 22 de septiembre de 2006 y que el 1 de agosto de 2008 se firma el contrato de construcción entre ABC 218/08 GCT-OBR-BNDES y el 22 de agosto de 2009 se suscribió el contrato de financiamiento entre el Ministerio de Planificación del Gobierno de Bolivia y el Banco del Desarrollo del Brasil-BANDES- La ABC boliviana y la DAS brasilera, a la fecha de la presente sentencia la carretera en sus tramos I y III se encuentran en plena ejecución, en consecuencia la consulta que ordena la Ley 222, no se estaría cumpliendo ya que dicha Ley fue emitida cuatro años después del inicio de la construcción de la carretera, por tanto, no existiendo la Consulta Previa, libre e informada y mediante procedimientos apropiados a través de sus instituciones representativas. La construcción de la carretera en su tramo II afectaría a la forma de vida y subsistencia, ya que generaría la invasión de colonos en todo el trayecto de la carretera y además la destrucción del bosque natural. Los pueblos indígenas además manifiestan que son propietarios únicos y absolutos de las tierras en el referido tramo y tienen el derecho inalienable e imprescriptible de la libre disposición, y no así el Estado Nacional.

Las demandas, expedientes N° 00/88-2012-01-AIA y 00157-2012-01-AIA, fueron admitidos por la acción abstracta de inconstitucionalidad y acción de inconstitucionalidad abstracta respectivamente.

El Tribunal Constitucional Plurinacional entre otros fundamentos en la sentencia bajo estudio sostiene que:

Respecto de la convocatoria a Consulta Previa, es necesario considerar lo establecido por la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el marco jurídico constitucional y el bloque de constitucionalidad desarrollados en los anteriores fundamentos jurídicos, en base a ello se concluye que la consulta tiene una doble naturaleza jurídica; por un lado se trata de un derecho fundamental de carácter colectivo inherente a los pueblos y naciones indígenas que está directamente, vinculado con el derecho de los miembros de estos pueblos a la tierra, el territorio y los recursos naturales no renovables, sin que se pueda perder de contexto que también están involucrados los derechos a la integridad física y a la vida de los miembros de los pueblos indígenas; ahora, si se establece como referencia central, el hecho de que la consulta es indudablemente un derecho fundamental de los pueblos indígenas, por el otro lado, esta se convierte en un deber de carácter obligatorio para el Estado el de realizarlas en el marco del cumplimiento de las obligaciones constitucionales e incluso internacionales (Considerando el bloque de constitucionalidad reconocido por el artículo 410 de la CPE), con el objetivo de buscar la paz social y evitar conflictos sociales que pudieran suscitarse, por lo que el realizar las consultas resultan necesarios en los casos en que exista proyectos a gran escala o gran impacto, para obtener el consentimiento de las comunidades que pudieran verse afectadas, es por lo

tanto una obligación indelegable por el Estado (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2012).

Finalmente el Tribunal Constitucional Plurinacional declaró improcedente la demanda de acción de inconstitucionalidad abstracta formulada contra los artículos 1.III, 3 y 4 de la Ley 180 y también respecto del artículo 8 de la Ley 222.

Como también declaró la constitucionalidad del artículo 1° de la Ley 222 en cuanto a; “la presente Ley tiene por objeto convocar al proceso de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas del territorio indígena y parque nacional Isiboro Secure-Tipnis” y del artículo 7 de la Ley 222. Asimismo declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 1 en cuanto a la frase “[...] y establecer el contenido de este proceso y sus procedimientos” y de los artículos 3, 4 inc. a, 6 y 9 de la Ley 222, claro, condicionada a su concertación. Además insta a los pueblos indígenas, originario campesinos habitantes del TIPNIS, en el marco del ejercicio de sus derechos coadyuven participando a buscar un diálogo con el Estado, esto con la finalidad de asumir los acuerdos necesarios para efectivizar la consulta.

### **c. 3. Sentencia Constitucional Plurinacional SC 2003/2010-R.**

Sentencia que ha sido emitida, el 25 de octubre de 2010, sentencia que reconoce el derecho a la consulta y a la propiedad de la Tierra Comunitaria de Origen, en caso que afecta a la asamblea del pueblo Guaraní Itika Guasu. Este caso ha sido resuelto en la instancia judicial por la jueza técnico del tribunal de sentencia de la provincia O'Connor de la Corte Superior del Distrito Judicial de Tarija. Este caso trata del convenio celebrado entre la SEDECA Tarija

(Dirección Técnica de Servicio Departamental de Caminos) y de otra parte PetroSur S.R.L., Mediante el cual el SEDECA se obliga a brindar un campamento, ubicado en la comunidad de Cañadas en el territorio indígena Guaraní por un lapso de cuatro meses y por su parte PetroSur S.R.L, asume el compromiso de refaccionar el campamento, las mismas que serán de utilidad de sus trabajadores, para así realizar el trabajo de arreglar los caminos de la zona. Como se había suscrito este convenio sin la intervención de los Guaraní, el presidente de la asamblea del pueblo Guaraní Itika Guasu, remite una carta a la empresa PetroSur S.R.L., Expresando su disconformidad con el convenio, ya que no se respetó la Ley 1257 y la ley 3760, las cuales establecen que toda actividad que les pueda afectar a su territorio debe ser consultado en forma previa. Mientras que la petrolera afirma que ha invertido 55,000 (cincuenta y cinco mil dólares americanos) en las refacciones por lo que pide a SEDECA le devuelva el monto invertido. SEDECA planteó el recurso de amparo constitucional en contra del señor Never Barrientos por vulneración de su derecho a reunirse y asociarse para fines lícitos y al trabajo, mientras que el referido presidente ha manifestado que no se ha violentado ningún derecho se declare la improcedencia y rechazo del referido Acción de Amparo. El caso lo resolvió la jueza de Tarija a favor de SEDECA.

Posteriormente el caso se sometió al Tribunal Constitucional Plurinacional (acción de amparo constitucional). En los fundamentos jurídicos de la Sentencia Constitucional se consideran que:

La consulta debe ser realizada de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias en las siguientes casos: A) antes de adoptar o aplicar leyes o medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas (art. 6.1 del

Convenio 169, art.19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre derecho de los pueblos indígenas, y art. 30.15 CPE); B) Antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos (art. 32.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas); C) Antes de autorizar o emprender cualquier programa de prospección o explotación de recursos naturales que se encuentren en las tierras donde habitan pueblos indígenas (art. 15.2 del Convenio 169 de la OIT y 32.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 30.15 y 403 de la CPE); y, D) Antes de utilizar las tierras o territorios indígenas para actividades militares (art. 30 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas). (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, SENTENCIA N° 2003/2010-R, 2010).

En consecuencia el tribunal, en el caso bajo análisis, resolvió revocar la sentencia de la Jueza de Tarija N° 1/08 de 29 de febrero de 2008, denegando la tutela solicitada. En esta sentencia el tribunal toma la posición de que la consulta tiene que ser vinculante tanto para el Estado como para los pueblos indígenas. Esta sentencia constituye un antecedente jurisprudencial de carácter vinculante y obligatorio, y asimismo constituye como precedente de interpretación jurídica que reconoce el derecho a la Consulta Previa y la propiedad de la tierra.

#### **4.2.2. Reconocimiento del derecho a la Consulta Previa en el ordenamiento jurídico colombiano**

Un primer acto de implementación del Derecho Internacional es la ratificación del Convenio 169 OIT por el Estado colombiano, acto que se realizó el 7 de agosto de 1991 a través de la Ley N° 21. El mismo año este país ha

reformado su Constitución Política, la misma ha sido considerada como una de las más modernas de la CAN en aquel entonces, ya que incorporó en el artículo 7 el principio de diversidad étnica y cultural de la nación y el reconocimiento de la interculturalidad del país y la conformación de la nación por una sociedad pluriétnica. Bajo este marco los pueblos indígenas consideran que el derecho a la identidad cultural es un derecho colectivo subjetivo que viene a ser la base fundamental de los demás derechos como por ejemplo el derecho al territorio. Además de los preceptos constatados, con respecto a la incorporación del Derecho Internacional en el ordenamiento jurídico colombiano, el artículo 93 reconoce la prevalencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto del derecho interno colombiano y que también añade que todos aquellos convenios internacionales que el Estado colombiano haya ratificado y que protejan los Derechos Humanos serán considerados parámetros de interpretación para los derechos y deberes que prescribe la Constitución Colombiana.

**a) Reconocimiento del derecho a la Consulta Previa en la Constitución Política colombiana.**

Si bien la carta fundamental no reconoce expresamente este derecho colectivo fundamental de los pueblos indígenas, en ninguno de sus artículos. Empero algunos autores han defendido el carácter de “Derecho Constitucional Innominado” de este derecho. (Duran. 2013, p, 27). A pesar que no se reconoce expresa y literalmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo ha deducido conforme a los artículos 11, 93, 103 y 303 en los que se reconoce el derecho a la participación en general, el derecho a la vida, entre otros. Por lo que, se concluye que el derecho a la Consulta Previa se sitúa dentro del

“bloque de constitucionalidad”, por varias razones: Primero por el reconocimiento del Convenio 169 de la OIT, por el Estado el mismo ya forma parte de dicho bloque; Segundo por el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana para el Estado de Colombia y por último la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia elevó a rango constitucional como “derecho fundamental”. El cual se traduce en una eficacia directa del derecho así como para protegerlo y reclamarlo, en el caso que se vulnere, a través de la acción de tutela efectiva.

También otro precepto que debemos destacar es el artículo 329 de la Constitución Política que establece que los resguardos, como entidades territoriales indígenas, son propiedad colectiva y no enajenable. Esta normativa constitucional se ve complementada por el artículo 63 que establece que “los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo [...] son inalienables, imprescriptibles e inembargables”. Constitución además establece, la participación de las comunidades indígenas en los casos de explotación de los recursos naturales ubicados en sus territorios de la siguiente manera “la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten, respecto de dicha explotación, el gobierno proporcionará la participación de los representantes de las respectivas comunidades” (Constitución, 1991, art. 330).

En consecuencia, se aprecia que, en este país la Consulta Previa, no se encuentra regulada en forma expresa en la Constitución Política. Asimismo se verifica que está inmersa en el artículo 40 y los citados artículos, y que ha sido

configurado bajo el derecho a la participación en general. También se aprecia que la Corte Constitucional viene desarrollando precedente jurisprudencial vinculante, ordenando al Estado realizar consultas a los pueblos indígenas, antes de realizar actividades de extracción de recursos en sus territorios.

**b) Reconocimiento de la Consulta Previa en las “leyes sectoriales” de Colombia.**

El desarrollo de la normativa sobre la Consulta Previa en Colombia se dio mediante instrumentos jurídicos de rango infra legal.

El inicio se dio con la Ley General del Ambiente Ley N° 99 del 22 de diciembre de 1993, el cual en su artículo 76 establece que la explotación de los recursos naturales deberá ejecutarse previa consulta con los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes.

Otra norma que también es importante considerar es la Ley N° 70 del año 1993 que reconoce a las comunidades tradicionales negras como grupo étnico estableciendo:

“[...] Como mecanismo de protección de la identidad cultural, que las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socioeconómico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretenda adelantar en las áreas a que se refiere esta ley” (Ley N° 70, 1993, art. 44).

Se observa que las citadas normas regulan de manera genérica la realización de la Consulta Previa, tanto a los pueblos indígenas y afrodescendientes, sin precisar la naturaleza y el contenido de la Consulta.

**Decretos presidenciales:**

Por otro lado, el gobierno intentó la reglamentación de la misma a través de decretos presidenciales como:

El Decreto N° 1397 de 1996 por el cual el gobierno crea la “Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación”. Esta norma obliga al estado a involucrar y a consultar a los pueblos indígenas cuando se pretenda llevar a cabo proyectos y planes de desarrollo en sus territorios. El artículo 7, establece los casos en las que no se podrá otorgar licencia ambiental, que por lo cual deberá realizarse un estudio de impacto ambiental con la participación efectiva de las comunidades y sus autoridades y si en caso que el estudio de impacto ambiental indique que con la licencia ambiental se puedan afectar o se está afectando a la realidad económica, social o cultural de los pueblos indígenas, ésta será denegada por la autoridad ambiental competente, que será siempre mediante una resolución debidamente motivada. Además, el artículo 16 precisa sobre la necesidad de informar con anticipación, para que, en los procesos de consulta de las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar a comunidades o pueblos indígenas puedan participar.

Otro Decreto Presidencial que se emitió es el Decreto N° 1320 de 1998 que reglamenta el proceso de Consulta Previa con las comunidades indígenas y afrodescendientes para la explotación de recursos naturales en sus territorios. El objetivo central de esta norma fue, un intento, en aquel entonces, reglamentar con un procedimiento específico el proceso de Consulta Previa para que las autoridades ambientales puedan realizar sus funciones y

competencias establecidas en la materia y también cumplir con lo ordenado en el artículo 76 de la antes citada Ley N° 99. Sin embargo, esta norma ha sido observado y cuestionado por la OIT, que a través de su Consejo de Administración y la CEACR, han expresado que:

[...] No es compatible con el Convenio 169 de la OIT, ni en lo que respecta a su elaboración, por cuanto no fue elaborado en consulta y con la participación de los pueblos indígenas, ni respecto de su contenido; por lo que han pedido su modificación para ponerlo de conformidad con el Convenio 169 de la OIT (DPLF, 2015, p. 24).

Asimismo la Corte Constitucional ordenó la revisión e inaplicación de dicha norma a través de la sentencia N° 652 de 1998, porque resulta incompatible con los principios y estándares establecidos en el Convenio 169 de la OIT y otras normas de carácter internacional.

También el gobierno expidió otra Directiva Presidencial N° 001-2010, en el que estableció que acciones requieren consulta y los mecanismos para realizarla y otro Decreto 2893 de 2011 mediante el cual se crea la Dirección de Consulta Previa en el Ministerio del Interior.

Posteriormente se ha emitido el Decreto 2613-2013 y la Directiva Presidencial 10-2013. El objetivo principal de estas normas es lograr la articulación de la institucionalidad pública en torno a la Dirección de la Consulta Previa. Sin embargo estas normas son criticadas fuertemente por las organizaciones indígenas ya que fueron aprobadas sin la debida Consulta Previa y que su implementación busca la reglamentación de la consulta a través de circulares, resoluciones y directivas.

Los especialistas de DPLF manifiestan su preocupación por la proliferación de actos administrativos, al indicar que “Colombia cuenta con una serie de actos administrativos que regulan el derecho a la consulta con diferentes alcances, cuya legitimidad ha sido puesta en cuestión por haber sido adoptados de manera unilateral por entidades del gobierno” (DPLF, 2015, p. 29).

A la fecha existe un “Proyecto de Ley estatutaria sobre la Consulta Previa para Grupos Étnicos, el mismo ha sido elaborado por el Ministerio del Interior, sin la realización de la Consulta Previa ni participación de los pueblos indígenas.

La falta de una norma específica limita y crea confusión para el pleno ejercicio del derecho a la Consulta Previa en Colombia.

### **c) Jurisprudencia sobre el derecho a la Consulta Previa.**

Colombia sigue la línea de los sistemas jurídicos fundados en el principio “La Constitución Ley Suprema”, razón esta hace que la Corte Constitucional sea vista como una institución de desarrollo constitucional y que no es considerado como un simple tribunal de jurisdicción especial. Así de esta manera “se encarga de velar por la integridad y supremacía de la Constitución y es el órgano máximo de la jurisdicción constitucional del sistema de justicia ordinario” (DPLF, 2015, p. 54). La Corte Constitucional a través del mecanismo de protección de la acción de tutela defiende los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, entonces en este sentido, la acción de tutela es un medio para que a través de ella, la Corte reconozca el derecho a la Consulta Previa como un derecho fundamental de rango constitucional.

**c.1. Análisis de la Sentencia SU- 039 de 1997.**

La Corte Constitucional con la sentencia SU- 039 marcó un hito, con su decisión en el que señaló que la protección del derecho de integridad de las comunidades indígenas se efectiviza y se garantiza a través del ejercicio de otros derechos fundamentales, como, por ejemplo, el derecho a participar de los ciudadanos. En aquella oportunidad, la Corte precisó el derecho fundamental a participar de las comunidades indígenas, previsto en el artículo 330 de la Constitución, el mismo reforzado por el Convenio 169 OIT, que había sido incorporado mediante Ley N° 21 de 1991 que pasó a formar parte del sistema jurídico colombiano. También en la sentencia, la Corte, señaló que los artículos 40.2 y 330 de la Constitución concordante con las normas del Convenio 169 de la OIT (artículos 5, 6 y 7) asegurar la participación efectiva de las comunidades indígenas indicando que “La institución de la consulta a comunidades indígenas que pueden resultar afectadas [...] importa la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquellos y las autoridades” (CORTE CONSTITUCIONAL, 1997).

Esta sentencia fue la primera que a nivel de la jurisprudencia constitucional trató el tema de la Consulta Previa en el marco de los derechos fundamentales, y que a partir de ello, la Corte Constitucional ha sostenido en reiteradas sentencias, que la Consulta Previa a los pueblos indígenas es un derecho fundamental y colectivo.

**c.2. Análisis Sentencia N° 693-2011: caso Turpial Victoria.**

El caso trata de la acción de tutela instaurada por Marcos Arrepiche, quién en calidad de gobernador del Cabildo Indígena Resguardo Turpial – La Victoria en contra de los Ministerios del Interior, de justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la empresa Metapetroleum Limited. La referida autoridad solicita la protección de los derechos fundamentales como a la Consulta Previa prevista en el Convenio 169 de la OIT, formas de participación democrática, a la integridad étnica y cultural de la nación y a la igualdad de culturas, presuntamente vulneradas por el Ministerio del Interior y de Justicia, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la empresa meta Petroleum Limited.

El hecho consiste en que el Ministerio del Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, mediante Resolución N° 1712 del 29 de agosto de 2006, otorgó una licencia a la empresa Meta Petroleum Limited, licencia que autorizó para la ejecución del Proyecto Oleoducto de los Llanos, sin cumplir con la Consulta Previa, libre y consentida que tiene el pueblo indígena Achagua y Piapoco del resguardo Turpial-La Victoria.

Luego de este hecho, las autoridades indígenas solicitaron al Ministerio del Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial la realización de la Consulta Previa, la cual fue negada, bajo el argumento de que el Ministerio del Interior y de Justicia no certificó la existencia de comunidades indígenas o negras en el área de influencia del Proyecto.

La pretensión a través de la Acción Constitucional de Tutela de la comunidad fue la suspensión provisional de la Resolución antes mencionada y la realización de la Consulta Previa correspondiente.

Por consiguiente la Corte resolvió revocando la sentencia de casación de la Sala de Casación Penal que denegó el amparo de los derechos invocados por la comunidad indígena y ordenó, la realización de la Consulta Previa en un plazo de tres días, luego de notificada la sentencia, al Ministerio del Interior y Justicia y de otras instituciones involucradas.

En la Sentencia se aprecia que uno de los fundamentos jurídicos considerados por la Corte en este caso sobre el derecho a la consulta es “que la protección constitucional del derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas se hace efectiva de manera especial mediante el deber estatal de adelantar procesos de consulta antes de la adopción y la ejecución de decisiones que directamente puedan afectarles”. Destacando al mismo tiempo a su jurisprudencia de la siguiente forma:

La jurisprudencia constitucional desde sus comienzos ha reconocido que la Consulta Previa es un derecho fundamental de titularidad grupal en cabeza de las comunidades étnicas, lo que significa una ruptura con la teoría tradicional de los derechos individuales de marcado corte individualista (Corte Constitucional, 1993).

También la Corte reitera, citando una anterior sentencia sobre la titularidad grupal de un derecho por una comunidad étnica, afirmando que no se puede confundir “con la naturaleza colectiva de otros derechos reconocidos en la Constitución o con el concepto de interés difuso”. Asimismo en esta

sentencia bajo análisis aclara al respecto que: “Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (art. 88. CP). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes”.

Por último la Corte aclara que los derechos fundamentales de los grupos indígenas son susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela.

### **c.3. Análisis de la Sentencia N° T-849-2014: caso Comunidad Arhuaca.**

Esta sentencia trata de la acción de tutela instaurada por Rogelio Mejía Izquierdo representante del Resguardo Indígena Arhuaca de la Sierra Nevada de Santa Martha en contra del Ministerio del Interior, la Corporación Autónoma del César, Agregados del César EU, Pavimentos y Construcciones El Dorado LTDA Ingenieros Contratistas. El Representante del Resguardo Indígena solicita la tutela de derechos fundamentales de la comunidad indígena de Arhuaca, se ordene las medidas pertinentes para la efectiva protección de los derechos fundamentales y otros.

El hecho principal a que se refiere este caso es que, la Corporación Autónoma Regional del César otorgó una licencia ambiental para explotación de un yacimiento de materiales de construcción a Agregados del César EU, mediante Resolución N° 1646 del 13 de diciembre de 2010.

El referido Contrato de Concesión se dio en el marco del contrato de concesión minera 0167-20 del 29-12-2004, en el interior de la línea negra, sin haberse realizado el proceso de Consulta Previa a la comunidad indígena.

El accionante refiere que los demandados afectan gravemente los derechos fundamentales de los indígenas de la comunidad Arhuaca de la Sierra Nevada de Santa Martha, como el derecho a la Consulta Previa, el derecho a la protección de las minorías raciales y culturales, el derecho a la propiedad comunal y los actos de invasión con las maquinarias y la presencia de trabajadores en el territorio sagrado sin el consentimiento del pueblo indígena, constituyen hechos que violan el derecho territorial de la comunidad.

Se observa que la Corte en la sentencia bajo análisis consideró “el concepto amplio de territorio indígena y su protección especial cuando se trata de áreas sagradas y de importancia cultural para las comunidades, incluso cuando se trata de zonas fuera de los resguardados titularizados”. Además sostiene que “el concepto de territorio para las comunidades indígenas escapa a la visión moderna relativa a la titularización de una determinada porción de terreno, es importante recordar que vivimos en una sociedad que tiene el propósito común de bienestar general. Si bien, la definición de territorio para las comunidades indígenas haga referencia, mayormente, al ámbito tradicional de sus actividades culturales, religiosas y económicas, el gobierno colombiano consideró oportuno delimitar de manera geográfica una zona de indiscutible influencia de aquellos que habitan la Sierra Nevada de Santa Martha, la cual fue georeferenciada, en un primer momento, en la Resolución 02 del 4 de enero de 1973 proferida por el entonces Ministerio de Gobierno y con

posterioridad en la Resolución número 837 de 1995 emitida por el Ministerio del Interior”.

A este concepto de territorio, la Corte citando a Pablo Duke Cañas, enfatiza, que “sólo tiene sentido por su nexo cultural y espiritual con los indígenas que lo han habitado tradicionalmente. Pero también son esenciales en esta relación las actividades cotidianas de quienes los habitan. Así, el conocimiento profundo de las condiciones naturales y simbólicas del territorio sustenta la condición de dueños ancestrales de éste”.

Por consiguiente la Corte llega a la conclusión de que:

El espacio territorial reclamado por la comunidad Arhuaca denominado “Línea Negra” es una zona de especial protección debido al valor espiritual y cultural que tiene para los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Martha, por esa razón, esas comunidades deben ser consultados cuando un proyecto puede afectar el ejercicio de sus derechos, no hacerlo constituirá un incumplimiento del Estado colombiano de sus obligaciones y vulneración de los derechos de la comunidad (CORTE CONSTITUCIONAL, 2014).

En consecuencia, la Corte resolvió el caso, revocando la sentencia de primera instancia de la sala civil-familia del tribunal superior del distrito judicial de Valledupar, concediendo la tutela de los derechos de autodeterminación, a la subsistencia, a la diversidad étnica y a la Consulta Previa de las comunidades étnicas diferenciadas. Asimismo deja sin efecto y valor la Resolución N° 1646 por el cual CORPOCESAR otorgó a Agregados del César EU, la Licencia Ambiental Global para la explotación de un yacimiento de materiales de construcción. Advirtiendo al Ministerio del Interior y a los interesados en solicitar Licencia Ambiental para la explotación de recursos

naturales al interior del territorio denominado la Línea Negra, deberán agotar el procedimiento de Consulta Previa, con las comunidades indígenas que viven en el territorio sagrado de la Sierra Nevada de Santa Martha conforme las consideraciones expuestas en la sentencia bajo análisis.

#### **4.2.3. Reconocimiento del derecho a la Consulta Previa en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano**

La incorporación del Derecho Internacional en el Ecuador se materializó con la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT, el 15 de mayo de 1998, mediante el Decreto Ejecutivo N° 1387. Otro acto que es necesario reconocer, es el voto del representante del Ecuador a favor de la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007, en la Asamblea General. Asimismo es muy importante considerar el inciso segundo del artículo 424 de la Constitución Política de 2008 del Ecuador, que establece que:

Los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado, que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto de poder público”. Se entiende por esto que los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano prevalecen sobre la legislación nacional y las (normas internas), que “serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte (Constitución, 2008, art. 11).

Esta situación nos demuestra el respeto y aplicación del principio internacional de los tratados internacionales de prevalencia o supremacía sobre el derecho interno de un país.

**a) Reconocimiento del derecho a la Consulta Previa en la Constitución Política Ecuatoriana.**

La carta fundamental ecuatoriana, a diferencia de las constituciones de Colombia y Perú, reconoce expresamente este derecho colectivo fundamental de los pueblos indígenas, estableciendo que:

Se reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los instrumentos internacionales de derechos humanos: la Consulta Previa, libre e informada, dentro del plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentran en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que estos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causan. La consulta que deben realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la Ley. (Constitución, 2008, art. 57.17).

Asimismo en la promulgación de una Ley, la misma que al ser entendida como una expresión de la voluntad soberana, llama la participación de grupos o colectivos sobre los cuales a quienes les pueda afectar, es la razón por la que la Consulta Previa a los pueblos indígenas resulta imperante dentro de una democracia participativa e inclusiva. Este proceso de consulta no se debe entender como un simple acto de formalismo, más bien debe constituirse en una acción concreta de tutela efectiva que debe producirse mediante un diálogo permanente sobre las acciones o actividades que les pueda causar

alguna afectación. Por consiguiente, debemos manifestar que este proceso de consulta debe realizarse cumpliendo todas las etapas y principios establecidos en el Convenio N° 169 de la OIT y los estándares internacionales, ya que esto garantiza su plena realización.

**b). Reconocimiento de la Consulta Previa en las leyes sectoriales.**

En el Ecuador, el derecho a la Consulta Previa en el desarrollo de las normas jurídicas a nivel de especiales, todavía es limitado e insuficiente, no se ha aprobado hasta la fecha una ley especial que reglamente el derecho a la Consulta Previa, el mismo se encuentra en calidad de proyecto presentado en la Asamblea Legislativa.

**b.1. Ley N° 45 de Minería.**

La Ley de Minería del 27 de enero de 2009, regula la participación ciudadana o procedimiento especial de consulta a los pueblos indígenas, señala que:

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 explotación minera se lleve a cabo en sus tierras y territorios ancestrales y cuando dichos labores puedan afectar sus intereses. De conformidad con el artículo 398 de la Constitución de la República (Ley N° 45, 2009, art. 90).

Como se aprecia esta norma hace referencia exclusivamente a la Consulta Previa como un mero mecanismo de participación ciudadana en general, sin abordarla como un derecho colectivo fundamental de los pueblos

indígenas. Por esta razón y además por no haber sido sometido a Consulta Previa (pre legislativa) a los pueblos indígenas, la Ley de Minería ha sido motivo de demanda de inconstitucionalidad por parte de las organizaciones indígenas como el CONAIE. La Corte Constitucional de Ecuador resolvió este caso declarando la constitucionalidad condicionada de varios artículos de esta Ley, entre ellos el citado artículo 90 en el sentido que:

Se mantendrá vigente y válido sólo si se aplica en los territorios de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias; aclarando que si en caso que se realizara actividades y/o concesiones mineras en los territorios indígenas deberá realizarse obligatoriamente la Consulta Previa prevista en el artículo 57 numeral 7 de la Constitución de 2008 (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia N° 001- 10- SIN - CC, 2010, 2010).

#### **b.2. Decreto Supremo N° 2967 de Hidrocarburos.**

EL Decreto Supremo N° 2967, publicado en el registro oficial N° 711 de 15 noviembre de 1978. Esta norma no ha previsto el derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas, ya que esta ha sido emitida antes de la adopción del Convenio N° 169 de la OIT. Posteriormente ha sido modificado en dos oportunidades, en las que tampoco se consideró el proceso de Consulta Previa. Sin embargo, luego de haberse presentado conflictos por la realización de concesiones por parte del Estado a los consorcios empresariales de los recursos hidrocarburíferos, el gobierno, emitió el Decreto Ejecutivo 1247 del 12 julio del 2012, norma reglamentaria denominada “Reglamento para la ejecución de la Consulta Previa, libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos”, la emisión de esta norma se

hizo sin la realización de la Consulta previa ni contó con la participación de los pueblos y nacionalidades indígenas como lo ordena la Constitución, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la sentencia en el “caso Sarayaku vs. Ecuador” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se aprecia que esta norma regula la Consulta Previa de manera limitada y considera como un instrumento de participación y no como un derecho a la Consulta Previa. Asimismo este reglamento se restringe sólo a las actividades hidrocarburíferas. Por lo que las organizaciones indígenas han manifestado su rechazo, descontento y desconocimiento al mismo.

### **b.3 La Ley de Gestión Ambiental.**

Norma que tampoco regula ni considera a la Consulta Previa como un derecho fundamental de los pueblos y nacionalidades indígenas, porque no cumple con los estándares y principios establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales. El Decreto Ejecutivo N° 1040 del 2008 reglamento para aplicación de los mecanismos de participación social establecidos en la Ley de gestión ambiental, lo considera de manera ambigua y limitada.

Posteriormente se expidió la Ley N° 305 de Recursos Hídricos (expedido el 6 de agosto de 2014) el cual regula, de forma ambigua y confuso sobre la Consulta en el artículo 68, faculta a la Autoridad Única del Agua, a través de los consejos de cuenca hidrográfica, la realización de la consulta de manera previa, libre, informada y obligatoria en un plazo razonable a las organizaciones de usuarios, en los asuntos relacionados con la gestión integrada de los

recursos hídricos. También el artículo 71 inciso F, establece que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen el derecho a ser consultados de forma obligatoria, previa, libre e informada en un plazo razonable, acerca de motivos o autorizaciones estatales referidas a la gestión del agua que discurre por sus tierras y territorios.

**c) Jurisprudencia sobre el derecho a la Consulta Previa.**

Se aprecia que, la Corte Constitucional de la República Ecuatoriana, ha venido desarrollando pronunciamientos de sentencias en casos emblemáticos sobre el derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas en concesiones petroleras y mineras, para ello tomó como fundamento el Convenio 169 de la OIT, adoptó en sus decisiones una posición proteccionista.

**c.1. Sentencia Corte Constitucional de Ecuador N° 001-10-SIN-CC.**

Sentencia que fue emitida, el 18 de marzo del 2010 a raíz de la Acción de Inconstitucionalidad planteada por Marlon René Santi, presidente de la CONAIE, Carlos Pérez Guartambel presidente de los sistemas comunitarios de las aguas de las parroquias Tarqui y otras de la provincia del Azuay, acción que se entabla en contra de varias disposiciones de la Ley N° 45 de Minería, porque ésta se dio sin la realización de la Consulta Previa. La afectación de los derechos que se reclama en este caso sobre el derecho a la Consulta Previa pre legislativa, los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades y los derechos sobre el territorio de los referidos pueblos.

En este caso la Corte consideró que en el proceso de promulgación de la Ley se implementaron mecanismos de información, participación y recepción de criterios de un segmento de las comunas, comunidades, pueblos y

nacionalidades indígenas a través de sus máximos representantes. La Corte manifiesta que, en la aprobación de la Ley de minería a falta de una norma infra constitucional de la Consulta Previa, se hizo una aplicación directa de la constitución.

La Corte determinó que debido a la falta de un cuerpo normativo, que regule el contenido de la Consulta Previa legislativa, ya que se considera como Consulta Previa el proceso de información y participación que se aplicó de forma anterior a la aprobación de la Ley de Minería, que se realizó de acuerdo a la constitución. Por lo que decidió que se declarara la constitucionalidad condicionada de los artículos: 15, 28, 31(inc.2), 59, 87.88, 90, 100, 101, 103, 104 y 105 de la mencionada Ley de Minería.

También, la Corte ordena que, para la realización de actividades mineras en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubias, deberá realizarse obligatoriamente el proceso de Consulta Previa, libre e informada, el mismo se encuentra establecido en el artículo 57.7 de la Constitución hasta que se expida la ley específica sobre Consulta Previa, esto de conformidad al principio de reserva de ley.

Por consiguiente, se debe señalar que la Corte rechazó los argumentos sobre la inconstitucionalidad de la Ley, la cual a pesar que se había expedido sin la realización de un proceso de Consulta Previa, mantiene la vigencia de sus artículos impugnados.

#### **4.2.4. El reconocimiento del derecho a la Consulta Previa en el ordenamiento jurídico peruano**

La incorporación del Derecho Internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas en el Perú, se produce primeramente, con la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT por el Congreso de la República, el 5 de diciembre de 1993 a través de la Resolución Legislativa N° 26253 que ha iniciado su vigencia en febrero de 1995. El representante del Perú en la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas votó a favor de su aprobación en la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Con respecto a los tratados internacionales celebrados por el Estado la Constitución Política establece que “forman parte del derecho nacional” (Constitución, 1993, art. 55). Esta normativa constitucional es complementada con lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución. Entonces se debe entender que los tratados internacionales tienen fuerza de Ley a partir de su ratificación y los tratados sobre derechos humanos tienen la misma jerarquía que la Constitución. Asimismo debemos mencionar que el Código Procesal Constitucional establece que “las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son de observancia obligatoria para la interpretación de los Derechos humanos, incluyendo aquellos que desarrollan el contenido y alcances de los derechos humanos de los miembros de los pueblos indígenas” (Ley 28237, 2004, art. V).

**a) Reconocimiento del derecho a la Consulta Previa en la Constitución Política Peruana.**

El actual texto constitucional del Perú, no consagra expresamente el derecho fundamental a la Consulta Previa de los pueblos indígenas. Sin embargo, este derecho tiene cobertura constitucional indirecta por medio de las normas concernientes al sistema electoral, que está establecido en el artículo 182 de la Constitución, con la figura de consultas populares. Asimismo podemos señalar que tiene cobertura indirecta, a través de las normas que reconocen el derecho a la participación en general, normados por los artículos 2.17 y 31 de la Constitución. También se observa que tiene protección por las normas del bloque de constitucionalidad, ya que el Estado peruano ha firmado y ratificado instrumentos jurídicos internacionales de Derechos Humanos como el Convenio N° 169 de la OIT y otros que están incorporados al ordenamiento jurídico constitucional a través de las cláusulas de apertura.

**b) El reconocimiento del derecho a la Consulta Previa en las leyes sectoriales en el Perú.**

El Estado peruano es el primer país de Latinoamérica que ha aprobado y regulado el derecho a la Consulta Previa a través de una norma específica, la Ley N° 29785 publicada en el diario Oficial el Peruano, el 7 de septiembre de 2011, la misma ha sido reglamentado por el Decreto Supremo N° 001-2012-MC de fecha 3 de abril de 2012. La “Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo” contiene 20 artículos y cuatro disposiciones finales y complementarias, los mismos establecen las reglas para

el ejercicio de este derecho fundamental. Esta Ley en resumen establece el objeto, el contenido, la finalidad del derecho a la Consulta Previa, los sujetos titulares de la Consulta Previa y la entidad estatal responsable de la ejecución de la consulta. Asimismo establece los principios rectores, las etapas del proceso y las obligaciones de las entidades estatales respecto al proceso de consulta.

Respecto a la importancia de esta Ley Beatriz Merino e Iván Lanegra Sostienen que: “su aplicación puede generar prácticas que coadyuven a legitimar los mecanismos de dialogo como vía para enfrentar posibles controversias o conflictos, pero también busca iniciar un cambio más profundo en las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas, caminado hacia el desarrollo de una democracia multicultural” (Lanegra, 2013, pág. 126). Asimismo a la fecha no ha sido efectiva en la implementación en la práctica de la consulta, al respecto, Cristian Guzmán sostiene que “sus normas no cumplen con los estándares internacionales y no es acorde al contenido convencional” (Guzman, 2014, pág. 68)

El Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa que ha sido aprobado con poca participación de organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas que hasta el final solo participaron CONAP y CCP, esto por el acelerado interés del Estado por promover y facilitar la inversión privada para la exploración y explotación de recursos naturales (materias primas), es por esta razón que la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos afirma que la “reglamentación es importante pero deslegitimada” también el grupo denominado Pacto de Unidad encabezado por la organización indígena llamado CONACAMI mostraron su rechazo y disconformidad y que

anunciaron plantear una acción de inconstitucionalidad a la Ley de Consulta Previa.

Posteriormente se ha aprobado la Resolución Ministerial N° 202- 2012-MC, que aprobó la Directiva que regula la base de datos oficial de los pueblos indígenas y originarias, esto con la finalidad de establecer la identificación exacta de quienes son los pueblos indígenas del Perú, que es muy necesario para la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT y la Ley antes mencionada. También es importante manifestar que existe la Resolución Viceministerial N° 010- 2013-VMI-MC aprobada y publicada el 12 de diciembre de 2013, que regula, el procedimiento del derecho de petición de los pueblos indígenas en el Perú para su inclusión en un proceso de consulta para la realización del mismo.

Por un lado, también se ha emitido la Resolución Ministerial N° 350-2012-MEM, esta normativa establece los procedimientos administrativos del Ministerio de Energía y Minas para la realización de procesos de Consulta Previa a los pueblos indígenas. El Decreto Supremo N° 038-2001-AG, reglamento de la Ley de áreas naturales protegidas N° 26834, regula la Consulta Previa en el artículo 43: “el proceso para la categorización definitiva o el establecimiento de un área natural protegida, se debe realizar en base a procesos transparentes de consulta a la población local interesada, donde se incluye a las comunidades campesinas o nativas de acuerdo a los procedimientos de consulta establecidos en el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la OIT. En estos últimos casos dicha participación se realiza en particular a través de sus organizaciones locales y utilizando en lo posible el idioma más relevante del lugar”.

La Ley General del Ambiente, Ley N° 2861 del 13 de octubre del 2005, establece en el artículo 72, el proceso de Consulta Previa para el establecimiento de proyectos o actividades a ser desarrollados en los territorios indígenas, comunidades campesinas y nativas.

Finalmente, también se constata que la Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, reconoce el derecho a la consulta como contenido del derecho a la identidad cultural.

De lo analizado podemos concluir que en las normas internas del Perú, se aprecia que se pretende reglamentar el derecho a la Consulta Previa en actos administrativos del gobierno nacional, regional y local. Sin embargo no existe una norma que regule o reglamente los actos normativos del Congreso de la República, es decir el proceso de Consulta Prelegislativa, como se realiza en la Asamblea Legislativa del Ecuador. A pesar de la entrada en vigencia de la Ley de Consulta Previa, pareciera que no ha generado los resultados esperados a la fecha.

### **c) Jurisprudencia Sobre el Derecho a la Consulta Previa.**

El Tribunal Constitucional Peruano ha venido desarrollando una importante jurisprudencia respecto al derecho a la Consulta Previa que, en la actualidad se constituye como un conjunto de reglas complementarias a la normativa existente.

La primera sentencia relacionada a la Consulta Previa, es la **sentencia del Tribunal Constitucional sobre el expediente N° 003343- 2007-AA**, en la que se pronuncia sobre el Convenio 169 de la OIT, que es un tratado de rango

constitucional, es decir que viene a complementar las normas constitucionales sosteniendo de la siguiente forma:

Habiéndose aprobado el Convenio 169 de la OIT [...] su contenido pasa a ser parte del Derecho Nacional, tal como la explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del título preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar –normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes (Tribunal Constitucional, 2007).

**La sentencia N° 00022-2009-PI** de 9 de junio del año 2010, en la que desarrolla todas las reglas necesarias para la realización de la Consulta Previa. Esta sentencia trata de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el pueblo indígena Awajun de la región San Martín contra el Decreto Legislativo N° 1089. Los demandantes argumentaron que la norma mencionada es inconstitucional ya que había sido aprobada sin el debido proceso de Consulta Previa.

Lo cual género además el conflicto indígena contra el Estado del “Baguazo”, este caso a pesar que el tribunal lo declaró infundada la acción, constituye un precedente vinculante que establece “la inexistencia de una Ley específica sobre Consulta Previa no es pretexto para el incumplimiento de la obligación establecida en el Convenio N° 169 de la OIT y que desarrolla también un conjunto de reglas, principios y derechos indispensables para la implementación y realización de la Consulta Previa en el Perú”.

La **Sentencia N° 05427-2009AC**, es la segunda sentencia de importancia y destacable porque desarrolla un análisis de la ausencia de adecuación del ordenamiento jurídico peruano al Convenio N° 169 de la OIT, la acción ha sido planteada por la Organización Indígena Nacional AIDSESEP, contra la omisión del Congreso y del gobierno nacional sobre la implementación del derecho a la Consulta Previa, esta sentencia constituyó en un antecedente clave para la expedición de la Ley sobre el derecho a la Consulta Previa, ya que el Tribunal Constitucional analizó cada una de las normas sectoriales dispersas que a juicio del Estado había desarrollado el derecho a la Consulta Previa, resolvió declarando fundada la acción y ordenó al Ministerio de Energía y Minas y al Congreso de la República apruebe el reglamento y la Ley de Consulta Previa respectivamente.

Otra sentencia de importancia es la Sentencia N° 2232-2012 expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema del 23 de mayo del 2013, que trata de una acción popular de control constitucional de normas reglamentarias. La sentencia se refiere principalmente sobre la validez de los talleres informativos, la Corte Suprema declara inconstitucional las disposiciones de los Decretos Supremos del Ministerio de Energía y Minas (Decretos Supremos N° 028 – 2008 – EM y N° 012 – 2008 – EM) que sólo planteaba la organización de talleres informativos de participación ciudadana en general en lugar de los procesos de Consulta Previa.

#### 4.2.5. Procedimiento de la Consulta Previa en los países de la comunidad andina de naciones

Respecto al procedimiento, el Convenio 169 de la OIT, no establece uno específico a seguir, pero si señala algunas características a tener en cuenta:

- a) A través de procedimientos adecuados.
- b) Con buena fe y recurriendo a un modo adecuado a las circunstancias.
- c) La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país (artículo 34).

#### **BOLIVIA:**

Se ha verificado que en la Ley N° 3058 de hidrocarburos establece en su artículo 115 imperativamente que en todos los casos, la Consulta Previa se realizará en dos momentos:

- a) Previamente a la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos, siendo condición necesaria para ello; y.
- b) Previamente a la aprobación de los Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental.

Según el Reglamento de la Ley de Hidrocarburos D.S. N° 29033 y su complementaria D.S. 29124. Los Artículos 10 al 13 de dicha norma, la Consulta Previa está compuesta por cuatro fases mínimas:

- Coordinación e información.

- Organización y planificación de la consulta.
- Ejecución de la consulta.
- Concertación.

La Ley N° 535 de Minería y Metalurgia en su artículo 110 al 103 establece el procedimiento de la Consulta en etapas siguientes:

- a) Fase Preparatoria, que es desde la presentación de la solicitud e inicio de la misma.
- b) Fase de notificaciones y dialogo intercultural, que consta de la notificación de la resolución del inicio de la consulta y la realización de la misma en un máximo de 03 reuniones.
- c) Fase de reuniones y deliberaciones, se fija las observaciones y sugerencias.
- d) Fase de mediación y decisión firma del documento final.

Como podemos observar estas normas establecen solamente cuatro fases para el desarrollo de la Consulta Previa, la cual hace que la consulta no se cumpla de acuerdo a lo establecido en los estándares internacionales.

Por un lado se emitió la Ley N° 222 de 10 febrero 2012, para la realización de la Consulta Previa en el TIPNIS, en su artículo 47° considera tres etapas:

- a) Fase 1: Preparación de la Consulta, ésta a su vez tiene subfases.
  - Cronograma y protocolo de la consulta.

- Acopio de la información pertinente.
  - Notificación previa.
  - Publicidad de la Consulta.
  - Provisión de la información pertinente
- b) Fase 2. Instalación y desarrollo de la consulta, a su vez:
- Comunicación a los pueblos involucrados (mojeño-trinitario, Chimane y Yuracare)
  - Consideración y definición sobre el TIPNIS.
  - Consideración y decisión.
- c) Fase 3. Resultados de la consulta, a su vez
- Suscripción de actas de conclusiones.
  - Notificación de las decisiones.

Asimismo en el “Anteproyecto de Ley de Consulta Previa, Libre e Informada” en su artículo 21 señala que la Consulta Previa debe llevarse a cabo con el cumplimiento de las siguientes etapas:

1. Preparatoria, las entidades responsables de la consulta desarrollará mínimamente las siguientes actividades:
  - a) Identificación de la medida legislativa o administrativa, plan, programa, proyecto, obra o actividad y la susceptibilidad de afectación directa a los derechos colectivos.

- b) Identificación del sujeto de la consulta previa libre e informada y determinación del ámbito territorial.
- c) Determinación del grado de susceptibilidad de afectación directa a los derechos colectivos.
- d) Constatación del ejercicio del derecho colectivo.

**2.** Diálogo intercultural e intracultural, entre el Estado y el sujeto de la consulta, etapa en la que se desarrollará mínimamente las siguientes actividades:

- a) Planificación concertada y expresada en un documento metodológico y cronograma mismo que será desarrollado en un tiempo definido entre las partes.
- b) Entrega de información sobre la medida objeto de consulta.
- c) Difusión del proceso de consulta.
- d) Diálogo intercultural e intracultural respetando normas y procedimientos propios sobre el alcance de la medida, las posibles afectaciones y los mecanismos que permitan potencializar los efectos positivos y minimizar los efectos negativos de la implementación de la medida.
- e) Espacios de deliberación interna.
- f) Acuerdos o disensos.
- g) Determinación de los mecanismos de seguimiento a la implementación de los acuerdos alcanzados durante el proceso de Consulta Previa libre e informada”.

En nuestra opinión, la implementación de la Ley específica que regule el proceso de realización de la Consulta Previa es muy necesaria y útil, para cubrir el vacío que existe en la actualidad sobre este proceso. Porque de lo contrario no se garantiza la protección de los demás derechos colectivos de los pueblos indígenas.

### **COLOMBIA:**

En este país se ha encontrado un conjunto de normas dispersos de carácter administrativo, que solo norma actos administrativos de las instituciones, se tiene el Decreto N° 1320 de 1998 que reglamenta el proceso de Consulta Previa con las comunidades indígenas y afrodescendientes, la misma señala al respecto:

“Artículo 17. Desarrollo de la reunión de consulta. La reunión de consulta se desarrollará de la siguiente manera:

- a) Instalada la reunión y verificada la asistencia, el interesado expondrá las condiciones técnicas en que pretende usar, aprovechar o afectar los recursos naturales renovables.
- b) Acto seguido se escuchará a los representantes de las comunidades indígenas o negras consultadas y se determinarán los impactos que se pueden generar con ocasión de la actividad y las medidas necesarias para prevenirlos, corregirlos, mitigarlos controlarlos o compensarlos.
- c) En esta reunión se aplicará lo dispuesto en los literales f) y g) del artículo 13 del presente decreto.

- d) Agotado el objeto de la reunión, la autoridad ambiental competente la dará por terminada, dejando constancia de lo ocurrido en el acta y continuará con el trámite establecido en las normas vigentes, con el objeto de tomar una decisión sobre el otorgamiento o negación del permiso de uso, aprovechamiento o afectación de los recursos naturales renovables.”

Como se observa esta norma regula el procedimiento de una sola reunión, así de esta manera desnaturaliza el proceso de la Consulta Previa, esta realidad es una carta blanca a una serie de abusos y discriminaciones a los Pueblos indígenas de Colombia en la toma de decisiones.

Asimismo Colombia tiene pendiente la aprobación del “Proyecto de Ley Estatutaria de Consulta Previa”, este proyecto considera tres fases en la que se debe llevar acabo la Consulta Previa:

- Fase de apertura.
- Fase de socialización.
- Fase de protocolización y cierre del proceso de consulta.

Para garantizar el proceso de Consulta Previa en su real dimensión es muy importante la aprobación de esta norma específica que está en espera.

#### **ECUADOR:**

La Ley 45 de Minería no establece un procedimiento o las fases de la Consulta Previa, solamente de manera genérico hace referencia a la Consulta Previa como un mero mecanismo de participación ciudadana, sin abordarla

como derecho fundamental de los pueblos indígenas. Asimismo la Ley de hidrocarburos no hace referencia alguna, solamente el reglamento denominado “Reglamento para la ejecución de la Consulta Previa, libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos” Decreto Ejecutivo 1247 menciona respecto al procedimiento en la siguiente forma: artículo 8: “con antelación a los procesos de consulta previa, libre e informada previstos en este reglamento el ministerio de recursos no renovables designara un funcionario quien en calidad de supervisor del proceso, tendrá la responsabilidad de registrar el cumplimiento de las obligaciones que les corresponden a las parte en el procedimiento previsto.

El supervisor del proceso deberá elaborar un informe y, de ser el caso, registrar los incumplimientos producidos en el proceso”.

Como se puede apreciar este artículo no menciona absolutamente nada de las etapas del proceso, ni del procedimiento en la práctica.

Por un lado el Instructivo de Consulta Prelegislativo de la Asamblea Nacional establece las fases del proceso de consulta en el artículo 6° de la siguiente forma:

- a) Fase de preparación.
- b) Fase de convocatoria pública e inscripción.
- c) Fase de realización de la consulta.
- d) Fase de análisis de resultados y cierre de la consulta prelegislativa.

El Instructivo bajo comenario considera en cuatro etapas genéricas la Consulta Previa que a través de la cual pretende garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas del Ecuador.

Sin embargo Ecuador a la fecha cuenta con un Proyecto de “Ley Orgánica de Consulta a las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades” que se encuentra en la mesa de partes de la Asamblea Nacional para su aprobación, la misma regula de una manera más amplia sobre el procedimiento y las fases de la Consulta Previa. A nuestra opinión esta norma debió ser aprobada ya que se encuentra a la espera de su aprobación desde el año 2012. Este proyecto en su artículo 20 considera las etapas del proceso de consulta, de la siguiente forma: Las etapas de consulta serán:

- a) Identificar medidas legislativas y/o administrativas que involucren los derechos colectivos de los titulares de la consulta y de sus instituciones representativas.
- b) Identificar a los pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias y sus instituciones representativas a nivel nacional, regional y provincial.
- c) Convocatoria.
- d) Difusión y socialización de la medida legislativa y/o administrativa en los idiomas de cada nacionalidad.
- e) Ejecución de la consulta mediante sus propios procedimientos.
- f) Proclamación oficial de resultados.

- g) Seguimiento de los resultados de la consulta.

### **PERÚ:**

El Perú es el primer país de Latino América en contar con una norma específica sobre la Consulta Previa que ha sido aprobado a través de la Ley N° 29785, esta norma regula a la Consulta Previa en el artículo 8°, en cuanto al procedimiento considera siete fases, que son:

- a) Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.
- b) Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.
- c) Publicidad de la medida legislativa o administrativa.
- d) Información sobre la medida legislativa o administrativa.
- e) Evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.
- f) Proceso de dialogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.
- g) Decisión.

A pesar de que esta norma regula ampliamente la Consulta Previa, todavía no ha ofrecido los resultados esperados, ya que en el Perú solo se realizaron escasos casos de Consulta Previa a la fecha de la realización de este trabajo de investigación.

Teniendo en cuenta lo analizado sobre las etapas o fases del proceso de Consulta Previa, en nuestra opinión, éstas deben ser más específicas y mejor detalladas, por lo que proponemos que dichas etapas deben ser lo propuesto en la siguiente tabla:

**TABLA 2**

**ETAPAS DE LA CONSULTA PREVIA PROPUESTO**

N°	ETAPAS	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú	OIT	DNUDPI
1	Identificación de la medida legislativa y administrativa.				✓		
2	Identificación de los pueblos indígenas				✓		
3	Publicidad de la medida legislativa administrativa.				✓		
4	Información sobre la medida legislativa y administrativa.				✓	✓	
5	Evaluación Interna por los pueblos indígenas sobre la medida.				✓		
6	Organización y planificación de la Consulta	✓					
7	Preparación de la Consulta.	✓		✓			
8	Coordinación de la Consulta.	✓					
9	Instalación de la Consulta.	✓	✓				
10	Desarrollo de la consulta, reuniones y escuchar a los pueblos indignas	✓			✓		
11	Reuniones de deliberación pueblos indígenas y el Estado.	✓	✓				

12	Concertación	✓					
13	Resultados y análisis	✓		✓			
14	Mediación	✓					
15	Cierre			✓			
16	Decisión	✓			✓		
17	Impugnación				✓		

Fuente: Elaboración propia, en base a las normas jurídicas referidos al proceso de Consulta Previa de los países de la CAN.

### 4.3. PROBLEMÁTICA SOCIAL, POLÍTICA Y JURÍDICA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA CAN.

#### 4.3.1. Situación social, política y jurídica de los pueblos indígenas en Bolivia

##### a) Situación social.

Bolivia como integrante de la Comunidad Andina de Naciones, es un país de rasgo indígena, conforme al Censo Nacional de Poblaciones y Viviendas del año 2012, tiene 10'027,254 habitantes (100%) de los cuales 15 a más años son, 6'916,732 personas del cual un total de 4'032.014 (58%) no pertenecen a ninguna de las 36 naciones o pueblos indígenas originarios, mientras que 2'806.592 personas (40%) se reconocen como indígenas. Esto en comparación con el Censo del año 2001 habría disminuido de 62% a 40% al 2012. El 55% de la población indígena vive en el área rural donde la incidencia de la situación de pobreza extrema supera en un 100% a la del área urbana. La mayoría de la población indígena pertenece al pueblo Quechua, 1'281,116 personas y Aymara que tiene una población 1'191,352 personas, los mismos se encuentran localizadas en el área andina y en los valles del occidente

boliviano. Mientras que en el oriente, Chaco y Amazonia (tierras bajas), el 17% de la población son indígenas compuesto por 32 pueblos indígenas distintos, donde el mayor número son los Chiquitanos con una población de 87,885 personas, luego el Guaraní con 58,990 personas y el tercer grupo con mayor número son los mojeños con 31,078 personas.

TABLA 3

## POBLACIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS ORIGINARIOS DE BOLIVIA

Región andina	Censo Nacional 2001	Censo Nacional 2012
1. Aymara.	1,277,881	1,191,352
2. Quechua.	1,555,641	1,281,116
3. Uru (chipaya-murato).		786-chipaya/143-murato
4. Afroboliviano(*).		16,329
5. Kallawaya.		7,389
6. Pukina.		No consigna
<b>Región amazónico</b>		
7. Araona.	90	910
8. Baule.	475	2,319
9. Canichana.	208	617
10. Caviñeño.	836	2,005
11. Cayunaba.	326	1,424
12. Chacobo.	247	826
13. Chimane (Chiman).	4,126	6,464
14. Esse Ejja.	396	395
15. Itonama.	1,416	10,275
16. Joaquiniano (*).	160	2,727
17. Leco.	2,296	9,006
18. Machineri/Yene.	15	38
19. Moré (Itenez).	46	155
20. Moseten.	789	1,989
21. Movima.	6,008	12,213
22. Moxeno (Ignacio Trinitario).	46,336	31,078

23. Nahua (*).		No consigna
24. Pacahuara.	31	161
25. Sirionó.	133	446
26. Tacana.	3,454	11,173
27. Toronoma.		No consigna
28. Yaminahua.	41	132
29. Yuki.	112	202
30. Yurakare.	1,466	3,394 Yurakare Moxeño 212
31. Moxeño Ignacio.		No consigna
32. Bésiro.		No consigna
33. Maropa		2,857
<b>Región Chaco Oriental</b>		
34. Guarani(Ava-Isozeño-Simba).	81,189	58,990
35. Chiquitano (*).	112,218	87,885
36. Guarayo.	5,904	13,621
37. Ayoreo (*).	798 (Ayoreo-Zamuco)	1,862
38. Tapiete.		99
39. Weenhayek.	18	3,322
40. Paiconeca (*).	973	
41. Guarasugwe (Pawenas).		42
42. Zamuco.	09	No consigna
total	3'142.637	2' 806.592

Fuente: Elaboración propia en base a los censos del 2001 y 2012. INE.

(\*): Pueblos nuevos reconocidos en la CPE.

Comentando, el resultado del Censo del 2012, el 58% de los bolivianos (mayores de 15 años) manifiestan que no pertenecen a ningún pueblo indígena y el 40% manifiestan si pertenecer a un pueblo indígena. Estos datos han variado respecto de los datos del censo del 2001, ya que en aquel entonces 62% afirmaban ser indígena y el 38% se autoreconocía como mestizo. El censo del 2001 fue el fundamento para la refundación de Bolivia como un Estado

plurinacional integrado por 36 naciones indígenas. La diferencia en números entre los censos del 2001 y 2012 se debe a que la pregunta en aquel entonces estuvo mal formulada, establecía sólo cinco categorías: quechuas, aymaras, guaraníes, chiquitanos, mojeños y otros nativos, la sexta opción era: ninguno. El ninguneo fue la razón de la distorsión. Una buena parte de los que hubieran escogido la opción mestizo, se adscribieron a las opciones que los afirmaba y no aquellas que los negaban. Mientras que en el último censo la pregunta fue mejor formulada: ¿pertenece usted a alguna nación o pueblo indígena originario campesino o afroboliviano? Había tres opciones de respuesta: Primera: **SI**, pertenezco (se incluyó la lista de los 36 “pueblos indígenas” reconocidos por la CPE). Segunda: **NO** pertenezco. Tercera: soy boliviano o boliviana. El resultado ha sido como se esperaba, mucho más cerca a la realidad, el 58% afirmaron que no pertenecen a ninguna “nación indígena”. El 40% dijo pertenecer a los pueblos indígenas.

#### **b) Reconocimiento de los pueblos indígenas en Bolivia.**

El Estado boliviano ha reconocido ampliamente a los pueblos indígenas en la Constitución Política del Estado de 2009 en los artículos 2 y 30.I. establece que “es nación y pueblo indígena originario campesino toda colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española”. El artículo 31.I y II, a los que están en peligro de extinción y en aislamiento voluntario respectivamente y artículo 5.I reconoce a los **36 pueblos indígenas que conforman el Estado boliviano** y el derecho a gozar de sus respectivos idiomas, este reconocimiento constitucional, también otorga derechos como la autonomía indígena, la jurisdicción indígena,

etc. Establece además que los idiomas oficiales son el castellano y los demás lenguas de los pueblos indígenas que deben ser implementados de acuerdo a la región al que pertenecen. Sobre los pueblos indígenas, José Núñez del Prado citando a Álvaro García Linera (vicepresidente de Bolivia), nos aclara que:

Las otras naciones”, como naciones solamente culturales. El texto clarifica la postura del gobierno [...] así, ahora, con la nueva Constitución la nación boliviana es la nación estatal que nos abraza a los más de 10 millones de bolivianos que hemos nacido en nuestra patria. Es como la casa común que nos cobija a todos. Dentro de ella, existen las naciones culturales indígenas- originarias poseedoras de una identidad pre-existente a la República, e incluso, a la Colonia, con capacidad de libre determinación y que nutren a la identidad boliviana. Pero, además, el bloque indígena-originario-campesino es el que ahora articula, organiza, lidera la construcción y los contenidos de la nación boliviana y del Estado, en la perspectiva de un Estado integral. (Nuñez, 2015, pág. 109).

### **c) Participación política de los pueblos indígenas en Bolivia.**

El reconocido intelectual boliviano Xavier Albó nos dice que:

En los inicios de la década del 70, los estudiantes aymaras iniciaron revalorar la revolución de Túpac Katari de 1781, y también generalizaron como lema, “Volveré y seré millones” frase que perteneciera a Túpac Katari. Enseguida se fundan los partidos políticos como: el Movimiento Indio Túpac Katari (MITKA) de características indianistas y el otro partido, Movimiento Revolucionario Túpac Katari (MRTK) más cercano a CSUTCB, que fuera fundado en 1979, de una tendencia más amplia de la primera. Con estos dos partidos conocidos

como “Kataristas” los indígenas lograron colocar en el parlamento algunos representantes, y que desde allí venían señalando la ideología de la nación indígena (nueva idea de país) (Albó, 2008, p. 36).

Posteriormente, se fundó el Partido Conciencia de Patria (CONDEPA) del folklorista Carlos Palenque, que en 1989 llevó al parlamento la primera “cholita de pollera”. El año de 1992, se produjo movilizaciones de los pueblos indígenas a diferentes ciudades andinas, esto con la finalidad de conmemorar la llegada a América de Cristóbal Colón con el lema “500 años de resistencia” que se propaló entre diferentes organizaciones indígenas. La presencia indígena en el poder gubernamental aumentó y marcó un hito por la elección del líder aymara Katarista Víctor Hugo Cárdenas como vicepresidente de la República de Bolivia, esta presencia fue muy importante y además, la presencia permanente de su esposa vestida con “pollera” marcó la historia del pueblo aymara en el poder político.

En el año de 1994, el indígena Aymara Evo Morales Ayma fundó su brazo político denominado “Asamblea por la Soberanía de los Pueblos”, este partido se fundamentaba en la “Ley de Participación Popular” de 1994. Con esta organización política logró presentar candidatos en las elecciones municipales de 1995, en la que ganó abrumadoramente en todos los municipios del Chapare-Chimoré. Posteriormente, este líder Aymara, en año de 1997 fue elegido como diputado y otras 3 curules por Cochabamba, convirtiéndose de esta manera como el “instrumento político” del Movimiento Campesino Indígena. En las elecciones del 2002, Evo Morales participa con su nuevo partido político MAS (Movimiento al Socialismo), esta participación será luego de que Evo ha sido expulsado de la Cámara de Diputados por haber sido

acusado como el autor intelectual de las movilizaciones sociales de los cocaleros del Chapare y por las muertes a consecuencia de la movilización. Las elecciones se llevaron a cabo el 30 de junio de 2002, en la que Evo Morales Ayma ocupó el segundo lugar con el 20.94%, logrando un total de 39 diputados (24 indígenas y quincena de no indígenas) y 03 senadores.

Por otro lado, otro líder indígena Aymara, Felipe Quispe conocido como el Mallku fundó su partido político, el 14 de noviembre de 2000 en el aniversario de la muerte de Tupac Katari, con el nombre de Movimiento Indígena Pachakuti (MIP) que fue reconocido legalmente por los órganos electorales. El Mallku participó en las elecciones del 30 de junio de 2002, en la que ocupó el 5º lugar con el 6.1%, logrando un total de cinco diputados. Así de esta manera se logró consolidar un bloque de tendencia indígena en la Cámara de Diputados que disputaron la presidencia de la República, unidos el MAS y MIP, pero perdieron, logrando ganarlos por un estrecho margen Gonzalo Sánchez de Lozada.

Asimismo, luego de varias convulsiones sociales, el MAS y MIP participaron en las elecciones de diciembre del 2005. Los resultados de las elecciones dio como ganador a Evo Morales con el 53.7%, logró en la Cámara de Diputados un total de 72 curules (55.4% del total) de los cuales 41 diputados eran indígenas, pero respecto a la Cámara alta de Senadores sólo logró tener 12 senadores (44.4%) de los que 04 eran indígenas. Por un lado el MIP sólo logró un 2.2% no logrando elegir ningún diputado, por lo que, perdió su inscripción legal.

Las elecciones generales de octubre del 2014 dejaron, nuevamente, al MAS como el gran vencedor. El partido de gobierno para el periodo 2015-2020, obtuvo el 69% de los escaños en la Cámara de Diputados (88 diputados de los 130 diputados) y el 68% en el Senado (25 senadores de los 36 senadores), Los pueblos indígenas coparon las 07 circunscripciones especiales destinadas a ellos, controlaran así en ambas Cámaras. Los partidos que le siguen, tanto en el Senado como en la Cámara, son Unidad Demócrata (UD) y el Partido Demócrata Cristiano (PDC).

Por lo que en nuestra opinión podemos decir que los pueblos indígenas tienen una amplia participación política en el gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia, esto desde la llegada al poder del MAS en alianza con las organizaciones indígenas campesinas. Como CSUTCB, CONAMAQ, CIDOB y otros. Aunque la relación entre el gobierno y los movimientos indígenas evidencia la poca tolerancia del ejecutivo a la disidencia, especialmente en el caso de CONAMAQ y CIDOB, organizaciones que han sido descalificadas públicamente como derechistas y dirigidas por ONGs y que actualmente se encuentran divididas entre facciones afines y contrarias al gobierno. Evo Morales, además, comenzó el 2015 comenzó con 75% de aprobación ciudadana, el más alto de la región (La Razón, 9/1/2015).

### **c.1. Ley del Régimen Electoral.**

En el marco de la construcción de un Estado Plurinacional e Intercultural de Bolivia, se expidió la Ley N° 026 del 30 de junio de 2010 con la denominación de “Ley del Régimen Electoral”. El objeto de dicha Ley es buscar la implementación de la democracia intercultural basada en la

complementariedad de la democracia directa y participativa, la democracia representativa y la democracia comunitaria en el Estado Plurinacional” (Ley 026, 2010, art.1).

La participación política de los pueblos indígenas se realiza por el tipo de democracia directa y participativa, la misma contempla como uno de sus mecanismos de participación a la “Consulta Previa”. Esta norma expresa que “la participación de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos a la consulta se realizará respetando sus normas y procedimientos propios” (Ley 026, 2010, art. 39). Asimismo esta norma señala que las conclusiones, acuerdos o decisiones tomadas en el marco de la Consulta Previa no tienen carácter vinculante.

También esta norma electoral prescribe que, el proceso de Consulta Previa se realiza con el acompañamiento y observación del órgano electoral plurinacional a través del Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático (SIFDE) en forma coordinada con las organizaciones e instituciones involucradas.

Por último la Ley electoral sostiene que “los pueblos indígenas participan a través de la democracia representativa en las elecciones generales bajo la denominación de circunscripciones especiales indígena originario campesinos en un número de siete (07) en cada uno de los departamentos” (Ley N° 026, 2010, art. 39). La siguiente tabla nos muestra la cuota de participación indígena para la cámara de diputados y senadores.

TABLA 4

## CUOTA DE PARTICIPACIÓN INDÍGENA EN ELECCIONES

Departamento	Naciones y pueblos indígenas minoritarios.
La Paz	Afroboliviano, Mosen, Leco, Kallawaya, Tacana y Araona.
Santa Cruz	Chiquitano, Guaraní, Guarayo, Ayoreo, Yuracase-Majeño.
Cochabamba	Yuki y Yuracaré.
Oruro	Chipaya y Murato.
Tarija	Guaraní, Weenayek y Tipiete.
Beni	Tacana, Paahuara, Itonama, Joaquiniano, Maropa, Guarasugwe, Mojeño, Sinonó, Baure, Tsimane, Movima, Cayubaba, Moré, Cavineño, Chacobo, Canicha, Mosen y Yuracaré.
Pando	Yaminagua, Pacahuara, Esse Eja, Machinciri y Tacana

Fuente: Ley N° 026.

La citada norma establece que, las circunscripciones especiales estarán conformadas por Territorios Indígena Originario Campesinos (TIOC), comunidades indígena originario campesino, municipios con presencia de pueblos indígena originario campesinos y asientos electorales los mismos deberán pertenecer a naciones o pueblos que constituyan minorías poblacionales dentro del respectivo departamento. *Por cada circunscripción especial indígena originario campesina se elegirá un representante titular y suplente por simple mayoría de votos válidos.*

#### 4.3.2. Situación social, política y jurídica de los pueblos indígenas en Colombia

##### a) Situación Social.

Los pueblos indígenas en este país están organizados en “Resguardos Indígenas”, aun no hay unanimidad en el número de pueblos indígenas, en este contexto según Konrad Adenaver Stifting “en Colombia oficialmente se han reconocido 88 pueblos indígenas con una población de 1’392,623 personas, que equivalen al 3.4% de la total nacional” (Konrad, 2009). Pero la Organización Nacional Indígena de Colombia sostiene que en Colombia existen 102 pueblos indígenas, de los cuales 18 de ellos corren el riesgo de desaparecer. La mayoría de los grupos indígenas que se encuentran en la referida situación se localizan en la Orinoquía y la Amazonia. El relator James Anaya tomando el informe de su antecesor Rodolfo Stavenhagen sostuvo que es necesario:

Movilizar ayuda internacional para la elaboración de un programa de emergencia de atención a comunidades indígenas en peligro de extinción” ya que la “precaria situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Colombia refleja el desfase entre una legislación nacional avanzada y la poca efectividad real de las instituciones encargadas de su protección, en el marco de un conflicto armado interno en el cual participan numerosos contendientes cuya acción incide en las posibilidades de supervivencia de las comunidades autóctonas. (Konrad, 2009).

Según el censo del 2005, la población indígena en un 78.6% vive en zonas rurales de los cuales el 66% habita en territorios que se encuentran dentro de cinco departamentos de Colombia: Costa Atlántica, Costa Pacífico,

Vaupes, Guainia y la Guajira. Según el Departamento Nacional de Estadística (DANE), el 63% de la población indígena vive bajo la línea de pobreza y el 47.6% no tiene los ingresos para adquirir una canasta de alimentos que cubran los requerimientos alimenticios mínimos diarios. 34.53% no tiene acceso a la salud. La tasa de analfabetismo entre 15 y 49 años es de 24.1%, mientras que solamente el 50% entre los 5 y los 25 años asiste a alguna institución educativa. Asimismo:

3 de cada 5 indígenas no tienen acceso a acueducto, 4 de cada 5 no tiene acceso a alcantarillado y 2 de cada 5 no tiene acceso a energía. La población indígena tiene una cobertura en acueducto 4 veces menor a la de los mestizos, 3.2 veces menor en alcantarillado y 9.3 veces menor en servicio de energía. (Konrad, 2009).

En los cinco años anteriores al censo del 2005, el porcentaje de indígenas que abandonaron su residencia, fue la mitad de la población mestiza. El primer motivo para tal decisión fue el riesgo de desastre natural (4.3%), le sigue, las amenazas contra la vida (3.2%), la insatisfacción de las necesidades básicas en salud y educación (2.6%) y las dificultades para obtener trabajo (1.3%).

Por un lado los pueblos indígenas de Colombia sufren violaciones a sus derechos humanos, esto por el conflicto armado interno que todavía persiste, como también por parte de grupos que persiguen intereses económicos vinculados a la explotación de los recursos naturales y el narcotráfico.

Entre los años 2002 y 2009, la ONIC (Organización Nacional Indígena de Colombia) sostiene que más de 1,000 indígenas fueron asesinados por

causas violentas (más afectados son los Nasa, Wayuu, Kankuamo, Awá, Emberá Chami), 176 indígenas fueron víctimas de desaparición forzada, 187 fueron víctimas de violencia sexual y tortura, y 636 detenciones arbitrarias. También en el mismo periodo de años, 84 indígenas habrían sido víctimas de ejecuciones extrajudiciales de los 10 casos lo habría realizado la fuerza pública.

Todos estos hechos de violaciones subsistirían a pesar de las medidas cautelares y provisionales emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “para lograr la protección del derecho a la vida, a la integridad personal y el respeto de la especial relación que tiene los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales”.

Por otra parte, la Corte Constitucional declaró que los pueblos indígenas “están en peligro de ser exterminados cultural o físicamente por el conflicto armado interno, y que han sido víctimas de gravísimas violaciones de sus derechos fundamentales individuales y colectivos [...]” (Konrad, 2009).

La ONIC, reportó que:

Entre el 2005 y 2009, 74,1000 indígenas han sido víctimas de desplazamiento forzado de sus territorios. El éxodo forzado genera efectos destructivos tanto sobre los derechos individuales de las personas pertenecientes a las etnias afectadas, como también los derechos colectivos de cada etnia a la autonomía, a la identidad y al territorio. (Konrad, 2009).

Asimismo existe el abandono y desplazamiento de su residencia por diversas causas como fumigaciones contra cultivos ilícitos, enfrentamientos entre los grupos armados y las migraciones de los territorios en los que se

movilizaron los paramilitares. Por lo que, la Corte Constitucional ordenó formular e implementar planes de salvaguarda étnica para los siguientes 34 pueblos indígenas en peligro: “Wiwa, Kankuamo, Arhuaco, Kogui, Wayúu, Embera-Katío, Embera-Dobidá, Embera-Chamí, Wounaan, Awá, Nasa, Pijao, Koreguaje, Kofán, Siona, Betoy, Sikuani, Nukak-Makú, Guayabero, U’wa, Chimila, Yukpa, Kuna, Eperara-Siapidaara, Guambiano, Zenú, Yanacona, Kokonuko, Totoró, Huitoto, Inga, Kamentzá, Kichwa, Kuiva” (Corte Constitucional, 2009).

A pesar de la difícil situación en la que se encuentran los pueblos indígenas han afirmado su autonomía y decisión de permanecer en sus territorios como condición especial para garantizar su supervivencia.

**b). Reconocimiento de los pueblos indígenas por el Estado colombiano.**

Los pueblos indígenas en este país de la Comunidad Andina de Naciones, son reconocidos de manera genérica en el artículo 7 de la Constitución establece “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”. Asimismo en el artículo 10 reconoce a las lenguas y dialectos de los grupos étnicos como oficiales en sus respectivos territorios y que la enseñanza en dichos territorios debe ser bilingüe.

Adicionalmente, la Constitución Política en el marco de los principios y valores constitucionales, también reconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas a la supervivencia como grupo diferenciado, a la propiedad de sus tierras y territorios y a la disposición y administración de los recursos

naturales que existen en ellas, a la autonomía y autogobierno y a la identidad e integridad cultural. (Constitución 1991, art. 330).

Actualmente se observa que en Colombia, los pueblos indígenas se encuentran reconocidos en resguardos indígenas. Un resguardo indígena es una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva goza de las garantías de la propiedad privada, posee su propio territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio. (Decreto Ley N° 2164, 1995, art. 21). Asimismo, la división de asuntos indígenas del Ministerio Interior ha registrado un total de 710 resguardos en todo el territorio nacional con una extensión territorial aproximada de 34 millones de hectáreas (21.8%) del territorio nacional.

### **c) Participación política de los pueblos indígenas en Colombia.**

El proceso constituyente de 1990 que elaboró la Constitución Política del Estado Colombiano de 1991, tuvo la participación de 02 representantes de los pueblos indígenas; Lorenzo Muelas y Francisco Rojas Birry, esto demuestra que la elaboración de la Constitución fue inclusiva. Esta participación logró la inclusión de unos 30 artículos en la CPE sobre diversos aspectos de los pueblos indígenas, el más resaltante es el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural de la nación, así se inició una etapa histórica trascendental de los pueblos indígenas en Colombia.

A partir de esta participación en la Asamblea Nacional Constituyente, los indígenas tuvieron un espacio de participación política constante en diferentes

procesos electorales. Se puede visibilizar dos etapas de participación política: La primera de 1991 a 1998, esta etapa se caracteriza por el aprendizaje tanto por los representantes y las organizaciones a la Asamblea y el Congreso, esta experiencia para los representantes indígenas, quienes sin mayores herramientas que las ganadas por la experiencia en el liderazgo organizativo, tuvieron que enfrentar las reglas de juego de la democracia occidental y defender su propia visión del mundo. Algunos factores como el desconocimiento de la mecánica política de los órganos de representación y la falta de estrategias para alianzas con otros actores mermaron, que iniciativas importantes para los pueblos indígenas llegaran a un buen final; la segunda etapa que es a partir de 1998, que se caracteriza por un avance significativo en la formulación y expresión de propuestas más claras sobre temas o asuntos concernientes a los pueblos indígenas, esto generó un efecto positivo de la representación en el Congreso y un mayor apoderamiento de la mecánica legislativa. En esta etapa también se consolida el partido o Movimiento Político Alianza Social Indígena (ASI) y se fortalece la representación indígena en diferentes cargos nacionales y regionales como: Congreso, alcaldías, gobernaciones, asambleas departamentales y consejos municipales respectivamente. Se constata que en las elecciones departamentales y consejos municipales del año 2000, por ejemplo se eligieron más de 20 diputados regionales indígenas y más de 100 concejales indígenas en todo el país (el 0.52% del total de concejales pertenecía a AICO y el 1.32% a ASI). Posteriormente el año 2003, el movimiento Alianza Social Indígena obtuvo 06 alcaldías, 140 concejales y 04 diputados. La fundación de partidos políticos indígenas en Colombia, necesitó la adopción de formas de organización ajena

o externas de la comunidad o pueblo, es decir, tuvo que cumplir con ciertos requisitos y formas como tener una estructura formal, ser una sucesión legal y debía ser acorde a las normas objetivas.

En la práctica la organización de un movimiento político para la participación en los procesos políticos electorales, la ONIC luego de un análisis y discusión sobre si convenía o no la representación en instancias como el Congreso de la República, tomó la decisión de crear un movimiento político denominado: Movimiento Indígena de Colombia (MIC) por supuesto con personería jurídica como partido político. En 1992 a puertas de presentar la lista de candidatos al congreso se produce la división del movimiento ASI y la de AICO, que finalmente la junta directiva del ONIC acuerda una lista única. Por otro lado las regiones de la zona Andina, conjuntamente con antiguos integrantes del movimiento, Quintín Lame, luego de su asamblea en el resguardo de Yaguara (Tolima) decide lanzar su propia lista para el Senado. Lista que presentó con el movimiento Alianza Social Indígena (ASI). También los indígenas del Cauca con la finalidad de participar en las elecciones para el Senado fundaron el Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia (AICO). Esta participación fraccionada en 03 grupos de los pueblos indígenas en las elecciones para el Senado de 1992, hizo que lograran elegir solo 03 curules una cada uno.

Los movimientos políticos AICO y ASI han mantenido representación constante en el Congreso colombiano. El Movimiento Indígena Colombiano (MIC) a pesar de haber actuado como brazo político de la ONIC en las elecciones de 1994 y 1998, desapareció para el año 2002.

En la actualidad, se verifica que sólo dos movimientos políticos indígenas están inscritas en el Consejo Electoral colombiano que son: La Alianza Social Indígena (ASI) y las Autoridades Indígenas de Colombia (AICO). Otras organizaciones políticas indígenas como el Movimiento Indígena Colombiano y el Partido Indígena Colombiano no tienen un registro en el Consejo Nacional Electoral. Para el periodo de representación 2014 al 2018 los pueblos indígenas solo lograron elegir 02 Senadores, uno por el partido ASI (Alianza Social Indígena) y otro por MAIS (Movimiento Alternativo Indígena Social) de un total de 102 y para la Cámara de Representantes, lograron elegir 05 representantes (de un total de 166), de los cuales 02 por Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia y 03 por ASI.

#### **c.1 Marco jurídico para la participación política de los pueblos indígenas.**

Se observa que, la Constitución Política vigente reconoce el derecho a la participación política para el Congreso de la República a los pueblos indígenas, estableciendo en el artículo 171 de la siguiente manera:

“La circunscripción especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas se regirá por el Sistema de Cuociente Electoral”. Al mismo tiempo en un párrafo aparte establece que “los representantes de las comunidades indígenas que aspiren integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno”.

Asimismo la participación de los pueblos indígenas para la cámara de representantes está establecida en el artículo 176 de la CPE que la cual ha sido reglamentada por la Ley 649 del 2001, el mismo en su artículo 1° señala que “debe haber una curul para las comunidades indígenas y que también deberán cumplir con los mismos requisitos que para los senadores”. Con respecto a los requisitos generales para ser elegido senador debe ser ciudadano colombiano de nacimiento y tener más de 30 años, mientras tanto para ser elegido como representante a la Cámara de Representantes deberá ser ciudadano colombiano y tener más de 25 años de edad en la fecha de elección.

Por consiguiente, la década del 90 fue un momento crucial para los pueblos indígenas ya que marcó el inicio de su participación política en los asuntos del gobierno nacional de la República de Colombia.

#### **4.3.3. Situación social, política y jurídica de los pueblos indígenas en Ecuador**

##### **a) Situación Social.**

Los pueblos indígenas en el Ecuador se encuentran organizadas en “Nacionalidades Indígenas”, actualmente en este país existen 13 nacionalidades indígenas que fueron identificados por el Censo de Población y Vivienda del 2001, de los cuales 08 se encuentran localizados en la Amazonia, 04 en la Costa y 01 en la Sierra. En una nación indígena pueden coexistir diversos pueblos o comunidades indígenas, tal es el caso de la nacionalidad Quichua en la que existen varios pueblos indígenas. La población indígena según el Censo del 2010 asciende a 1'018.176 personas indígenas, es decir

7% del total nacional que es de 14'483 499 habitantes. Los pueblos indígenas se localizan en el callejón interandino, con excepción de los Saraguros, quichuas de la Amazonia, Manta y Huancavilca, que se encuentran en la Amazonia y en la costa. El Censo del 2001 nos permite distinguir a las personas que hablan una lengua indígena 524,136 personas y 58,406 personas de la población de la nación se auto identificaron como: afroecuatoriano, mestizo, mulato, blanco u otro, y declaran hablar una lengua indígena, al final sumando estos datos estamos hablando de 582,542 personas que hablan una lengua indígena, con respecto al crecimiento poblacional según el Censo del 2001 con relación al Censo de 1990, la población no indígena creció un 22% y la población indígena registra un crecimiento poblacional de 129.1% en el mismo periodo. Los datos del Censo 2001, referente a la población indígena, según sexo; el 51.3% de esta población corresponde a mujeres, los hombres representan el 48.7%. Un porcentaje mayor de las personas indígenas se encuentran en el sector rural 82%, mientras que el 18.0% se localizan en el sector urbano. La provincia con mayor concentración indígena es Chimborazo con el 17.5%, luego Pichincha con el 11.5%, Imbabura con el 10.5%, Cotopaxi con el 10.1%, Tugurahua con el 7.9%. La Encuesta de Empleo y Desempleo del INEC en 2010, indica que, el 72.2% de los pueblos indígenas viven en la situación de pobreza y el 43.1% en extrema pobreza, mientras que la población blanca con un 25.3% en pobreza y un 7.3% en extrema pobreza. Estos datos estadísticos deben ser tomados en serio por el Estado ecuatoriano para la implementación de políticas públicas a favor de los indígenas.

**TABLA 5**  
**POBLACIÓN INDÍGENA POR CADA NACIONALIDAD**

N°	Nacionalidad	Censo 2001	
		Cantidad	Porcentaje
1	Achuar	2,404	0.3%
2	Awa	3283	0.4%
3	Cofan	1044	0.1%
4	Chachi	5465	0.7%
5	Epera	65	0.0%
6	Huaorani	1534	0.2%
7	Secoya	240	0.0%
8	Shuar	52,697	6.3%
9	Siona	304	0.0%
10	Tsa'chila	1484	0.2%
11	Zápara	346	0.05%
12	Shiwiar	612	0.1%
13	Quichua	408,395	49.2%
14	Otros pueblos indígenas	328,956	39.6%
15	Ignorado	23,589	2.8%
Total		830,418	100%

Fuente: Elaboración según Censo Nacional de Población y Vivienda de 2001.  
[www.inec.gob.ec](http://www.inec.gob.ec).

En la tabla se observa que hay nacionalidades que registran 0.0%, tales como: la Epera, Secoya y Siona. El pueblo o nacionalidad indígena Quichua es la que registra el mayor porcentaje y cantidad de personas.

**b). Reconocimiento de los pueblos indígenas por el Estado Ecuatoriano.**

El reconocimiento de los pueblos indígenas es través de la Constitución Política del 2008, el artículo 1° que establece que la plurinacionalidad e interculturalidad se constituyen como un principio jurídico que protege derechos colectivos, asimismo el artículo 10° de la Constitución, señala que “las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”. Asimismo, los artículos: 3.3, 11.2, 57, 60, 171 y 242 de la

Carta fundamental garantizan los derechos específicos de los pueblos y nacionalidades indígenas como sujetos colectivos de derechos.

También en el artículo 57 inciso 9 se reconoce a los pueblos indígenas el derecho a conservar sus propias formas de convivencia, organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad tanto en sus territorios que se les ha reconocido como en las tierras comunitarias de posesión ancestral en los que desarrollan su existencia vital.

Además establece la carta fundamental ecuatoriana, “que para el respeto y ejercicio pleno de la diversidad cultural, el Estado reconoce a los miembros integrantes de los pueblos indígenas todos los derechos que se reconoce a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra” (Constitución, 2008, art. 11.2), y con la finalidad de materializar la diversidad cultural, reconoce derechos específicos a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos (Constitución 2008, art. 10), es decir, reconoce la convivencia de los derechos del individuo como tal y el derecho de la colectividad a ser diferente y de contar con el soporte obligado del Estado para cautelar tal diferencia.

Como podemos apreciar el Estado ecuatoriano protege a los pueblos indígenas a través de su Constitución Política y busca incorporar una nueva visión del derecho en su país, el reconocimiento e incorporación de la cosmovisión de los pueblos indígenas, que los mismos difieren de la visión occidental.

**c) Participación política de los pueblos indígenas en Ecuador.**

La participación política indígena en el Ecuador se inició con el levantamiento indígena del 28 de mayo de 1990, liderado por la CONAIE, dirigida en aquel momento por el Quichua Saraguru Luis Macas, luego de oír misa en la iglesia de Santo Domingo en Quito, un grupo bien organizado de indígenas ocuparon el templo y luego cinco días después miles de indígenas empezaron a bloquear los caminos por todo el país, sobre todo en la Sierra y la realización de concentraciones en diversas ciudades importantes del país por un total de nueve días. Este levantamiento sorprendió al Estado y a la sociedad ecuatoriana ya que puso en la palestra la fuerza de un actor social que había sido ignorado e invisibilizado durante muchos años. Posteriormente a este levantamiento, en abril de 1992, la Organización de Pueblos Indígenas de Pastaza empezó la “Gran Marcha” de los pueblos indígenas de la Amazonia, a la que se sumaron muchos pueblos de la región andina, la razón fue el reclamo de la titulación de sus tierras y la fundación del Estado Plurinacional Ecuatoriano. Luego en 1996, después de un intenso debate y diálogo de las organizaciones que forman parte de la Coordinadora de Movimientos Sociales, la CONAIE y la CONFEUNASSC, lograron fundar el Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik-Nuevo País (MUPP-NP) simplemente conocido como Partido Pachakutik, el cual se constituyó en un instrumento político del movimiento indígena. Desde aquella fecha de fundación en 1996 hasta la actualidad la población indígena, ha participado en las elecciones convocados por el Consejo Nacional Electoral, tal es así que en 1996 estableció alianza con el Movimiento Nuevo País, que fue liderado por el periodista Fredy Ehlers que llegó a ocupar el tercer lugar en las votaciones para la presidencia de la

República, además logró ganar 08 diputaciones. En las elecciones de 1997 para la asamblea constituyente el Movimiento Pachakutik logró que se eligiera el 10% del total, es decir 07 asambleístas de un total de 70. En las elecciones de 1998, el Movimiento Pachakutik ganó 08 diputados, 11 alcaldes y 72 consejeros. Posteriormente el año 2000 logró ganar 20 alcaldías en votación sin alianza y 07 en alianza, 05 prefectos, 86 concejales, 17 consejeros y 461 representantes a juntas parroquiales. En 2002 el Movimiento Pachakutik logró aliarse con el Partido Sociedad Patriótica de Lucio Gutiérrez, que por supuesto ganaron las elecciones, pero el triunfo sólo duró muy poco ya que el distanciamiento indígena del gobierno fue desde enero del 2003 hasta que al fin el 6 de agosto de 2003 se produjo la ruptura con el gobierno de Lucio Gutiérrez. Esta experiencia amarga de la CONAIE que lo debilitó en su organización ya que el gobierno de Lucio Gutiérrez creó una organización indígena paralela y oficialista Federación de Pueblos Indígenas Campesinos y Negros del Ecuador (FEDEPICNE). Luego de la ruptura con el gobierno la CONAIE con su líder principal Leónidas Iza, convocaba a movilizaciones pero con poco éxito. En marzo del 2005, los pueblos indígenas organizaron una multitudinaria marcha contra la inminente firma del TLC, que de hecho detuvieron dicha firma y también la anulación del contrato con el Occidental Petroleum "OXY".

La elección del Presidente Rafael Correa en el año 2006, no significó la presencia indígena en el gobierno, a pesar de que el movimiento indígena votó en la segunda vuelta por Correa. En las elecciones de la Asamblea Constituyente de 2007, el partido de Rafael Correa, Alianza País logró 79 asambleístas de los 130, en cuanto al Movimiento Pachakutik sólo 5

asambleístas y 10 indígenas independientes, es entonces de esta realidad estadística se ve que la presencia indígena en la Asamblea Constituyente fue mínima a diferencia de la del 1998. El 22 de octubre del 2007, el CONAIE realizó una marcha con aproximadamente 10,000 personas e hicieron la clausura simbólica del Congreso y la entrega de parte de Luis Macas, la propuesta de su “Nueva Constitución por el Estado Plurinacional” a Alberto Acosta. La participación política de los indígenas en el Ecuador se realiza en el marco del artículo 15 de la Constitución. Bajo este marco los pueblos indígenas en las elecciones del 2013 instauraron un singular escenario político, en el que tanto *Pachakutik* como la CONAIE participaron en alianza, esto con la finalidad de hacerle frente a Alianza País de Rafael Correa, al final lograron el 13.4% de los votos y colocaron sólo 04 asambleístas provinciales en la Asamblea Nacional.

#### **4.3.4. Situación social, política y jurídica de los pueblos indígenas del Perú**

##### **a) Situación Social.**

A la fecha el Estado peruano no ha determinado oficialmente la cantidad exacta de indígenas que hay en el Perú, esto debido a dos razones: primero por la posición del Estado peruano de formular identidades campesinas, nativas e indígenas, por lo que los pueblos indígenas peruanos que se encuentran habitando en la costa y sierra no se reconocen como “indígenas” sino como “campesinos” (lo que ha hecho difícil su identificación cuantitativa); segundo que el Instituto Nacional de Estadística e Informática no ha considerado a los pueblos indígenas de la costa y sierra en el Censo del año

2007, mientras que si considero a las comunidades nativas de la Amazonia en el “II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonia Peruana 2007”. Este Censo estimó que la población indígena peruana de la Amazonia es de 332,975 personas indígenas, siendo los más numerosos los Ashainkas y Awajún que concentrarían el 43% del total de población indígena de la Amazonia. Asimismo determinó que la población amazónica representa el 1.21% de la población censada del país, viven agrupados en 52 pueblos étnicos y en 1786 comunidades indígenas. Las razones expuestas han dificultado que el propio Estado tenga dificultades para identificar el número de pueblos indígenas en el territorio nacional.

La actitud estatal de excluir de las estadísticas oficiales a los pueblos indígenas de la costa y sierra fue una decisión política de minimizar o desconocer la demografía indígena de estas regiones. El no haber considerado en el Censo del 2007 a los pueblos indígenas de la sierra y costa tanto el criterio objetivo de la “lengua” y criterio subjetivo de la “conciencia de identidad indígena”, además esta actitud nos demuestra que el Estado no reconoce la existencia de pueblos indígenas en algunas regiones (costa y sierra), por lo que estos son invisibilizados de las estadísticas oficiales y apartados de las políticas públicas, como por ejemplo de la políticas sociales de salud, educación, etc.

Por otro lado un estudio realizado por la CEPAL, haciendo cruce de la información obtenido en el Censo de 2007, nos indica que “el Perú es el país con mayor cantidad de población indígena de América Latina con un 24% del total de la población nacional”. (Ribotta, 2010, pág. 12). Según el Censo del 2007, el Perú cuenta con 27'053,324 habitantes de los cuales 6'489,109 son

indígenas, es decir el 24%, esto lo ubica en el primer lugar en América Latina seguido por México con 6.1 millones de indígenas.

Según Bruno Ribotta (2010) la población indígena que habita en el Perú se distribuye de la siguiente manera: el 60% vive en el área rural y el 40% vive en el área urbano, el 70.1% en la Sierra; 25.8% en la costa y 4.1% en la selva. Con respecto al analfabetismo el 15.5% de la población indígena es analfabeta y la población no indígena registra un 7.2% de analfabetismo. Este dato nos dice que el mayor porcentaje de analfabetismo se encuentra entre los indígenas. El 26.8% de las viviendas particulares de los indígenas tienen abastecimiento de agua inadecuada. (pág. 25).

Según el INEI al 30 de junio del 2014 las tasas de pobreza total 23,9 % e indigencia (pobreza extrema) 4,7 %, de los que la mayoría son indígenas.

Estos datos no son suficientes para determinar cuántos pueblos o grupos étnicos existen en el Perú exactamente entre las tres regiones (costa, selva y sierra). Para cubrir este vacío, el Ministerio de Cultura viene realizando la creación de base de datos para determinar la cantidad exacta de pueblos indígenas, las características y sus organizaciones representativas de los pueblos indígenas. Sin embargo según, el Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA) existen en el Perú 77 etnias o pueblos indígenas, 68 lenguas pertenecientes a 16 familias etnolingüísticas.

**TABLA 6**  
**PUEBLOS INDÍGENAS DEL PERÚ**

<b>ETNIAS DEL PERÚ</b>				
N°	Familia lingüística	Lengua indígena	Autodenominación	Región
I	Araw	1. Asháninka 2. Ashéninka 3. Atiri 4. Caquinte 5. Chamicuro 6. Madija 7. Matsiguenga 8. Resígaro 9. Yanasha 10. Yine	1. Asháninka 2. Ashéninka 3. Atiri 4. Caquinte 5. Chamicuro 6. Madija 7. Matsiguenga 8. Resígaro 9. Yanasha 10. Kapexuchi Nawa	Madre de Dios Cerro de Pasco Loreto
II	ARU	11. Aymara 12. Jakaru	11. Aymara 12. Jakaru	Puno Arequipa Lima
III	CAHUAPAN A	13. Campo-Piyapi 14. Shiwlu	13. Campo-Piyapi 14. Shiwlu	
IV	ROMANCE	15. Castellano	15. Comunidades Costa	
V	HARAKMBUT	16. Amarakaeri 17. Arasaire 18. Huachipaeri 19. Kisamberi 20. Pukirieri 21. Sapiteri 22. Toyoeri	16. Amarakaeri 17. Arasaire 18. Huachipaeri 19. Kisamberi 20. Pukirieri 21. Sapiteri 22. Toyoeri	
VI	HUITOTO	23. Dyo' xaiya o Ivo'tsa 24. Meneca 25. Miamuna 26. Muinane 27. Murui	23. Dyo' xaiya o Ivo'tsa 24. Meneca 25. Miamuna 26. Muinane 27. Murui	
VII	JÍBARO	28. Achuar 29. Awajun 30. Candoshi-Shappra 31. Jíbaro 32. Shuar-Wampis	28. Achuar 29. Awajun 30. Candoshi-Shappra 31. Jíbaro 32. Shuar-Wampis	
VIII	PANO	33. Iscobaquebu 34. Joni 35. Junikuin 36. Masrronahua 37. Matsés 38. Morunahua 39. Nuquencaibo 40. Onicoín	33. Iscobaquebu 34. Joni 35. Junikuin 36. Masrronahua 37. Matsés 38. Morunahu 39. Nuquencaibo 40. Onicoín	

		41. Parquenahua 42. Pisabo 43. Uni 44. Yaminahua 45. Yora	41. Parquenahua 42. Pisabo 43. Cashibo Cacataibo 44. Yaminahua 45. Yora	
IX	PEBA-YAGUA	46. Yihamwo	46. Yihamwo	
X	QUECHUA	47. Ancash – Yaru	47. Vicos 48. Yaruvilcas	Ayacucho
		48. Ayacucho – Cusco	49. Chancas 50. Chopccas 51. Quero 52. Wari	Cajamarca
		49. Cañaris – Cajamarca	53. Cajamarca 54. Cañaris	
		50. Chachapoyas – Lamas	55. Llacuash	
		51. Jauja – Huanca	56. Huancas 57. Tarumas 58. Xauxas	Huancayo
		52. Napo - Pastaza – Tigre	59. Alamas 60. Ingas 61. Quichua	
		53. Santarrosino 54. Supralecto - Yauyos	62. Kichwaruna 63. Yauyos	
X	Sin clasificación	55. Aguano 56. Duüxügu 57. Kachá Edze 58. Walingos	64. Aguano 65. Duüxügu 66. Kachá Edze 67. Walingos	
XII	TACANA	59. Ese'ejja	68. Ese'ejja	Madre de dios
XIII	TUCANO	60. Aido pa 61. Maijuna 62. Monichis	69. Aido pa 70. Maijuna 71. Monichis	Loreto
XIV	TUPI-GUARANÍ	63. Cocama-Cocamilla 64. Omagua	72. Cocama-Cocamilla 73. Omagua	Loreto
XV	URO-CHIPAYA	65. Uro	74. Uros	Puno
XVI	ZAPARO	66. Sempdesigner 67. Ite'chi 68. Tapueyowaca	75. Iquito 76. Ite'chi 77. Tapueyocuaca	

Fuente: Elaboración propia en base al mapa etnolingüístico del Perú disponible en [www.indepa.gob.pe/hqfyguyagf](http://www.indepa.gob.pe/hqfyguyagf)

De la tabla se desprende que 16 pueblos indígenas se localizan en la región andina, 60 se encuentran ubicados en la Amazonía y 01 en la región de la costa.

**b) Reconocimiento de los pueblos indígenas por el Estado peruano.**

El Estado peruano se desarrolló en un contexto nacional conformado por muchos pueblos indígenas, es decir, el Perú es un país multiétnico, pluricultural y plurilingüe. El Estado a través de la Constitución Política de 1993, otorga reconocimiento, en el artículo 89 establece que: “las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas [...]. El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas”. Asimismo el artículo 2.19 reconoce el derecho de la identidad étnica y cultural y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación. Estas prescripciones normativas de la Constitución reconocen de manera genérica a los pueblos indígenas como “Comunidades Campesinas y Nativas”. También la Constitución reconoce las lenguas de los pueblos indígenas, el artículo 48 señala: “son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominan, también lo son el Quechua, el Aymara y las demás lenguas aborígenes, según la ley” que es complementado por el artículo 2° inciso 19 párrafo segundo que establece que “todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete”. Asimismo, la Ley de Protección a la Diversidad Biológica y de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, reconoce a los pueblos indígenas-originarios como:

Aquellos que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantiene una cultura propia, un espacio territorial y se auto reconocen como tales. En estos se incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactado, así como a las comunidades campesinas y nativas. (Ley N° 27811, 2002, art. 2.a).

Por otro lado, la Ley 24656 del 13 de abril de 1987, Ley General de Comunidades Campesinas reconoce a las comunidades campesinas como:

Organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, que están integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, que están ligados por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país. (Ley N° 24656, 1987).

Como podemos observar, este reconocimiento poco claro y ambiguo de los pueblos indígenas como comunidades campesinas, por el Estado peruano no se ajusta a lo desarrollado en el ámbito del Derecho Internacional, esta situación genera su marginación y exclusión de las políticas públicas de desarrollo nacional.

#### **b.1. La normatividad peruana sobre lo indígena, campesino y nativo.**

El antecedente más antiguo de regulación se encuentra en la Constitución Política de 1920, en la que se reconoció lo indígena como objeto de protección. En el artículo 58 aquella norma señalaba que: “el Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan”. Como se aprecia, a la fecha diversas normas mantienen el reconocimiento y la protección de lo indígena, sin embargo, estas normas se han adaptado parcialmente a los cambios en el Derecho Internacional introducidos por el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones

Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En la Constitución de 1933 y el Código Civil de 1936, se estableció la categoría o denominación de “comunidades indígenas”, de esta manera se relacionó su reconocimiento a la protección de sus tierras, pero sin definir de manera explícita quién es indígena.

A diferencia de la Constitución de 1920 que consideraba “indígena” o “comunidades indígenas”, la actual Constitución Política del Estado de 1993, establece el reconocimiento de las “comunidades campesinas y nativas”. Posterior a la promulgación de la Constitución de 1993, el Estado peruano ratificó el Convenio 169 de la OIT, a través de la Resolución Legislativa N° 26253, el 05 de setiembre de 1993, en la que establece la categoría jurídica de “pueblos indígenas”. Respecto a estas diferentes denominaciones legales peruanas que generan “confusión”, La Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendación de la OIT, señaló que: “el concepto de pueblos es más amplio que el de comunidad y los engloba y que cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b) del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio”. Posteriormente a la ratificación del Convenio 169 de la OIT, las normas jurídicas peruanas han usado indistintamente las categorías de “comunidades campesinas y comunidades nativas” y las categorías de “pueblos indígenas u originarios” del Convenio 169. Por ejemplo tenemos la Ley N° 28736, del 16 de mayo de 2006, Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de

Contacto Inicial, adopta la denominación del Convenio 169 de “pueblos indígenas”, pero hace referencia en su artículo 8° la protección de tales pueblos indígenas de modo analógico a las “comunidades nativas”. Otro ejemplo que debemos destacar es, la Ley N° 29785, del 6 de septiembre de 2011, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios Reconocido en el Convenio 169 de la OIT, que hace referencia a la denominación de “pueblos indígenas u originarios”, pero también usa las categorías de “comunidades campesinas y nativas” en su artículo 7°. No obstante, en este artículo, esta Ley hace una salvedad que busca evitar que tantas denominaciones para los pueblos indígenas generen alguna desigualdad de situación jurídica señalando que “...las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos”.

De lo expresado anteriormente podemos manifestar que el Estado peruano, ha tratado de garantizar los derechos de los pueblos indígenas adaptando las categorías jurídicas heredadas de la reforma agraria (comunidades campesinas y comunidades nativas) al Convenio 169 de la OIT.

### **c) Participación política de los pueblos indígenas en Perú.**

Desde la fundación de la República en 1821, la participación de los pueblos indígenas en la vida política fue restringida, ya que sólo estaba reservada para un pequeño grupo de notables o descendientes directos de los españoles, los cuales eran considerados como “ciudadanos” debido a su riqueza y origen social no indígena, el investigador Ramón Pajuelo Tevez citando a Aníbal Quijano nos dice “la exclusión sistemática de la ciudadanía y

participación política a la que fue sometida la población indígena, fue uno de los mecanismos centrales de la construcción del Estado republicano sobre la base de la colonialidad del poder” (Pajuelo , 2007, p. 18). Asimismo, la exclusión política de la población indígena, fue por la ausencia de políticas estatales dirigidas a este segmento mayoritario de la población del Perú. Durante todo el siglo XIX, los pueblos indígenas solamente eran considerados como base de la recaudación del “tributo indígena” y como reserva de mano de obra gratuita. Formalmente, la participación política de los pueblos indígenas, sólo se da con el derecho al voto con la Constitución política de 1979. En efecto, esta norma no establecía requisitos previos para votar en las elecciones, excepto la mayoría de edad. De este modo los pueblos indígenas pudieron iniciar su participación en los procesos electorales, ya que se les reconocía el derecho a voto alcanzada la mayoría de edad.

Hasta el año 2001 los pueblos indígenas del Perú no tuvieron ninguna participación política, ni en el poder ejecutivo ni en el poder legislativo. Sólo en el año 2001 lograron elegir una congresista indígena Paulina Arpasi Velázquez de la comunidad de Collacachi de la zona sur de la provincia de Puno. Arpasi fue la primera mujer Aymara que logró un escaño en el Congreso de la República del Perú, esto por su participación de su candidatura en el partido político “Perú Posible”. La participación de Arpasi en el Congreso fue discriminatoria por comunicarse en español con accidentes gramaticales, es decir, por no hablar el castellano con fluidez. En las elecciones generales del año 2006 fueron elegidas dos lideresas indígenas quechuas para el Congreso: Hilaria Supa Huamán y María Sumire Conde por el partido político “Unión por el Perú”. El día de la ceremonia de juramentación, ambas decidieron juramentar

en la lengua Quechua, pero fueron objeto de crítica por Marta Hildebrandt, quien dijo que no es posible juramentar en el Congreso de la República en Quechua, porque el idioma oficial es el castellano.

Posteriormente en las elecciones del año 2011, fue elegido un indígena del pueblo indígena Awajun Eduardo Nayap, como representante por la región Amazonas dentro del partido político “Gana Perú”. Se observa que estos casos de elección de representantes indígenas para el Congreso son casos aislados, porque en el Perú todavía no existe una política formal de inclusión a los pueblos indígenas en las elecciones nacionales para representantes en el Congreso de la República.

Se observa que, sólo se faculta a los pueblos indígenas para su participación política en los procesos electorales, por el Estado peruano mediante la creación de cuotas electorales para las elecciones regionales y municipales desde el año 2014. Conforme los artículos 12.3 de la Ley N° 29047, de elecciones regionales, y 10.3 de la Ley N° 28869, de elecciones municipales, que establecen un 15% de cuota para candidatos indígenas. En el marco de esta realidad normativa se ha alcanzado elegir en los espacios regionales y locales a los indígenas como representantes de la sociedad (no como auténticos representantes de sus pueblos). Sin embargo, en el nivel de elecciones nacionales para el Congreso de la República no se establece cuotas para los pueblos indígenas y que tampoco existe hasta ahora un partido político indígena, por estas razones muchas veces, los pueblos indígenas, tienden a incorporarse en las estructuras de los partidos políticos existentes, es decir no se ha reservado escaños parlamentarios para dichos pueblos indígenas.

En consecuencia, el Estado peruano tiene pendiente la tarea de reconocer y de incluir espacios de participación política indígena en los procesos electorales, que reviertan la limitada participación política indígena en el nivel nacional y en un mayor medida en los niveles regionales y municipales.

#### **4.4. LA IMPLEMENTACIÓN EN LA PRÁCTICA DE LA CONSULTA PREVIA EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES**

En esta parte de nuestra investigación tomaremos como ejemplos de análisis e interpretación los casos emblemáticos de cada país integrante de la Comunidad Andina.

##### **4.4.1. BOLIVIA: la Consulta Previa en el TIPNIS**

En este país el caso más emblemático encontrado es la consulta que el gobierno ha realizado en el TIPNIS, la misma se realizó desde el 29 de julio al 7 de diciembre del 2012, este proceso de consulta se realizó a las comunidades indígenas: Mojeños, Trinitarios, Chimanos y Yuracares que habitaban el territorio indígena y parque nacional. La consulta se llevó a cabo sobre la intangibilidad del TIPNIS y el desarrollo de las obras relativas a la construcción de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, entre el departamento de Beni y Cochabamba.

Este caso de la Consulta Previa en el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS), se debió realizar con la observancia de la Ley N° 180 del 24 de octubre de 2011, norma que establecía sobre la intangibilidad del TIPNIS que lo había declarado como patrimonio sociocultural y natural, asimismo esta Ley establecía que “la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos no atravesaría dicho territorio” (Ley N° 180, 2011, art. 1 y 4).

Posteriormente, después de la marcha de los pueblos del TIPNIS a la ciudad de La Paz, se promulgó la Ley N° 222 de fecha 10 de febrero de 2012, Ley de consulta a los pueblos indígenas del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore TIPNIS, el objetivo principal de esta norma fue convocar al proceso de Consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas mencionados, además ordenó “la ejecución inmediata de los acuerdos logrados en materia legislativa o administrativa por la Asamblea Legislativa Plurinacional y por el órgano ejecutivo” (Ley N° 222, 2012, art. 1 y 11), y, por otro lado, que este proceso de consulta se lograría en un plazo máximo de 120 días desde su promulgación. Sin embargo, el 7 de septiembre de 2012, se emitió la Ley N° 273, el mismo en un artículo único amplió el plazo de la Consulta Previa hasta 301 días.

La Consulta Previa en el TIPNIS no se pragmatizó tal como se establecía en la Ley N° 222, porque el 27 de febrero del 2012 se planteó la acción de inconstitucionalidad de los diversos artículos de la referida Ley y por otra parte también se planteó la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley N° 180 de fecha 28 de febrero de 2012, el Tribunal Constitucional emitió la Sentencia N°0300/2012 de fecha 18 de junio del 2012 de las demandadas en forma acumulada, el 18 de junio de 2012, en la que entre otras cosas ordenó la realización de la Consulta Previa en el TIPNIS, asimismo declaró la constitucionalidad de los artículos de las leyes accionadas.

El desarrollo de la Consulta Previa se llevó a cabo a los pueblos indígenas Yuracarés, Mojeño-Trinitario y Chimanés, quienes son titulares del derecho de la Tierra Comunitaria de Origen TIPNIS, éstos tres pueblos amazónicos que tienen origen en la familia lingüística Arawak (mojeño-trinitario)

y en las familias lingüísticas aisladas de la selva alta amazónica (Yuracarés y Chimanes).

Estos pueblos viven organizados en 64 comunidades, con una población aproximada de 11,000 indígenas en el territorio mencionado. Respecto de los resultados de la consulta, el Tribunal Supremo Electoral señaló “que de 58 comunidades consultadas, el 82% ha rechazado la intangibilidad del TIPNIS, garantizada por ley N° 180, el 80% ha aprobado la construcción de la carretera Villa Tunari – San Ignacio de Moxos” (Tribunal Supremo, 2012, p. 13). A la fecha dicha carretera viene siendo construida en sus diferentes tramos.

#### **4.4.2. COLOMBIA: la Consulta Previa al pueblo U'wa.**

En el año de 1992, la Sociedad Occidental Petroleum de Colombia Inc, en base a un contrato de asociación celebrado con Ecopetrol, para la explotación de hidrocarburos en Colombia, inició los trámites necesarios ante el INDERENA para la obtención de la respectiva Licencia Ambiental, necesario para la realización de exploraciones sísmicas para el desarrollo del proyecto de explotación de hidrocarburos denominado “Explotación Sísmica Bloque Samore” con el objetivo de constatar la existencia de pozos o yacimientos petroleros en la zona que comprende los municipios de Saravena, Tame, y Fortul departamento de Arauca, Cubara en el departamento de Boyacá y Toledo en el departamento de Norte Santander, con una extensión territorial aproximada de 208,934 hectáreas, dentro del territorio que comprende resguardos indígenas y parques naturales.

Por su parte el Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables y del Ambiente (INDERENA), a través de las Subgerencias del Medio Ambiente y

Bosques, Aguas y Suelos realizó diferentes estudios que sirvió de base a los conceptos técnicos en las que se basó para dar la viabilidad de la ejecución del proyecto, con la salvedad de que no podía realizar actividades de prospección sísmica en las áreas de los parques nacionales naturales de Tamá y el Cocuy. El proceso administrativo tramitado en el INDERENA con el número 031-92, se transfirió por competencia al Ministerio del Ambiente. El 19 de julio de 1994, la Subdirección de Ordenamiento y Evaluación Ambiental del Ministerio del Ambiente, emitió el concepto técnico N° 090, en el que acogió en su totalidad los conceptos técnicos de INDERENA y consideró viable la ejecución del proyecto.

Posteriormente, los días 10 y 11 de enero de 1995 se realizó una reunión entre algunos miembros de la comunidad U'wa y representantes de los Ministerios de Minas y Energía y del Medio Ambiente, ECOPETROL y la Occidental Petroleum de Colombia Inc. Acto seguido el 3 de febrero de 1995, el Ministerio del Ambiente procedió a expedir la resolución N° 110, mediante el cual otorgó la licencia ambiental respectiva.

Como podemos observar, en este caso, el Estado través del Ministerio del Ambiente consideró una simple reunión como un proceso de consulta y participación para tomar dicha decisión sobre el pueblo indígena U'wa. Por un lado, la Occidental Petroleum de Colombia Inc, manifestó y presentó como prueba de las acciones de concertación, consulta y comunicación con la comunidad indígena U'wa, un cuadro de resumen de reuniones realizadas entre la referida comunidad indígena y la empresa mencionada, en algunos casos con presencia de autoridades públicas, entre los meses de abril de 1993 y el 21 de julio de 1995.

En las reuniones mencionadas se ve la participación de 68 indígenas, también hubo participación de algunos dirigentes de la comunidad, esta información fue verificada por la Dirección de Asuntos Indígenas de Colombia, esto nos demuestra que el proceso de consulta con la comunidad U'wa sólo obedeció el cumplimiento de un simple requisito de forma. Además manifiesta, “que es evidente que la opinión de la comunidad, la exposición de motivos del proyecto, la solicitud de participación de los U'wa en los trabajos a desarrollarse, la metodología de trabajo y los mecanismos de solución de conflictos y otros. Fueron aspectos que tuvieron en cuenta durante dicho proceso. Adicionalmente se han vinculado varios miembros de la comunidad U'wa como trabajadores del proyecto de prospección sísmica en el territorio no indígena; por lo tanto mal se puede señalar que una actividad como la prospección sísmica en territorio indígena; pone en peligro los valores y fundamentos de una cultura si sus propios miembros manifiestan, con el aval de la entidad tutora de sus derechos su voluntad de vincularse para trabajar en esa actividad”. También la compañía Petroleum Occidental ha buscado que todas y cada una de las personas que lleguen a la zona cumplen un estricto reglamento dirigido a respetar y hacer respetar a todas las comunidades y a los U'wa en particular. Es por ello que durante el trabajo de campo, se ha impartido instrucciones y normas.

Como podemos verificar en este caso, el proceso de Consulta Previa no se llevó a cabo y además no se cumplió con el procedimiento establecido por el Convenio 169 de la OIT y con los estándares establecidos en los instrumentos jurídicos internacionales.

#### **4.4.3. ECUADOR: el proceso de consulta prelegislativa a los pueblos indígenas del Ecuador sobre Ley de aguas**

El caso más importante y emblemático de Consulta Previa en Ecuador fue realizado por la Asamblea Nacional Ecuatoriana, para la expedición de la Ley de Aguas realizó el proceso de consulta prelegislativa a los pueblos indígenas, para lo cual previamente tuvo que aprobar un procedimiento normativo, es decir, la Asamblea Nacional para garantizar y respetar el derecho a la Consulta Previa, tuvo que aprobar un “Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa”, a través de una Resolución Legislativa que ha sido publicado el 27 de junio de 2012 en el Registro Oficial. Esta normativa tiene como antecedente la Sentencia de la Corte Constitucional N° 001-10-SIN-CC de 21 de abril del 2010, en la que determinó que “la Asamblea Nacional es el órgano responsable de llevar a cabo la consulta prelegislativa”. Bajo este marco, la Asamblea Nacional realizó la consulta prelegislativa a los pueblos indígenas del Ecuador los meses de abril y mayo del año 2014, acto que consistió en tres etapas: En la primera etapa participaron 1494 organizaciones de primer grado de todo el país, en la segunda etapa la participación de 115 organizaciones de segundo grado que se deliberó en 22 audiencias públicas provisionales y la última fase en la que participaron 17 organizaciones nacionales de los pueblos y nacionalidades convocados de tercer grado, esta audiencia final tuvo lugar en el salón José Mejía Lequeria de la Asamblea Nacional, el 9 de mayo de 2014, la misma fue precedida por la Comisión de Soberanía Alimentaria y la Mesa de Diálogo Nacional. Para ello han sido convocados las siguientes organizaciones representativas: La Asociación de Negros del Ecuador; Asociación Ecuatoriana de Juntas de Usuarios de los

Sistemas de Riego; Federación de Organizaciones Pesqueras y Análogos del Ecuador; Federación de Organizaciones Montubias del Ecuador; Corporación Nacional Campesinas y Montubias del Litoral; Movimiento Indígena y Campesino de Cotopaxi, Consejo Nacional de Organizaciones y Movimientos Sociales (CONAMOS), CONAIE, Confederación de Nacionalidades y Pueblos Indígenas de la Costa Ecuatoriana (CONAICE); Confederación Nacional de Organizaciones Campesinas Indígenas y Negras de la Ecuador, FENOCIN; FENACLE; Nacionalidad Waori del Ecuador; Red de Organizaciones Sociales y Comunitarias en la Gestión del Agua del Ecuador; FEI; Pueblo Montubio del Ecuador; Consejo de Pueblos y Organizaciones Evangélicas del Ecuador.

Como resultado final de este proceso de consulta previa se tiene que no se registraron disensos sobre los contenidos sustantivos del proyecto de “Ley Orgánica de Recursos Hídricos, usos y aprovechamiento del agua”. En cuanto a los consensos acordados fueron: La administración y conservación de los lugares sagrados en relación con el agua la realicen las entidades u organizaciones de pueblos y nacionalidades indígenas en cuyas tierras o territorios se encuentren, la realización de un inventario participativo e integral de los lugares rituales y sagrados relacionados con el agua, entre otros.

Los resultados de la consulta prelegislativa, los consensos y acuerdos fueron incorporados en el articulado del Proyecto de Ley, tal como lo ordena el artículo 19 del instructivo. Por último, esta consulta tuvo un fin positivo y la “Ley Orgánica de Recursos Hídricos, usos y aprovechamientos del agua” ha sido aprobada y expedida por la Asamblea Nacional en la sesión del 31 de julio de 2014, y que finalmente ha sido publicado como Ley 305, el 06 de agosto del 2014.

#### **4.4.4. PERÚ: Consulta Previa sobre el reglamento de Ley de consulta previa**

Se realizó la Consulta del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, el cual se había iniciado, el 22 de noviembre del 2011, con la instalación de la Comisión Multisectorial. Posteriormente, del 06 al 16 de enero del 2012 se realizaron 06 audiencias, la etapa de diálogo intercultural, se llevó a cabo en un escenario en aquel entonces el que el presidente Ollanta Humala, había decidido impulsar el desarrollo económico con la extracción de los recursos naturales y sin considerar una adecuada relación entre estas actividades y el respeto al medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas del Perú.

El proceso de la Consulta se había iniciado con la participación de seis organizaciones indígenas nacionales (AIDSEP, CCP, CNA, ONAMIAP, CONACAMI y CONAP) y el INDEPA, los mismos acordaron la realización de cinco audiencias macrorregionales (Iquitos, Bagua, Chiclayo, Cusco, Huancayo) y un encuentro nacional en Lima. Muchas organizaciones nacionales y regionales solicitaron su inclusión en la Comisión Multisectorial y su participación en los encuentros macrorregionales; ya que no se encontraban representadas en las seis organizaciones que el Gobierno identificó. Esta situación impidió que las organizaciones regionales participaran en la etapa de evaluación interna del Reglamento. Por otro lado, existieron problemas logísticos tales: como el cambio de fechas de algunos encuentros, lugares inadecuados para el desarrollo de los mismos, la deficiente provisión de alimentos para los participantes, esta situación generó malestar y un justificado rechazo por parte de los líderes y dirigentes que asistieron a los encuentros.

Además, estos encuentros mostraron que el Gobierno no aseguró la publicidad ni la información necesaria sobre el Reglamento de la Ley de Consulta Previa (Ley N°29785, 2011, art. 8) que iba a ser consultado a los pueblos indígenas. Esta realidad se visibilizó en los encuentros macrorregionales, pues los participantes no conocían el contenido ni los alcances del referido Reglamento propuesto de la Ley y en muchos casos no se tuvo acceso a la misma. Esta situación de desinformación dificultó la discusión sobre los temas de fondo del Reglamento.

Se observa que, en el encuentro nacional, realizado en Lima, las organizaciones indígenas debatieron y evaluaron la continuidad de su participación en la etapa de diálogo intercultural para la elaboración del reglamento. En la última etapa solo dos organizaciones, CONAP y CCP decidieron continuar participando en el proceso de consulta con aportes y opiniones concretos para el Reglamento; mientras que las otras organizaciones: AIDSESP, CONACAMI, CNA y ONAMIAP decidieron no continuar participando en el proceso de elaboración del Reglamento de la Ley. A pesar de que, cada una de estas organizaciones elaboró aportes y alcances respecto del derecho a la Consulta Previa.

El proceso de diálogo a pesar del retiro de cuatro organizaciones había continuado bajo el impulso del Viceministerio de Interculturalidad, como se dijo anteriormente siguió solo con la participación de dos organizaciones nacionales: CONAP y CCP, en sesiones interdiarias en las que se discutió el contenido del reglamento, artículo por artículo. Ante la negativa en un inicio del Viceministerio de Interculturalidad de trabajar en el marco de una metodología, las dos organizaciones indígenas que venían participando en el proceso

anunciaron su decisión de retirarse del proceso. Pero en seguida, esta situación fue superada cuando al interior de la Comisión, y después de un amplio debate y discusión, se aprobó la elaboración de un acta con la metodología consensuada. Por último, terminada las sesiones y revisado en su integridad el documento del reglamento, el mismo pasó a la Presidencia del Consejo de Ministros para su revisión, aprobación y posterior publicación.

Antes de la aprobación y publicación del Decreto Supremo que aprueba el Reglamento, Instituciones como la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, se han pronunciado con un informe respecto de los aspectos observados en el proceso de Consulta Previa realizado.

Finalmente, el 3 de abril de 2012 fue publicado el Decreto Supremo 001-2012-MC, mediante el cual se aprobó el Reglamento de la Ley 29785 de Consulta Previa. Las organizaciones integrantes del denominado Pacto de Unidad liderado por CONACAMI, mostraron su disconformidad con la decisión del Gobierno de haber aprobado el Reglamento y habían anunciado una acción de inconstitucionalidad contra la Ley de Consulta Previa y la posibilidad de recurrir a instancias internacionales para garantizar la protección del derecho a la consulta. Por su parte, la CCP saludó la aprobación del Reglamento y la CONAP mediante un pronunciamiento público, expresó sus críticas y rechazo al reglamento aprobado y exigió que se cumpla con los acuerdos tomados consensuados en el proceso de diálogo.

**a) Acuerdos no respetados del Proceso de Consulta Previa.**

Se observa que el día 5 de marzo del 2012, para la solemnidad del caso y como conclusión de la etapa de diálogo del proceso de consulta del

Reglamento, los representantes de los viceministerios, los representantes de la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP) y los representantes de la Confederación Campesina del Perú (CCP), firmaron el acta final que consignó los puntos consensuados y las observaciones en los aspectos en los que no se lograron acuerdos.

Este proceso terminó con la aprobación y publicación del Reglamento, en la que no se ha respetado los acuerdos consignados en el acta final tal como lo ordena, el artículo 15 de la Ley de Consulta Previa, segundo párrafo que señala: “El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes”, este incumplimiento de acuerdos, ha sorprendido a las dos organizaciones indígenas que participaron hasta el final y que el texto final del Reglamento, contenga cinco artículos en los que no se han respetado los acuerdos a los que llegaron el Estado y las organizaciones indígenas, en el proceso de consulta del Reglamento.

En la siguiente tabla se puede observar las diferencias entre los textos aprobados y los textos consignados en el acta final de acuerdos de la etapa de diálogo de consulta, en la columna derecha constan los textos consensuados entre el Estado y las organizaciones indígenas participantes; y en la columna izquierda constan los textos finales aprobados en el Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

TABLA 7

**VIOLACIÓN A LOS ACUERDOS ASUMIDOS EN LA ETAPA DE DIÁLOGO  
ENTRE ESTADO PERUANO Y LAS ORGANIZACIONES INDÍGENAS**

Artículos	Texto aprobado en el Reglamento	Texto consignado en el acta final de la Etapa de diálogo
Art. 5 a)	<p><b>Obligación de consultar</b></p> <p>a) Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre las autoridades gubernamentales y el o los pueblos indígenas, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento; <b>buscando que la decisión se enriquezca con los aportes de los o las representantes del o de los pueblos indígenas, formulados en el proceso de consulta y contenidos en el Acta de Consulta;</b></p>	<p>a) Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre las autoridades gubernamentales y el o los pueblos indígenas, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento;</p>
Art. 9°, 9.2	<p><b>Efecto Suspensivo de la Apelación</b></p> <p>“La apelación, en cualquier supuesto, debe realizarse en cuaderno aparte y <b>sin efecto suspensivo</b>”</p>	<p>“La apelación, en cualquier supuesto, debe realizarse en cuaderno aparte y <b>con efecto suspensivo</b>”</p>
Art. 20°, 20.6	<p><b>Plazo Máximo Adicional para Etapa de diálogo:</b></p> <p>20.6. El periodo máximo de esta etapa será de treinta (30) días calendario, pudiendo ser extendido, por razones debidamente justificadas y por acuerdo de las partes.</p>	<p>20.6. El periodo máximo de esta etapa será de treinta (30) días calendario, pudiendo ser extendido, por razones debidamente justificadas y por acuerdo de las partes, <b>por un plazo máximo adicional de hasta treinta (30) días calendario.</b></p>
Art. 23°	<p><b>Etapas de decisión</b></p> <p>NO se ha consignado el acuerdo 23.3. del acta</p>	<p><b>23.3. Cuando exista un acuerdo parcial, la entidad promotora debe enriquecer su propuesta con los aportes de los y las representantes indígenas formulados en el proceso de consulta y contenidos en el Acta de</b></p>

		<b>Consulta, a fin de tomar la decisión final.</b>
Art. 27°, 27.4	<b>Consulta de Reglamentos sobre Leyes ya Consultadas:</b> 27.4. Conforme al numeral 8 del artículo 118° de la Constitución Política del Perú, las medidas reglamentarias no pueden transgredir ni desnaturalizar las leyes, por lo que no pueden cambiar la situación jurídica de los derechos colectivos de los pueblos indígenas previstos en la ley. Sin perjuicio de lo anterior, podrían utilizarse los mecanismos de participación ciudadana previstos en la legislación, distintos a la consulta, conforme lo señala el Convenio 169 de la OIT.	26.3. Las medidas reglamentarias que, conforme al artículo 118°, numeral 8 de la Constitución, no pueden cambiar derechos colectivos de los pueblos indígenas; no requerirán ser consultadas, si reglamentan o desarrollan una ley que ya fue materia de consulta, <b>salvo en aquello que pudiera afectar directamente los derechos colectivos de dichos pueblos</b> , sin perjuicio de utilizar los mecanismos participativos conforme lo señala el Convenio 169 de la OIT o seguirse el procedimiento previsto en el presente Reglamento por decisión de la entidad promotora.

Fuente: Coordinadora Nacional Derechos Humanos. Análisis del Reglamento de la Ley Consulta Previa.D.S.001-2012-MC.

Como se aprecia en la tabla anterior, en el artículo 5°, a) se ha introducido un texto nuevo en la parte final (resaltado en negritas), tenor del texto que no fue discutido en la Consulta Previa con las organizaciones indígenas. Como podemos observar que con este agregado se recoge la redacción del artículo 23°, inciso 3, pero vaciándolo de contenido. El texto cambia el “deber” de la entidad promotora para enriquecer su propuesta con los aportes de las organizaciones indígenas, por una simple “búsqueda” de que esta decisión se enriquezca con dichos aportes. En nuestra opinión, que este cambio es sustancial, ya que constituye una disminución de los deberes de las entidades promotoras de la consulta, respecto a considerar los aportes de los pueblos indígenas y, además supone una falta de valoración e importancia de su opinión, aún en situaciones en las que no se consiguió un acuerdo.

Se observa que, el artículo 9° del Reglamento se ha modificado, lo cual pondría en riesgo la participación efectiva y oportuna de los pueblos y comunidades indígenas en el proceso de consulta. La misma consigna el derecho de petición de los pueblos indígenas en el supuesto caso de no haber sido incluidos desde el inicio en el proceso de consulta y la parte final del inciso 2 de este artículo establece el efecto de la apelación en el caso en el que el pedido haya sido denegado. En el acta final, el acuerdo señalaba que la apelación tiene “efecto suspensivo”, es decir, que el proceso se suspendería hasta contar con una decisión final. De esta manera se buscaba garantizar la efectiva participación en todo el proceso a los pueblos que solicitaran su incorporación. Sin embargo, el Reglamento aprobado modifica esta posibilidad y se cambia el acuerdo consensuado en el acta final, estableciendo que la apelación debe realizarse “sin efecto suspensivo”. Entendemos por esto que, el pueblo indígena que sea incorporado al proceso, después de la decisión final obtenida por apelación, deberá aceptar el curso del proceso de consulta en el estado en el que se encuentre en ese momento. Asimismo, se aprecia que en dos otros artículos se han realizado modificaciones sustanciales a los acuerdos. En el artículo 20.6, se refiere al respecto del límite temporal de la etapa de diálogo; en el artículo 27.4, se observa que el cambio es más grave, se recorta la posibilidad de realizar consultas de reglamentos de leyes ya consultadas. Este punto que fue arduamente discutido en la Etapa de Diálogo en la que las organizaciones de los pueblos indígenas manifestaron expresamente su preocupación y que al final se había logrado un acuerdo con todos los sectores participantes en que se mantuviera la salvedad “en aquello que pudiera afectar directamente los derechos colectivos de dichos pueblos”.

Esta frase ha sido eliminada en el texto del reglamento aprobado, al igual que la posibilidad de que se consulten reglamentos de leyes ya consultadas, aunque la norma amenace derechos de los pueblos indígenas.

Por último, se observa que el acuerdo consignado en el artículo 23°.3 se ha eliminado el texto íntegro de un inciso que señalaba que en el supuesto caso de la existencia de un acuerdo parcial y en consecuencia el deber de la entidad responsable de enriquecer su propuesta con los aportes de las organizaciones indígenas.

Teniendo en cuenta lo expresado, en nuestra opinión, la falta de respeto de parte del Estado, por no incorporar todos los acuerdos consensuados en el proceso de Consulta Previa del Reglamento, no sólo transgrede el mandato expreso de la Ley 29875 de Consulta Previa, sino que viola derechos constitucionales (el derecho a la consulta tienen contenido de protección constitucional) y los principios internacionales desarrollados, como el principio de buena fe. Al respecto el Tribunal Constitucional Peruano había establecido como precedente vinculante en el fundamento 37 de la Sentencia N° 00022-2009-PI/TC: “el contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa (...) iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta (...)”. Además esta situación demuestra el nivel de marginación y exclusión a los pueblos indígenas peruanos en la toma de decisiones estatales.

#### **4.5. LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

Uno de los aspectos más relevantes e importantes del Convenio N° 169 de la OIT es la incorporación de una nueva categoría de derechos, que solo se puede ejercer colectivamente, es decir los derechos colectivos, así como por

ejemplo el derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas. Para una mejor comprensión de ¿qué son derechos colectivos? Primeramente abordaremos sobre los sujetos colectivos, es decir ¿quiénes son los titulares y sujetos de derechos colectivos? En el desarrollo doctrinal de estos derechos dos teorías o vertientes lo fundamentan, en los siguientes apartados trataremos de estas dos teorías.

#### **4.5.1. Teoría Liberal o Individual**

El inicio de esta teoría se da con la Revolución Francesa de 1789 en la que se realizó la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”. La misma es una Declaración de derechos individuales que determinó que la ordenación, armonización y garantía de dichos derechos debía fundarse en la soberanía de la Nación. Posteriormente con la promulgación del Código Civil de Napoleón de 1804 se dio el inicio de una nueva etapa en la historia y en el derecho. Estos hechos marcaron el momento en que el individuo es considerado como sujeto de derechos, en la que el Estado tenía la obligación de garantizar la tutela de esos derechos a que no fueran vulnerados.

En la Edad Moderna, el triunfo de los derechos individuales se consolidó, el cual justamente tiene sus raíces ideológicas doctrinarias en la Ilustración, el Contrato Social de Rousseau y en la concepción de la dignidad del individuo de Kant que terminaron con el antiguo sistema normativo Monárquico Ideológico que basaba sus normas en un Estado Absolutista y en dogmas religiosas. Al respecto María Elena Cuaspud Chiran nos dice:

Los derechos individuales se vienen consolidando poco a poco con una visión en el individuo como el sujeto del derecho y que por tanto se le atribuye una

subjetividad frente a las posibilidades de hacer o querer hacer, y esto es el derecho subjetivo que todos los seres humanos tenemos. (Cuaspud, 2009, p. 12).

Uno de los representantes contemporáneos de esta teoría es el filósofo y jurista norteamericano Ronald Dworkin, quien afirma que “sin derechos individuales no existe el derecho”. Además sostiene que “el más fundamental de los derechos, es aquel que consiste en ser tratado como igual; es decir el derecho a ser tratado con la misma consideración y respeto” (Dworkin, 1996, p. 26).

El liberalismo o individualismo hoy en día, se ha transformado en el oponente más sagaz a la concepción de los derechos colectivos. También otro representante actual de la filosofía liberal norteamericana es el filósofo Jhon Rawls quien señala que “solo los individuos son sujetos morales, no los entes colectivos” (Rawls, 1979, p. 252). En nuestra opinión, el individualismo ha sido en su momento muy valioso para defender los derechos individuales, por el hecho de ser el individuo un sujeto moral autónomo que tiene derechos universales y que vale tanto como todo individuo en términos de esos derechos como a la vida, libertad de expresión, a la propiedad etc.

#### **4.5.2. Teoría Colectiva**

Esta teoría también es conocida como “comunitarismo” surge como contraposición a la teoría liberal o individualista, uno de los mayores representantes y exponentes de esta teoría es el filósofo canadiense Charles Taylor, quien sostiene que el hombre es un “ser social y político” que difícilmente pueda auto realizarse fuera de la comunidad, según esta corriente:

El hombre solo puede constituirse como sujeto moral dentro de una comunidad en donde existe un lenguaje y un discurso moral. Todos los conceptos morales y políticos que se utilizan, como el de persona, de dignidad, de autonomía, son logros históricos y culturales que necesitan para ser aceptados de la existencia de ciertas instituciones y asociaciones estables y continuas. Estos conceptos no pueden ser considerados como elementos a priori que el hombre posee en una situación hipotética, previa al surgimiento de la sociedad si no que dichos conceptos son el resultado de movimientos políticos y sociales los cuales han quedado plasmados en las instituciones. (Charles, 1993).

Asimismo, Taylor señala que los comunitaristas “defienden la política de la diferencia, la cual es necesario reconocer y establecer diferenciaciones con base en las identidades únicas de los individuos o de los grupos como condición previa para la atribución de derechos individuales” (Charles, 1993, p. 56). Se entiende por esto a decir de Taylor “si el universalismo liberal exige que tratemos a las personas en una forma ciega a la diferencia, para la política de la diferencia se debe reconocer y más aún fomentar las particularidades”.

#### **a) Críticas a la Teoría Liberal o Individual**

Las críticas formuladas a esta corriente sostienen que:

- Los liberales propugnan la:

transculturalidad universal del hombre, es decir, que pretender cambiar una cultura por otra no es tan sencillo como podría parecer a primera vista, Ejemplo; si un europeo desea asimilarse a la cultura Aymara o Quechua, definitivamente tendrá dificultades en cuanto a la lengua, las costumbres, la religión etc. (Calsamiglia, 2000, p. 118).

- Que el paradigma del derecho, consiste en la autonomía individual ya que la cuestión étnico-cultural ha de marginarse de la consideración de un sujeto, y de los derechos que respecto de él se predicán; solo de esta manera se puede asegurar la igualdad y libertad.
- Esta teoría favorece el posicionamiento de las culturas dominantes, excluyendo la diversidad. El valor universal del individuo como único sujeto de derecho, constituye en sí una opción cultural, que solo parece estar presente entre nosotros; no así en pueblos indígenas.

- Así mismo Lillo Vera afirma que:

En un sistema legal de origen liberal, reconoce su paradigma en la dignidad de las personas. Razón por la que ha implicado mantener una actitud del Estado de desconocimiento de las etnias. Una actitud que orienta hacia la homogeneización y plantea la universalidad de ciertos postulados que reconocen su origen en una cultura única. (Lillo, 2016, pág. 3).

- La visión universalista de asimilación, que ignora las diferencias entre quienes pertenecen a una etnia distinta de la dominante, ha permitido, la evolución de políticas de Estado, de enfoque etnocéntrico y fines etnocidas.
- Por otro lado, Ramos Wiener citando a Calsamiglia señala que:

Existen tres vallas infranqueables que impedirán el pretendido universalismo y unificación política propugnado por los liberales. La primera valla es la desigualdad económica entre países ricos y pobres: la segunda es la existencia de religiones intolerantes y culturas xenofóbicas, entre otros, que al parecer son inconciliables entre sí, todo ello dificulta la creación de un estado mundial

legítimo; la tercera que proviene de los propios individuos y su relación con las entidades colectivas como la nación, la cual consideran elemento fundamental de la formación de su identidad y la cual no están dispuestas a renunciar en favor de una causa universalista. (Wiener, 2009, p. 27 y 28).

## **b) Críticas a la Teoría Colectiva**

Los detractores de la teoría colectivista afirman:

- Que los derechos colectivos, pueden ser un riesgo para el ejercicio de los derechos individuales, porque el miedo de los liberales se basa en que los derechos colectivos atribuyen a las colectividades una condición moral igual o superior a la de las personas individuales. (López, 2000, p. 153).
- Que la preeminencia dada a la comunidad sobre el individuo trae como consecuencia que se conciba la moral y los principios de la justicia como producto de las circunstancias espacio-temporales de las sociedades existentes, lo que traería a que el individuo sea “un miembro más del rebaño” (Dworkin, 1996, p. 31 y 32).
- Que existe dificultad en la definición científica del destinatario de los derechos colectivos, debido a la ambigüedad e inconsistencia de términos tales como “pueblo” o “nación” porque los sujetos colectivos no son entes naturales, son creaciones artificiosas de los individuos (López, 2000, p. 14).
- Que busca desconocer la pluralidad real de las sociedades contemporáneas, donde se entre mezclan innumerables materiales

culturales, ya que el ser humano evoluciona y cambia en muchos aspectos de su vida, por ejemplo su identidad personal se irá transformando en un hombre cosmopolita y globalizado (Dworkin, 1996, p. 32).

- Que las identidades personales existen, pero las colectivas no, porque son creaciones artificiales.

#### **4.5.3. Los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos**

En la actualidad continua la discusión sobre la existencia de sujetos colectivos y de la posibilidad de ser destinatarios de derechos. Al respecto, Wiener Ramos nos dice:

A pesar de que los sujetos colectivos no sean entes “naturales”, como pueden ser los individuos, eso no implica que la existencia no tenga un asidero en la realidad social y política. Más aún pueden llegar a ser determinantes en el comportamiento de los individuos. (Wiener, 2009, p. 29).

El avance y desarrollo de la tecnología como el internet, la globalización, el libre mercado y la democracia han permitido el triunfo del individualismo, pero a la vez han hecho que entidades colectivas den a conocer su realidad histórica al mundo como su cultura, lengua, identidad, sus reivindicaciones y sus intereses como colectividad. En este contexto mundial, el liberalismo del siglo XX, ha tenido que aceptar la existencia de sujetos de derechos colectivos para mantener los aspectos sustanciales del sistema económico que pregona. Por lo que, el liberalismo no se ha resistido en aceptar y reconocer capacidad jurídica y poderes a dichas entidades colectivas como por ejemplo los sindicatos de trabajadores, las empresas transnacionales, las corporaciones

bancarias, etc. También al respecto, Wiener Ramos agrega que “Todos estos grupos colectivos tienen derechos reconocidos por ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales y claro tienen gran poder en la práctica. Este hecho nos demuestra que el liberalismo no es tan individualista” (Wiener, 2009, p. 30). Así mismo Wiener reitera citando a Nicolás López Calera que el “liberalismo no puede desconocer las exigencias sociales del individuo y por tanto tiene que reconocer ciertas formas colectivas que son inseparables para la propia realización del individuo.” (Wiener, 2009, p. 30).

Definitivamente la persona humana es un ser social que vive en sociedad con otras personas y es casi imposible que pueda existir sin ella, Rodolfo Stanvenhagen sostiene (testimonio en la calidad de perito) en la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

(...) en ciertos contextos históricos los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente solo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenece esta persona desde su nacimiento y de la que forma parte y la cual le da los elementos necesarios para poder sentirse plenamente realizado como ser humano, que significa también ser social y cultural. La contraposición de esta afirmación es que al violarse los derechos de seguir subsistiendo como tal y de poder reproducirse como unidad e identidad, se violan una serie de derechos humanos básicos: el derecho a la cultura, a la participación, a la identidad, la sobrevivencia; esto lo han demostrado numerosos estudios sobre pueblos y comunidades indígenas en Latinoamérica. (2001, pág. 27)

Por último podemos afirmar que la fundamentación jurídica para que los pueblos indígenas, sean titulares de derechos colectivos por su condición de

sujetos colectivos es una cuestión que continua en discusión en la doctrina jurídica contemporánea.

#### **4.5.4. Naturaleza de los derechos colectivos de los pueblos indígenas**

La doctrina jurídica ha venido fundamentando sobre la naturaleza de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, Magdalena Gómez nos dice “que abordar la naturaleza colectiva constituye la piedra angular para fundamentar su incorporación plena en el orden constitucional y legal” (Gómez, Derecho Indígena y Constitucionalidad, 2016).

Ahora bien continuando respecto de la naturaleza de los derechos colectivos de los pueblos indígenas la citada jurista sostiene “La naturaleza de estos derechos es difuso, porque su titularidad no puede ser individualizada” (Gómez, Derecho Indígena y Constitucionalidad, 2016). Por lo que los efectos de los derechos colectivos recaen “en un conjunto de personas, como si en realidad fueran una sola, pues todos ellos forman parte de un único sujeto de derecho, es decir, son propios de quienes los integran” (Lillo, El Convenio 169 de la OIT, Hacia un Reconocimiento de la Diversidad, 2001)..

##### **a) La Corriente Occidental o Derechos de Tercera Generación**

Esta corriente sostiene que los sujetos destinatarios de estos derechos, son un grupo de personas, es decir tienen un carácter colectivo. Este tipo de derechos se dio por el surgimiento de sujetos colectivos como sindicatos, los partidos políticos, las familias, las sociedades anónimas, los movimientos de mujeres, los movimientos que reivindican la libertad de opción sexual y otros, son sujetos colectivos perfectamente identificables y por supuesto que no son sujetos individuales. Al respecto Magdalena Gómez nos indica que “si bien es

cierto que estos movimientos y organizaciones se agrupan en colectividades, el ejercicio de los derechos que reclaman la titularidad de los mismos siempre se individualiza” (Gómez, [www.geocities.com/relaju/mgomez.html](http://www.geocities.com/relaju/mgomez.html), 2016).

De la misma manera (Wiener, 2009, pág. 29) afirma que estos derechos aparecen debido al surgimiento de nuevos tipos de demandas de derechos que no se pueden atribuir a individuos aisladamente o a grupos sociales determinados, si no a un número impreciso de personas. En tal sentido, si es posible determinar el estado al cual pertenece un individuo por que ostenta la condición de nacionalidad de dicho país, en el caso de un sujeto colectivo que no se ha constituido en un Estado, esta cuestión resulta mucho más difícil determinar.

Como podemos observar, el sentido colectivo desarrollado por la corriente occidental tiene su inicio en el sujeto individual de derechos, quien de manera voluntaria individual y espontánea decide formar parte de una asociación, un sindicato, un gremio, un comité, esto con la finalidad de buscar un bien común. Los derechos colectivos de tercera generación por ejemplo son: el derecho al desarrollo, a la paz, el patrimonio artístico y cultural, los derechos del consumidor, derecho a un ambiente sano y otros.

Agustín Grijalva respecto de los derechos colectivos de tercera generación anota que:

Sirven de complemento a los de las dos generaciones anteriores es decir a los derechos de la primera generación (derecho a la vida y la integridad física) y a los de la segunda generación (derechos económicos, culturales y sociales) en cuanto se refieren a la creación de condiciones concretas para su ejercicio por ejemplo: el derecho de tercera generación al desarrollo crea condiciones para

ejercer efectivamente el derecho de segunda generación al trabajo de la misma manera, el derecho de tercera generación a un medio ambiente sano constituye como una condición necesaria para ejercer derechos de primera generación como el derecho a la vida y a la integridad física. Es así que de esta manera, los derechos de tercera generación al desarrollo, a la paz los tenemos todos los miembros de la sociedad, son difusos en cuanto su violación (nos afecta a todos) pero no es posible determinar específicamente a quienes (Grijalva, Ávila, & Corredores, 2009, p. 16).

En nuestra opinión, bajo la premisa de esta corriente, los derechos colectivos tienen origen en la voluntad individual de conformar grupos u organizaciones (asociaciones) con la finalidad de defender un derecho en concreto como por ejemplo: el derecho al medio ambiente sano.

#### **b) La corriente indigenista de derechos colectivos**

Esta noción a diferencia de la corriente occidental o derechos de tercera generación, sostiene que:

El sentido colectivo desarrollado por los pueblos indígenas no surge de un acto espontáneo ni voluntario de dos o más personas, si no está ligado a dos elementos sustanciales: Identidad y territorio, es decir, el ser Kichua, Aymara, Shuar o Kolla no es una cuestión de voluntad individual ni es espontáneo si no que es desde su nacimiento y vive con esa identidad. Por lo que un pueblo indígena no se equipara jurídicamente a una asociación, sindicato, fundación entre otros, sino que es una realidad histórica, antropológica, étnica y dinámica que es caracterizada por elementos objetivos (elementos materiales que les caracterizan como la lengua, instituciones políticas, organizativas, jurídicas, las tradiciones, la memoria histórica, las creencias religiosas, las costumbres) y

subjetivos (conciencia de identidad étnica) que no se limitan a la “voluntad de asociarse” (Masapanta, 2016, p. 7).

Por un lado Lillo Vera, de la misma manera citando Sánchez Botero sostiene que esta categoría de derechos colectivos de los pueblos indígenas se diferencian de aquellos que en la doctrina jurídica se designan como derechos de tercera generación colectivos o difusos, al decir:

Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos, intereses difusos o colectivos (C.P. art. 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que el segundo (asociaciones) los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares. (Lillo, 2016).

De lo expresado para nosotros, los derechos colectivos de los pueblos indígenas además de ser difusos son de una categoría sui generis. Estos derechos colectivos radican sus efectos en un conjunto de personas, como si en realidad fueran una sola, pues todos ellos forman parte de un único sujeto de derecho.

**c) Diferencias entre derechos colectivos de los pueblos indígenas y derechos de tercera generación.**

Según Magdalena Gómez, existen diferencias sustanciales entre los derechos de tercera generación y los derechos colectivos de los pueblos indígenas veamos estas diferencias que establece en el siguiente cuadro:

TABLA 8

**COMPARACIÓN DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS  
Y DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN**

<b>DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN</b>	<b>DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS</b>
<p>1. Si bien sus titulares genéricos tienen un interés común, la titularidad concreta se actualiza cuando se inician acciones para exigir su cumplimiento y los resultados de dicha acción se aplican a quienes lo impulsaron y no al total de los integrantes de dichas colectividades abstractas (pues para otras las consecuencias serán precisamente difusos.)</p> <p>2. En este caso, un grupo de personas puede reunirse espontáneamente para demandar un derecho difuso, una vez terminado la acción, ya sea que se acojan o no, termina el objeto de su “asociación”.</p> <p>3 Ejemplo. Un grupo de ciudadanos forma una asociación para demandar a una empresa que está contaminando el agua de un río y lo hace en virtud que se está afectando un derecho de carácter difuso, como es el derecho a u medio ambiente sano cuya violación se actualiza ante los hechos concretos sin que necesariamente tengan ellos una vivienda o un interés o derecho privado particularmente afectado. Cuando concluye dicha acción, independientemente el éxito o fracaso de la acción el grupo de ciudadanos rompe con su asociación jurídica temporal.</p>	<p>1. Como titulares de los derechos colectivos cuando ejercitan una acción ya sea interna o frente al estado para ejercer un derecho propio o exigir su respeto. Los efectos de su acción impactan al conjunto de integrantes, independientemente de su relación con los hechos concretos que motivaron la acción.</p> <p>2. Los integrantes de un pueblo indígena tienen una relación histórica, permanente y continua al compartir una cultura común que no se agota en el momento en que ejercen acciones para ejercer o exigir sus derechos.</p> <p>3 Ejemplo. Si un pueblo indígena demanda a la misma empresa por la contaminación de un río que cruza su territorio y afecta su hábitat, los efectos de la resolución que se obtenga involucra a todos los integrantes del pueblo independientemente de que no todos ellos tengan una vivienda en la orilla del río y consuman agua de ese río. Este pueblo indígena a través de sus autoridades se constituye en el titular de unos derechos que no pueden ser individualizados y afectan sin embargo a todos los integrantes del mismo en tanto le garantice o vulnere el derecho de cada uno a mantener una cultura propia y diversa.</p>

Fuente: Elaboración propia en la base a la doctrina desarrollado por Magdalena Gómez.

#### 4.5.5. Características de los derechos colectivos de los pueblos indígenas

Ahora bien continuando con nuestra exposición y después de haber visto la naturaleza y las diferencias de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y otros tipos de derechos colectivos, podemos caracterizarlos de la siguiente forma:

- a) “La naturaleza de estos derechos es difuso, porque su titularidad no puede ser individualizada” (Gómez, 2016). Los efectos de los derechos colectivos recaen “en un conjunto de personas, como si en realidad fueran una sola, pues todos ellos forman parte de un único sujeto de derecho, es decir, son propios de quienes los integran” (Lillo, 2001).
- b) Son derechos que no surgen de un acto voluntario o espontáneo de dos o más personas si no que están unidos por elementos básicos como el territorio (es el espacio físico donde se expresa su cultura y la relación espiritual con la naturaleza), la identidad étnica y otros.
- c) Grijalva A. (2016) nos dice que los derechos colectivos de los pueblos indígenas se ejercen a través de sus propias instituciones sociales, culturales y políticas. Que tienen sus propias normas, sistema de cargos, formas propias de control social, mecanismos y procedimientos que los mantiene en la vida comunitaria.
- d) Que, el sujeto del derecho colectivo es un grupo de personas, es decir que todos los integrantes de un pueblo son sujetos del mismo derecho; todos tienen su disponibilidad y al mismo tiempo no pueden contradecirlo porque violarían los derechos de todos los otros miembros del pueblo. A lo que agrega Magdalena Gómez:

La violación o desconocimiento acaba por condicionar el ejercicio de los derechos individuales tradicionales, por ejemplo, cuando se impide a los pueblos indígenas el acceso a sus lugares sagrados, se viola el derecho colectivo del pueblo y el de la libertad de creencias de los individuos que lo integran (Gómez, 2000).

e) Estos derechos colectivos son “indivisibles, es decir son derechos del grupo y de todos y de cada uno de sus miembros individuales, pero nunca de solo uno o de alguno de ellos, con abstracción del grupo” (Grijalva A. , 2016).

f) Los derechos colectivos son:

Diversos pero no opuestos a los derechos humanos individuales, es decir, los derechos colectivos incluyen derechos individuales en cuanto los grupos humanos que son sus titulares están formados por individuos y en cuanto crean condiciones para el ejercicio de derechos individuales, por ejemplo, los derechos colectivos de los pueblos indígenas implican y protegen el derecho individual a la cultura de cada persona (integrante del grupo indígena) (Grijalva A. , 2016).

#### **4.5.6. Concepto de derechos colectivos**

A partir de la adopción del Convenio 169 de la OIT, se intensifica, la propagación de derechos colectivos de los pueblos indígenas, los estados comienzan el reconocimiento de los grupos culturalmente diferenciados y ello ha conllevado a intensos debates sobre la vigencia y la existencia de los llamados “derechos colectivos”. Nicolás López Calera, nos dice respecto a la noción de estos derechos que “en la medida en que se trata de reconocer los

derechos de grupos, y no de individuos, distintos por su condición cultural, se tiene que hablar de los derechos colectivos” (Lopez, 2000, p. 13).

Ahora bien si existen derechos colectivos nos formulamos la pregunta ¿Qué son los derechos colectivos?, el filósofo Canadiense Will Kymlicka nos dice que los derechos colectivos “*son los derechos ejercidos por colectividades en distinción a los derechos individuales ejercidos por los individuos*” (Kymlicka, 2000, pág. 34).

Por un lado Carlos Federico Mares, sostiene que el derecho colectivo “es un derecho donde todos son sujetos. Si todos son sujetos del mismo derecho, todos tienen posibilidad de él, pero al mismo tiempo nadie puede disponer de él contrariándolo, porque sería violar el derecho de todos los demás”. (Mares, 1996, pág. 18). Así mismo, Agustín Grijalva agrega que:

Los derechos colectivos son derechos humanos específicos de los cuales son titulares ciertos grupos humanos. Los derechos colectivos son parte de los llamados derechos de tercera generación cuyo reconocimiento internacional fue históricamente posterior a la de los derechos civiles y políticos (primera generación) y a la de los derechos económicos sociales y culturales (segunda generación), (Grijalva A. , 2016).

Por lo que podemos concluir que, los derechos colectivos son derechos humanos cuyos titulares son grupos humanos (un colectivo o grupo social) diferenciados por la cultura, historia, costumbres, idioma entre otros, que se identifican como pueblos que tienen vínculos de afinidad, pertenencia e identidad.

Por todo lo considerado para nosotros, los derechos colectivos de los pueblos indígenas son el conjunto de principios, normas, costumbres, prácticas y procedimientos que rigen la convivencia de una colectividad comunitaria, sea indígena o tribal.

Asimismo, el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas está en la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los pueblos indígenas. Esta declaración, establece en su artículo 1º: “los indígenas tienen derechos, como pueblos o como personas, y el disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocida por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos”.

Como se puede apreciar esta normativa reconoce el derecho colectivo a los indígenas “como pueblos”.

**TABLA 9**

**DIFERENCIA ENTRE DERECHOS COLECTIVOS E INDIVIDUALES**

<b>Derechos individuales</b>	<b>Derechos colectivos</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- A cada derecho individual corresponde una acción individual y el titular del derecho es titular de la acción.</li> <li>- Son aquellos de los que gozan los individuos como particulares: ejemplo. El derecho a la vida, el derecho a la igualdad ante la ley. El destinatario de estos derechos es la “persona humana”, y están previstos en todas las constituciones de los países.</li> <li>- Los derechos humanos individuales, responden a una visión de la cultura occidental en donde prevalece el individuo, es la razón por el que denominan derechos individualistas.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Se trata de derechos cuya titularidad es difusa, porque no puede ser individualizada.</li> <li>- Son aquellos que buscan el reconocimiento a una realidad comunitaria (un conjunto de personas). Desde el punto de vista de estos derechos el destinatario es “el pueblo” los derechos colectivos buscan la protección, preservación, desarrollo y promoción de los pueblos.</li> <li>- Los derechos colectivos responden a una visión indígena comunitaria, en la que prevalece el grupo. Esto permite reconocer el derecho de los pueblos indígenas tomar decisiones colectivas de acuerdo a su cosmovisión (manera de ver el mundo.)</li> </ul>

Fuente: Elaboración propia de acuerdo a las diferencias formuladas por Magdalena Gómez y José Luis López Fuentes en “el derecho indígena determinación de los pueblos indígenas en Bolivia”. Páginas 41-42 y 43.

En efecto Magdalena Gómez sostiene que es una falsa disyuntiva polarizar unos derechos sobre los otros. Porque “para los pueblos indígenas el reconocimiento de sus derechos colectivos es la mejor forma de garantizar el ejercicio de sus derechos individuales.”

Asimismo, María Elena Cuaspud Chiran, nos dice que:

En base al principio jurídico que derecho individual y derecho colectivo no se oponen, sino que son parte del principio de goce pleno y efectivo de los derechos humanos. Por ejemplo los derechos individuales pueden proteger a los pueblos indígenas con respecto a ciertos derechos culturales como el derecho de un individuo a tener un traductor durante un proceso legal (Cuaspud, 2009, p. 18).

Por un lado Rodolfo Stavenhagen, citado por Eddie Córdor Chuquiruna sostiene que:

La relación entre derechos colectivos e individuales es a manera de “núcleo-periferia” el núcleo está representado por los derechos individuales y la periferia representa a los derechos colectivos, y para la realización o efectivización de los primeros se necesita que los últimos se cumplan. Por lo que los derechos colectivos también deben ser considerados derechos humanos y al mismo tiempo debe evitarse una situación en las que éstos disminuyan o limiten algún derecho individual. Al tener la misma naturaleza no serían contrapuestos, la relación existente entre ellos es de complementariedad. (Konrad, 2011, p. 13).

#### **4.5.7. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT**

El reconocimiento de la categoría de derechos colectivos de los pueblos indígenas se inició con el Convenio 169 de la OIT y posteriormente por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Los derechos colectivos fundamentales más importantes de los pueblos indígenas reconocidos por el Convenio son el derecho a la identidad étnica y cultural, la libre determinación, la participación, la autoidentificación, existencia física grupal y a la propiedad y posesión de sus tierras y territorios y que estos derechos son protegidos por otro derecho colectivo fundamental, la Consulta Previa, sin ella no habría respeto a los derechos colectivos mencionados y quedaría abierta a la posibilidad de su vulneración y quebrantamiento. Siendo el Convenio un instrumento jurídico internacional de naturaleza vinculante y haciendo un análisis e interpretación de sus diferentes artículos, se aprecia que reconoce otros derechos colectivos que detallamos a continuación:

1. Derecho a participar en las políticas del Estado, artículos 6 y 7.
2. Derecho a la no discriminación en el goce de los derechos humanos y libertades fundamentales, artículos 3 y 31.
3. Derecho a sus instituciones propias y a la conservación del medio ambiente artículos, 4.1 y 6.1.
4. Derecho al reconocimiento y protección de sus valores y prácticas sociales artículo 2.2.

5. Derecho de participación política como pueblos indígenas, artículo 6.1.b.
6. Derecho al pleno desarrollo de sus instituciones e iniciativas, asignándoles recursos para esos fines artículo 6.1.c.
7. Derecho al mejoramiento de sus condiciones de vida, artículo 7.2.
8. Derecho a la aplicación de sus sistemas normativos, artículo 8.1.
9. Derecho al fortalecimiento de su propio derecho e instituciones propias, artículo 8.2.
10. Derecho a la jurisdicción propia en orden a la sanción de los delitos cometidos por sus miembros, artículo 9.2.
11. Derecho a que los jueces tengan en cuenta las costumbres y los sistemas normativos en las decisiones administrativas y judiciales, artículo 10.1.
12. Derecho a obtener de los tribunales sanciones distintos del encarcelamiento, artículo 10.2.
13. Derecho a no ser objeto de servicios personales obligatorios de cualquier clase, artículo 11.
14. Derecho a ser protegido contra la violación de sus derechos y a la jurisdicción ya en forma personal o a través de sus instituciones representativas, artículo 12.
15. Derecho a expresarse en su propio idioma ante el poder judicial y administrativos, facilitando interpretes en caso necesario, artículo 13.

16. Derecho a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia, especialmente en lo referido a pueblos nómadas y agricultores itinerantes, artículo 14.1.
17. Derecho a la adopción de medidas especiales para la determinación de sus tierras y territorios, artículo 14.2.
18. Derecho a la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión, artículo 14.3.
19. Derecho a procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico para solucionar las reivindicaciones de tierras, artículo 15.1.
20. Derecho de participación en la utilización, administración y conservación de sus recursos naturales, artículo 15.2.
21. Derecho a participar de los beneficios de la explotación de sus recursos naturales, artículo 15.1.
22. Derecho a ser indemnizados por los daños sufridos como resultado de dicha explotación, artículo 16.1.
23. Derecho a no ser trasladados de las tierras que ocupan, artículo 16.2.
24. Derecho al consentimiento libre e informado en caso de traslado necesario, con participación indígena donde tengan la posibilidad de estar representados efectivamente, artículo 16.1.3.
25. Derecho a regresar a sus tierras tradicionales cuando dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación, artículo 16.3.

26. Derecho a recibir tierras cuya calidad y situación jurídica sean por lo menos iguales a las que ocupaban anteriormente cuando tal regreso no sea posible, artículo 16.4.
27. Derecho a indemnización por los traslados forzados que les hayan ocasionado cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como resultado de su desplazamiento, artículo 16.5.
28. Derecho a la transmisión de los derechos sobre la tierra entre sus miembros, conforme su derecho, artículo 17.1.
29. Derecho de consulta en caso de considerarse su capacidad de enajenar sus tierras u otra forma de transmisión de sus derechos sobre esas tierras fuera de su comunidad, artículo 17.2.
30. Derecho a que personas extrañas no puedan arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras que les pertenecen, basadas en sus costumbres o por desconocimiento de las leyes, artículo 17.3.
31. Derecho a que la ley prevea sanciones apropiadas contra toda intrusión o uso no autorizado de sus tierras, artículo 18.
32. Derecho a la asignación de tierras adicionales cuando las que dispongan fueren insuficientes para su existencia normal y su crecimiento numérico, artículo 19.b.
33. Derecho al otorgamiento de los medios necesarios por parte del Estado para el desarrollo de las tierras que los pueblos indígenas ya poseen.

34. Derecho a la adopción por parte del Estado de medidas especiales, con participación indígena, para una protección en materia de contratación y condiciones de empleo, artículo 20.1.
35. Derecho a la garantía de no discriminación en lo referente a acceso al empleo, igual respeto de trabajadores no indígenas, asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, seguridad social y vivienda, artículo 20.2.a,b y c.
36. Derecho de asociación y a convenir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores, artículo 20. d.
37. Derecho a la debida información respecto de las condiciones legales de empleo y de los recursos legales de que disponen, artículo 20.3.a.
38. Derecho a no estar sometidos a condiciones de trabajos peligrosas para la salud, artículo 20.3.b.
39. Derecho a no estar sujetos a sistemas de contratación coercitivos, artículo 20.3.c.
40. Derecho a la igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres y de protección contra el hostigamiento sexual, artículo 20.3.d.
41. Derecho a controlar por parte del Estado de las condiciones de empleo, artículo 20.4.
42. Derecho a la igualdad de oportunidades en los medios de formación profesional respecto de los demás ciudadanos, artículo 21.

43. Derecho a la participación voluntaria en programas de formación profesional de aplicación general, artículo 22.1.
44. Derecho a planes de formación profesional específicos, artículo 22.2.
45. Derecho a que los planes se basen en el entorno económico, social, cultural y en sus necesidades concretas, artículo 22.3.
46. Derecho a que todo estudio se realice en cooperación y consulta con los pueblos indígenas, artículo 22.3.
47. Derecho al reconocimiento y fortalecimiento de sus artesanías, industrias rurales, actividades tradicionales –pesca, caza y recolección- como factores importantes en el mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económico, artículo 23.1.
48. Derecho a solicitar asistencia técnica y financiera apropiada basada en técnicas tradicionales y en sus características culturales, artículo 23.2.
49. Derecho a la aplicación de los regímenes de seguridad social sin discriminación, artículo 24.
50. Derecho a servicios de salud a nivel comunitario y adecuado, con participación indígena, artículo 25.2.
51. Derecho de preferencia para el acceso al empleo en los servicios sanitarios para los miembros de la comunidad indígena, artículo 25.3.
52. Derecho a adquirir una educación en todos los niveles en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional, artículo 26.

53. Derecho a la participación en los programas y servicios educativos, que incluya su historia, conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y sus aspiraciones sociales, económicas y culturales, artículo 27.1.
54. Derecho a que se transfiera a los pueblos indígenas la responsabilidad de la realización de planes y programas educativos, artículo 27.2.
55. Derecho de los pueblos indígenas a crear sus propias instituciones y medios de educación, con recursos destinados a para ello, artículo 27.3.
56. Derecho a la educación en lengua indígena o en el idioma de cada pueblo, artículo 28.1.
57. Derecho a dominar el idioma oficial de la nación en que viven, artículo 28.2.
58. Derecho a que el Estado adopte medidas especiales para preservar las lenguas indígenas y a que se promueva el desarrollo y la práctica de las mismas, artículo 28.3.
59. Derecho de los niños indígenas a acceder a conocimientos y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional, artículo 29.
60. Derecho a acceder a la educación y al conocimiento de sus derechos desde su propia lengua, en especial por traducciones escritas y por medios de comunicación de masas, artículo 30.2.
61. Derecho a que el Estado promueva medidas de carácter educativo hacia la sociedad no indígena a efecto de superar prejuicios, 31.

62. Derecho a que los Estados faciliten los contactos y cooperación entre pueblos indígenas a través de las fronteras, incluidas las actividades económicas, sociales, culturales, espirituales y del medio ambiente, artículo 32.
63. Derecho a que la autoridad responsable de la aplicación del Convenio asegure que existen instituciones para administrar los programas que afecten a los pueblos indígenas y de que estas dispongan de los medios necesarios para el cumplimiento de sus funciones, artículo 33.
64. Derecho a que la aplicación de las disposiciones del Convenio sea sin menoscabo a los derechos y ventajas garantizados, artículo 35.

#### **4.5.8. Reconocimiento de los derechos colectivos en los países de la**

##### **Comunidad Andina de Naciones**

Respecto a esta categoría suigeneris de derechos de los pueblos indígenas se observa que, los estados de la Comunidad Andina de Naciones (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú), iniciaron primeramente con el reconocimiento del pluralismo jurídico a partir de los años 90 y este reconocimiento se ha reforzado con las ratificaciones de instrumentos jurídicos internacionales como el Convenio 169 de la OIT de 1989. Asimismo con la aprobación de la Declaración de la Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el año 2007.

A continuación veamos cómo se ha desarrollado el reconocimiento de los derechos colectivos en cada uno de los países andinos.

**a) BOLIVIA:**

Este país con la promulgación de la Constitución Política de 2009, consolida el mayor reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, desde el preámbulo manifiesta que “dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”. En el título II de derechos fundamentales y garantías desarrolla en siete capítulos y noventa y cinco artículos, establece todo un catálogo de derechos, todos aquellos comprendidos en diferentes generaciones y categorías desde civiles y políticos, es decir todos los derechos reconocidos en los principales instrumentos y convenios internacionales, esto desde la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 hasta la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007. Asimismo se aprecia en el artículo 30.II y III que reconoce expresamente un total de 19 derechos colectivos que son los siguientes:

**TABLA 10**  
**DERECHOS COLECTIVOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN DE BOLIVIA**

TERRITORIALES	1. Un medio ambiente sano. 2. Gestión territorial autónoma. 3. Titulación colectiva de tierras y territorios. 4. Uso y aprovechamiento de recursos naturales en sus territorios
POLITICOS	1. Ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos. 2. Sus instituciones sean parte de Estado. 3. Existir libremente. 4. libre determinación. 5. Participación en la gestión del Estado. 6. Consulta Previa.

CULTURALES	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Respeto y promoción de sus saberes y conocimientos tradicionales.</li> <li>2. Identidad indígena conjunta con la ciudadanía boliviana.</li> <li>3. Propiedad intelectual y colectiva de sus conocimientos.</li> <li>4. Educación intercultural, intercultural y plurilingüe.</li> <li>5. Identidad cultural.</li> <li>6. Protección de sus lugares sagrados.</li> </ol>
SOCIALES Y ECONOMICOS	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Salud universal y gratuito.</li> <li>2. Participación en los beneficios en la explotación de los recursos naturales.</li> <li>3. Creación de medios de comunicación indígena</li> </ol>

Fuente: Elaboración propia en base al artículo 30 III.3, de CPE.

También, en el artículo 2º reconoce “la existencia pre colonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta constitución y la Ley”.

Como se observa, Bolivia como un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, introduce derechos diferenciados en favor de los pueblos indígenas como colectividades privilegiadas en tanto titulares de un conjunto de derechos colectivos que contrastan con la tradicional concepción de derechos reconocidos fundamentalmente a individuos de manera igualitaria.

**b) COLOMBIA:**

Se aprecia que este país en su Constitución Política vigente de 1991 no reconoce expresamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Además se observa que no utiliza la denominación de “derechos colectivos”.

Respecto al reconocimiento de los pueblos indígenas se hace de manera genérico en su artículo 7° en la que establece que el “estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”.

Asimismo se observa que el texto constitucional en el artículo 63 reconoce la propiedad y posesión de las tierras a los pueblos indígenas, otorgándoles el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables. En el artículo 246 faculta a las autoridades de los pueblos indígenas ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial conforme a sus propias normas y procedimientos, siempre que no contradigan a la Constitución y a las leyes de la república.

Por último como vemos, la Constitución colombiana no reconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas, pero este vacío se ha suplido con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que en reiteradas sentencias reconoce y desarrolla *sobre esta categoría de derechos de los pueblos indígenas*.

**c) ECUADOR:**

La Constitución Política de la república del Ecuador reconoce expresamente esta categoría de derechos colectivos a los pueblos indígenas (comunidades, pueblos y nacionalidades), en el artículo 57 se aprecia el reconocimiento de un total de 21 derechos desde el inciso 1° al 21°, en la siguiente tabla se puede observar los derechos colectivos reconocidos:

TABLA 11

**LOS DERECHOS COLECTIVOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN  
DE ECUADOR**

TERRITORIALES	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Propiedad imprescriptible de sus tierras.</li> <li>2. A mantener la posesión de sus tierras.</li> <li>3. Uso y administración de sus recursos naturales.</li> <li>4. Conservación y promoción de la biodiversidad.</li> <li>5. No ser desplazados de sus tierras.</li> <li>6. Limitación de actividades militares en sus tierras.</li> </ol>
POLITICOS	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Consulta Previa.</li> <li>2 Consulta Prelegislativa.</li> <li>3. Construir y mantener sus organizaciones representativas..</li> <li>4.Participación en los órganos oficiales del Estado,</li> </ol>
CULTURALES	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Identidad indígena.</li> <li>2. Crear y practicar su derecho consuetudinario.</li> <li>3. Mantener y preservar sus conocimientos colectivos.</li> <li>4. Mantener y preservar su patrimonio cultural.</li> <li>5. Desarrollar la educación bilingüe intercultural.</li> <li>6. Uso de vestimenta, símbolos y emblemas que les identifican.</li> <li>7. Educación en sus tradiciones, culturas y historia.</li> </ol>
SOCIALES Y ECONOMICOS	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. A no ser discriminado ni ser objeto de racismo.</li> <li>2. Reparación por racismo o discriminación.</li> <li>3. A Conservación sus propias formas de organización social y convivencia.</li> <li>4. Desarrollar contactos con otros pueblos.</li> </ol>

Fuente: Elaboración propia en base al artículo 57 de CPE.

Asimismo otorga el reconocimiento de sujetos colectivos de derechos a los pueblos indígenas (artículo 10). El antecedente de reconocimiento de estos derechos se encuentra en la Constitución de 1998 en la que se aprobaron en un número de 15 (derechos colectivos) y los 06 derechos colectivos fueron reconocidos en la aprobación de la Constitución del 2008. Este reconocimiento se complementa con el reconocimiento a la justicia indígena como régimen especial en su artículo 171 que apertura la coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y ordinaria, que la cual permitirá una interpretación intercultural de las leyes, de un interculturalismo y de un pluralismo jurídico “igualitario”.

De lo expresado en nuestra opinión, el Estado ecuatoriano con este reconocimiento busca desarrollar una nación, un estado intercultural, plurinacional y por ende revelar al mundo, el gran avance en la implementación material de los derechos colectivos de los pueblos indígenas del Ecuador.

**d) PERÚ:**

La vigente Constitución Política de 1993, no reconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas y denomina a los pueblos indígenas como “comunidades campesinas y nativas”, así como no hace uso de la terminología “derechos colectivos de los pueblos indígenas”. El artículo 2. Inciso 19 por primera vez refiere el derecho a la identidad étnica y cultural, precisando que:

“Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

19. A una identidad étnica y cultural. El estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación”

El artículo 89 precisa que “las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas”.

Asimismo, el artículo 48 reconoce (el Quechua, Aymara y otras lenguas), el artículo 191 sobre la participación política en la composición del concejo regional y municipal, y el artículo 149 para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial.

Como podemos apreciar la Constitución peruana otorga un reconocimiento genérico y restringido de algunos derechos colectivos de los pueblos indígenas por lo que el predominio de la tradición jurídica occidental es todavía muy fuerte y arraigada, a pesar que el Perú es un país multiétnico y pluricultural, la utilización de la palabra “indígena” sigue teniendo una carga peyorativa y despectiva.

#### **4.5.9. Límites a la vigencia de los derechos colectivos de los pueblos**

##### **Indígenas.**

El principio general de respeto a los derechos humanos fundamentalmente individuales constituye una primera limitante de la vigencia de los derechos colectivos, esta limitación se establece en la constitución y

leyes especiales que regulan o desarrollan diferentes derechos sustantivos. Es decir, el ejercicio de la autonomía indígena no debe implicar la violación de los derechos humanos, en especial de las mujeres. Los límites al ejercicio de la jurisdicción indígena son los que más casos presentan cuando afectan o son contrarias a la Constitución. Por ejemplo el respeto al derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura, el respeto al debido proceso (que se respeten unas reglas mínimas de derecho de defensa y contradicción), pena de expulsión de la comunidad, que la sanción penal no puede ser desproporcionada. En todo caso la pena debe estar ajustada al principio de legalidad; es decir debe ser la que habitualmente impone la comunidad para este tipo de delitos. Ejemplo si un ladrón es castigado con latigazos, se estaría quebrantando el derecho al debido proceso y a la integridad física.

Asimismo, los derechos colectivos territoriales de los pueblos indígenas se ve “limitado” por el principio universal o teoría del dominio estatal de los recursos naturales no renovables del subsuelo (minerales), las aguas, suelo y el espacio aéreo son de dominio estatal o bienes de uso público. Al respecto los pueblos indígenas reclaman el dominio de los mismos, fundamentando su postura en que los pueblos indígenas y sus derechos territoriales *son anteriores a la formación de los estados nacionales en las que viven.*

#### **4.5.10. El derecho a la Consulta Previa como garantía para el ejercicio de los otros derechos colectivos de los pueblos indígenas.**

Como hemos visto en los párrafos anteriores, los pueblos indígenas son titulares colectivos de los derechos colectivos fundamentales, como *el derecho*

a la consulta que es en esencia, un derecho fundamental de carácter colectivo, por lo que un Estado está obligado a instaurar procedimientos de consulta de buena fe, con la finalidad de recoger la opinión libre e informada de los referidos pueblos, esto cuando se pretenden realizar acciones gubernamentales, ya sean legislativas o administrativas, susceptibles de afectarlos directamente, a fin de llegar a acuerdos y medidas consensuadas.

Generalmente la vida y cultura de los pueblos indígenas difieren de la mayoría de la población nacional del país en que viven, “sus miembros corren el riesgo de ser víctimas de discriminación, exclusión y marginación, en razón, precisamente de sus culturas, tradiciones y valores específicos en consecuencia estos pueblos están amenazados de extinción cultural” (OIT, 2003, p. 14).

Se observa que en cuanto a la relación especial de las comunidades indígenas con su territorios. La Corte Interamericana ha precisado:

I) Que ella puede expresarse de distintas maneras, según del pueblo que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentra y II) que la relación con las tierras debe ser posible. Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres u otros elementos característicos de su cultura. El segundo elemento implica que los miembros de la comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, de realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p. 40).

Esta relación o vínculo especial y colectivo de los pueblos indígenas sus tierras tradicionales ha sido reconocido por la mayoría de los pronunciamientos del Derecho Internacional sobre el tema indígena (los pronunciamientos como de la OIT, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos). Los mismos son fundamentales para la real comprensión de los impactos de los proyectos y medidas sujetos a Consulta Previa. La Corte Interamericana ha establecido en sus diferentes sentencias que de este vínculo dependen, las tradiciones, la expresiones orales, las costumbres, las lenguas, las artes, los rituales, los conocimientos acerca de la naturaleza, la medicina tradicional, las artes culinarias, entre otros y en general todo el patrimonio cultural que se transmite de generación en generación del entorno ambiental y territorial.

En los últimos años, el número de proyectos de desarrollo en las tierras tradicionalmente ocupadas por las comunidades indígenas, están en constante aumento, esto debido a la creciente demanda internacional de recursos naturales y minerales (materias primas), definitivamente las tierras de estos pueblos son muy ricas en dichos recursos, lo cual hace que sean muy atractivas y deseadas por los “empresarios y consorcios” del desarrollo extractivo. Esta situación puede tener consecuencias muy graves tanto para dichos pueblos y para sus tierras.

Asimismo Morris (2010) nos dice que se aprecia que, estos pueblos por el hecho de su propia existencia tienen el derecho colectivo fundamental de vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser protegida, reconocida y comprendida como base fundamental de sus culturas, vida espiritual, su integridad y supervivencia

económica. Se debe comprender claramente que para dichos pueblos la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción si no un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las futuras generaciones (p. 44).

Un mecanismo de protección de las tierras y culturas de los pueblos indígenas es la Consulta Previa, el cual está intrínsecamente vinculado. Este vínculo (con las tierras y territorios) es muy estrecho por dos razones:

1° por la especial relación cultural, económica y espiritual que los pueblos tienen con su territorio, la cual nos indica la importancia fundamental de la cuestión de la Consulta Previa, antes de desarrollar cualquier proyecto o medida que afecte su territorio y su relación con éste; 2°. por el alto número de proyectos y medidas administrativas sujetos a Consulta Previa que pueden tener implicaciones y efectos significativos dentro de los territorios de los pueblos indígenas y sobre los recursos existentes en ellos (Morris, 2010, p. 42).

Por todo lo anterior, se observa que una de las garantías fundamentales de la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afectan sus derechos en particular su derecho a la propiedad comunal (colectiva), es precisamente, el reconocimiento de su derecho a la Consulta Previa, el mismo que está reconocido en el Convenio 169 de la OIT, y por otros instrumentos internacionales complementarios.

Siendo la naturaleza jurídica del derecho a la Consulta Previa un derecho colectivo constitucional fundamental y sustantivo que garantiza el ejercicio efectivo de otros derechos de los pueblos indígenas, como el derecho a la identidad étnica y cultural, la libre determinación, la participación, la

autoidentificación, existencia física grupal y a la propiedad y posesión de sus tierras y territorios.

#### **4.5.11. Desafíos y perspectivas del derecho fundamental a la Consulta**

##### **Previa**

Lograr el verdadero y amplio reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, es un proceso nada fácil, ya que hay prejuicios y celos por parte de los defensores del sistema establecido en los países de la Comunidad Andina de Naciones. Razón por la que esta problemática debe ser analizado en este espacio regional, identificando los problemas específicos de los pueblos indígenas y proponer alternativas de solución.

La supervivencia de los pueblos y comunidades en sus territorios, bajo sus propias formas de vida, cosmovisión y racionabilidad, en relación con la naturaleza (Pachamama) y con otros pueblos constituyen retos para todos los miembros integrantes de dichos pueblos y que para ello los derechos colectivos son muy importantes y necesarios.

Superar el estado de indefensión, desventaja y vulnerabilidad en la que se encuentran muchos pueblos, es un desafío a futuro, y que para ello, se debe seguir luchando y además para lograr superar dicha realidad definitivamente se debe hacer el uso de los derechos colectivos implementados en las constituciones nacionales de los estados miembros de la Comunidad Andina de Naciones.

Los pueblos indígenas son una realidad histórica, social y cultural de los países de la CAN, la implementación de normas para la protección de sus

derechos colectivos, tiene que ser puesto en la agenda de los gobernantes de los estados miembros.

El derecho a la Consulta Previa tiene que implementarse de acuerdo a los estándares y principios establecidos en el sistema del derecho internacional, esto en los países en las que todavía no se ha implementado. Para que pueda constituirse como un verdadero derecho colectivo fundamental que garantice, el desarrollo de los demás derechos de los pueblos indígenas.

Buscar el desarrollo económico, social y cultural de los pueblos en armonía con la protección, conservación y preservación de la naturaleza, y en el marco de las diferentes visiones de desarrollo y de la vida, siempre respetando las particularidades de los actores involucrados.

El desafío más grande que deberán de enfrentar es la construcción de la confianza social, ya que durante muchos años, los pueblos indígenas han convivido y subsistido con las promesas no cumplidas y acuerdos violados por parte de los sectores gubernamental y empresarial. En los últimos años se han intensificado las concesiones de los recursos naturales existentes en sus territorios y cuando salen a reclamar por su derecho a ser consultados, a ser escuchados y tomados en cuenta son reprimidos por la fuerza pública del Estado.

#### **4.6. COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS**

##### **a) Respeto del derecho a la Consulta Previa.**

Este derecho fundamental colectivo de la Consulta Previa de los pueblos indígenas, constituye una garantía para el ejercicio de otros derechos

colectivos reconocidos por instrumentos internacionales. Este derecho les faculta a que puedan participar en un proceso de dialogo donde pueden ser escuchados y escuchar al Estado acerca de las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles, este derecho se encuentra establecido fundamentalmente en el artículo 6.1.a del Convenio 169 de la OIT. Asimismo es un derecho que se encuentra reconocido en las Constituciones de los países de la Comunidad Andina: **Bolivia** que ratificó el Convenio y la misma está establecido en el artículo 30.II.15 de la Constitución; **Colombia** ha reconocido en el bloque de constitucionalidad, ya que éste país ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, mediante la Ley 21 en el año 1991 y sobre todo la jurisprudencia de la Corte Constitucional elevó a rango constitucional como “derecho fundamental”, en la sentencia T-380 de 1993; **Ecuador** que también ratificó el Convenio en mayo de 1998 y la Constitución lo reconoce en el artículo 57 inciso 7 numeral 17, que ordena a las autoridades que debe ser obligatoria y oportuna. En **Perú** se encuentra establecido genéricamente en las normas del bloque de constitucionalidad, el Estado Peruano ha ratificado el Convenio 169 de la OIT en 1993 (Resolución Legislativa N° 26253) y garantiza su cumplimiento en el artículo 55, el mismo establece que los tratados sobre derechos humanos tienen la misma jerarquía de la Constitución.

Todo este conjunto de reconocimientos podrían constituir una amplia protección y garantía para el pleno ejercicio de este derecho colectivo fundamental y sustantivo.

**b) Respeto del régimen normativo legal en la Comunidad de Andina Naciones.**

Se observa que los países de la Comunidad Andina de Naciones han implementado la normativa sobre el derecho a la consulta de manera ambigua, insuficiente y dispersa:

**Bolivia**, se aprecia que se ha establecido en normas sectoriales como la Ley de hidrocarburos y en la Ley de Minería y Metalurgia que regulan de manera insuficiente sin un adecuado procedimiento. También se ha observado que este país integrante de la CAN, cuenta a la fecha con un Anteproyecto de Consulta Previa, que consta de 36 artículos y 04 disposiciones finales, el mismo, con respecto a la Consulta Previa señala que es un derecho colectivo y fundamental de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y pueblo afroboliviano. Esta realidad normativa que presenta Bolivia es dispersa e insuficiente.

**Colombia:** Este país solo ha regulado el derecho a la Consulta Previa a nivel infra legal, es decir con actos administrativos y no cuenta con una ley específica que reglamente el derecho a la Consulta Previa, lo cual podemos verificar en el apartado 4.2.2 del presente trabajo de investigación.

**Ecuador:** No cuenta a la fecha con una Ley especial que regule el derecho y proceso de Consulta, solo ha aprobado normas legales sectoriales y que hacen referencia a la Consulta Previa, como se puede apreciar en el apartado 4.2.3, de esta investigación. Esta realidad del régimen jurídico ecuatoriano sobre la consulta presenta inconvenientes para la real implementación de la misma.

**Perú**, es una excepción que cuenta con una Ley específica que garantiza el proceso de Consulta Previa, pero que en realidad no ha sido todavía efectiva en la implementación en la práctica de la consulta Cristian Guzmán sostiene que “sus normas no cumplen con los estándares internacionales y no es acorde al contenido convencional” (Guzman, 2014, pág. 68).

**c) Respecto a la situación social, política y jurídica de los pueblos indígenas.**

Los pueblos indígenas en los países de la Comunidad Andina de Naciones se encuentran en una situación bastante preocupante: **Bolivia** según el censo de 2012, cuenta con una población de 10'027,254 habitantes de los cuales 15 a más años son, un total 6'916,732 personas, de este total de personas 4'032.014 (58%) negaron pertenecer a algunas de las 36 naciones o pueblos indígenas originarios mientras que 2'.806.592 (40%) se autoreconocen indígenas originarios campesinos o afrobolivianos, de los cuales el 55% viven en el área rural en extrema pobreza y el analfabetismo alcanza 17,5% (siendo las personas mayores de 50 años). La participación política es un derecho garantizado por la Constitución Política del Estado del 2009 y la Ley electoral N° 026 garantiza la cuota de participación indígena. El reconocimiento de la categoría jurídica de los pueblos indígenas es amplio en el artículo 30.I. y considera como nación, pueblo indígena, originario, campesino y afroboliviano titulares de derechos colectivos; **Colombia**, presenta una realidad social alarmante, los pueblos indígenas con una población 1'392,623 personas, que equivalen al 3.4% de la total nacional, La población indígena en un 78.6% vive en zonas rurales. Según el Departamento Nacional de Estadística (DANE

Censo 2005), el 63% de la población indígena vive bajo la línea de pobreza y el 47.6% no tiene los ingresos para adquirir una canasta de alimentos que cubran los requerimientos alimenticios mínimos diarios. 34.53% no tiene acceso a la salud y además hay en peligro de desaparición de 34 pueblos indígenas. La participación política es mínima a pesar que la Constitución norma en su artículo 171, la misma está y reglamentado por la Ley 649 del 2001, que establece curules en la cámara de representantes para las comunidades indígenas. Para el periodo de representación 2014 al 2018 los pueblos indígenas solo lograron elegir 02 Senadores, uno por el partido ASI (Alianza Social Independiente) y otro por MAIS (Movimiento Alternativo Indígena Social) colombiano de un total de 102 y 02 a la Cámara de Representantes por Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia. En cuanto al reconocimiento de los pueblos indígenas se ha hecho con la categoría jurídica de “grupos étnicos” y son reconocidos de manera genérica en el artículo 7 de la CPE que señala: “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”. En **Ecuador**, los pueblos indígenas se encuentran en situación de marginación y exclusión respecto a la participación en el gobierno nacional a pesar de su amplio reconocimiento. Los pueblos indígenas constituyen el 7% que asciende a 1'018.176 personas indígenas, del total de 14' 483. 499 habitantes, de los cuales el porcentaje mayor de las personas indígenas se encuentran en el sector rural 82%, mientras que el 18.0% se localizan en el sector urbano. La Encuesta de Empleo y Desempleo del INEC en 2010, indica que, el 72.2% de los pueblos indígenas viven en la situación de pobreza y el 43.1% en extrema pobreza. La participación política desde la elección en la presidencia de Rafael Correa, el año 2006, no significó la

presencia indígena en el gobierno y en las elecciones del 2013 solo lograron elegir 04 asambleístas provinciales para la Asamblea Nacional. El reconocimiento de los pueblos indígenas en la Constitución se encuentra en el Artículo 10 con las categorías de comunidades, pueblos y nacionalidades. **Perú**, según el Censo del 2007, cuenta con 27'053,324 habitantes de los cuales 6'489,109 son indígenas, es decir el 24% de los cuales la mayoría son los quechuas. Según el INEI al 30 de junio del 2014 las tasas de pobreza total 23,9 % e indigencia (pobreza extrema) 4,7 % y en el medio rural viven el 44.2%. Se observó que la participación política, en las elecciones para el gobierno nacional del 2011, sólo 02 líderes indígenas han sido elegidos para el Congreso, uno de la región Amazonas y una de la Sierra. El Estado peruano ha reconocido a los pueblos indígenas bajo la categoría jurídica de “comunidades campesinas y nativas” en el artículo 89 y el derecho a la identidad étnica Artículo 2.19. Apartándose de esta manera de la denominación más aceptada de pueblos indígenas del sistema de Derecho Internacional.

**d) Respeto de la implementación en la práctica de la Consulta Previa.**

Se observa que, la implementación en la práctica se realiza en un mínimo de casos y el cumplimiento de las etapas y estándares todavía es escaso. En los Países de la Comunidad Andina de Naciones se han realizado algunos casos emblemáticos de consulta en la práctica y consideramos en el apartado 4.4, del presente estudio, así tenemos que en **Bolivia** se llevó a cabo la Consulta Previa en el TIPNIS por parte del Estado que según los pueblos indígenas no se habría llevado a cabo tal como lo establecía la Ley 222 para el caso específico y desconocido por las organizaciones indígenas. **Colombia** la Consulta Previa al pueblo étnico U'wa para la explotación de hidrocarburos que

consideró solo algunas reuniones y coordinaciones como Consulta Previa. **Ecuador** realizó el proceso de consulta prelegislativa a los pueblos indígenas del Ecuador sobre Ley de aguas que se llevó a cabo con un buen final de acuerdos y consensos aceptados por ambas partes. **Perú** a pesar de contar con una Ley específica solo llevó a cabo en pocos casos como la Consulta Previa al Reglamento de la Ley de Consulta Previa, que en el inicio contó con una buena participación de representantes de los pueblos indígenas y que al final terminó solo con dos representantes de organizaciones indígenas de carácter nacional (CCP y la CONAP) la misma finalizó con el incumplimiento de acuerdos consensuados.

**e) Respeto de la protección de los derechos colectivos de los Pueblos indígenas.**

Bartolomé Clavero sostiene que, “la finalidad cardinal de la consulta es la de defensa de la cultura y territorio indígena o, mejor dicho, la de garantía de los correspondientes derechos” (Clavero, (s.f)). El Convenio 169 de la OIT señala que “Los pueblos interesados deberán tener el derecho 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”, artículo 7; asimismo “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. La utilización del término tierras (...) deberá incluir el concepto de

territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”, artículo 13.

El derecho fundamental a la Consulta Previa, se hace presente a lo largo de todo el texto del Convenio como garantía de los derechos que contempla. No se reduce a un simple artículo entre otros o, aún menos, a una posibilidad entre otras. Es la bisagra de articulación del instrumento.

El derecho fundamental colectivo a la Consulta Previa, es el que garantiza el ejercicio de otros derechos colectivos fundamentales como el derecho a la identidad étnica y cultural, la libre determinación, la participación, existencia física grupal y a la propiedad y posesión de sus tierras y territorios de los pueblos indígenas, porque de lo contrario, sin la consulta libre, informado y previa, no habría respeto a estos derechos porque quedaría abierta la posibilidad de su vulneración y quebrantamiento. Los pueblos indígenas son entidades colectivas, es decir son titulares de derechos colectivos por ser una colectividad diferenciada, esto por su pertenencia a un pueblo indígena por nacimiento y por la identidad étnica y cultural de sus integrantes.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** Que se ha determinado que; el derecho a la Consulta Previa es un derecho fundamental sustantivo de carácter colectivo, que su finalidad cardinal es la defensa de la cultura y territorio indígena garantizando el ejercicio y desarrollo efectivo de los derechos a la identidad étnica y cultural, la libre determinación, la participación, existencia física grupal y propiedad de las tierras y territorios de los pueblos indígenas. Sin la consulta libre, informada y previa, no habría respeto a estos derechos porque quedaría abierta la posibilidad de su vulneración y quebrantamiento.

**SEGUNDA:** Está de mostrado que; el desarrollo del régimen jurídico del derecho fundamental a la Consulta Previa en la Comunidad Andina de Naciones es limitado, disperso e insuficiente en los países de Bolivia, Colombia y Ecuador por cuanto no han desarrollado a la fecha una normatividad legal específica de carácter general que regule este derecho, mientras que el Perú ha cumplido con la implementación de la referida norma, mediante la aprobación de la Ley N° 29785 “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos indígenas u Originarios” y su Reglamento Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

**TERCERA:** Queda demostrado que; los pueblos indígenas en la Comunidad Andina de Naciones viven en su mayoría en situación de exclusión, pobreza y vulnerabilidad social. En el país de **Bolivia** representan el 40% de la población de 15 a más años del país, de los cuales el 55% viven en el medio rural y en pobreza; en **Colombia** constituyen el 3.4% del total de la población nacional, el 78.6% viven en el área rural y el 63% en pobreza y 34 pueblos indígenas en

peligro de desaparición; en el **Ecuador** son el 7% de la población nacional, el 82% viven en el área rural y 72.2% en pobreza; mientras que en el **Perú** conforman el 24% del total de la población nacional, el 23.9% viven en pobreza.

**CUARTA:** Respecto de la participación política en el gobierno nacional de los pueblos indígenas se ha comprobado que: en **Bolivia** los pueblos indígenas tienen amplia participación en el gobierno nacional con el partido político MAS, en las elecciones del 2014 eligieron 25 senadores (de los 36) 88 diputados (de los 130); en **Colombia** la participación política es mínima, para el periodo 2014-2018, lograron elegir para la Cámara de Senadores 02 indígenas (de los 102) y a la Cámara de Representantes 05 diputados indígenas (de los 166); en el **Ecuador** la participación política indígena es escaso, en las elecciones del 2013 solo lograron elegir 04 asambleístas indígenas para la asamblea nacional; mientras que en el **Perú** se faculta a los pueblos indígenas su participación en un 15% para la conformación de los concejos municipales y regionales, no se ha reservado legalmente escaños en el Congreso de la República.

**QUINTA:** Se ha demostrado que; a pesar de las últimas reformas constitucionales y legislativas, después de la adopción del Convenio 169 de la OIT de 1989, en el Perú y Colombia existe un reconocimiento jurídico limitado y genérico de los pueblos indígenas. Sin embargo en los países de Bolivia y Ecuador se comprueba un avance en el reconocimiento jurídico y protección de sus derechos.

**SEXTA:** Que se ha comprobado que; la implementación en la práctica de casos de Consulta Previa en los países de la Comunidad Andina de Naciones

es mínima, puesto que las mismas se realizan sin el pleno cumplimiento de todas las etapas previstas y que los Estados continúan con la suscripción de contratos de concesión, otorgamiento de autorizaciones para el desarrollo y ejecución de proyectos para la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas sin la realización del debido proceso de Consulta Previa.

.

## SUGERENCIAS

**PRIMERA:** Que es necesario realizar un estudio más integral en cada uno de los países de la Comunidad Andina sobre los pueblos indígenas, no sólo desde los aspectos jurídicos, sino también social, económico, político y antropológico, de forma tal pueda plantearse mejor las soluciones a la problemática de los pueblos indígenas.

**SEGUNDA:** Que es necesario un cambio de actitud de parte de los estados y sociedades nacionales de la Comunidad Andina de Naciones sobre el rol que desempeñan los pueblos indígenas, asimismo hay la necesidad de revalorar la condición de lo indígena, no considerando como un obstáculo en la implementación de proyectos de explotación de recursos naturales, sino que se debe tomarlos en cuenta integrándolos como parte y también como beneficiarios en la implementación de los referidos proyectos.

**TERCERA:** Que es necesario que, los estados integrantes de la Comunidad Andina de Naciones con la participación de los pueblos indígenas elaboren políticas nacionales viables a favor de los referidos pueblos y que elaboren a través de sus respectivos congresos un proyecto de Ley General de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Aguilar, G. (10 de junio de 2016). *http:digitalcommons.pace.edu/pirollini/16/7*.
- Albó, X. (2008). *Movimientos y Poder Indígena en Bolivia, Ecuador, y Perú*. La Paz: CIPCA.
- Ameller, V. (2012). *El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en America Latina*. La Paz: Editora prtesencia SRL.
- Anaya, J. (2005). *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*. Madrid: Trotta.
- Ardito, W. (s.f.). *Situación de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en el Peru*.
- Arteaga, A. (2007). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y su Reconocimiento Internacional : La Declaración de las Naciones Unidas*. Concepción : Universidad de Concepción.
- Ballón, F. (2004). *Manual de Derecho de los Pueblos Indígenas*. Lima: Defensoria del pueblo.
- Berraondo , M. (2006). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Bilbao Universidad de Deusto.
- Cabanellas, M. O. (2011). *Diccionario de Derecho*. Buenos Aires: HEliastaS.R.L.
- Cabedo, V. (2002). *Constituciones, Derechos y Justicia Indígena de los Pueblos Indígenas de América Latina*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Calsamiglia, A. (2000). *Cuestiones de Lealtad: Límites del Liberalismo, Corrupción, Nacionalismo y Multiculturalismo*. Barcelona: Pailoos Ibérica.
- Carta Andina. (2002). *Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos*. Guayaquil.
- Charles, T. (1993). *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*. México: F.C.E.
- Chuji, M. (2010). *Manual Básico Sobre la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Quito: Nuestra Amazonía.
- CIDH Sentencia (28 de noviembre de 2007).
- CIDH Sentencia (27 de junio de 2012).
- CIDH Sentencia (24 de octubre de 2014).
- Clavero, B. ((s.f)). *Consulta y Consentimiento Previo e Informado a la Luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Obtenido de [www.redaj.org](http://www.redaj.org):  
[http://www.redaj.org/IMG/pdf/Sobre\\_Consentimiento\\_Previo\\_Libre\\_e\\_Informado\\_-\\_Dr-\\_Bartolomé\\_Clavero.pdf](http://www.redaj.org/IMG/pdf/Sobre_Consentimiento_Previo_Libre_e_Informado_-_Dr-_Bartolomé_Clavero.pdf).
- Constitución . (2009). *Constitución Política del Estado Plurinacional Boliviano*.
- Constitución. (1993) *Constitución política del Perú*.
- Constitución. (2008). *Constitución Política Ecuatoriana*.
- Constitución de la OIT. (s.f.).
- Convenio. (s.f.). *Convenio N° 107*.

Correas, O. (2003). *Pluralismo Jurídico, Alternatividad y Derecho Indígena*.  
México: D.F. FONTAMARA.

Corte Constitucional . (2010). *Corte Constitucional Sentencia N° 001- 10- SIN -  
CC, 2010*.

Corte Constitucional (1993), Sentencia T380, 1993.

Corte Constitucional. (2009). *Corte Constitucional, AUTO N° 004-09,2009*.

Corte Constitucional, Sentencia T-849-2014 (2014).

*Corte Constitucional, Sentencia N° 001- 10- SIN - CC, 2010*. (2010).

Corte Constiucional, Sentencia SU-039,1997 (1997).

Corte Interamericana, Comunidad Mayagna Vs Nicaragua (31 de agosto de  
2011).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia, Caso Pueblo Indígena  
Kichua de Sayaraku Vs Ecuador (27 de junio de 2012).

Corte Interamericana, Sentencia Caso del Pueblo Saramaka Vs Surinam.,  
Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares,  
Fondo,Reparaciones y Costos (12 de agosto de 2008).

Cuaspud, M. (2009). *Trabajo de Investigación Final: Derechos Colectivos y  
Derechos Individuales*.

Daes, E. (s.f.). (2001). Las Poblaciones Indígenas y en Relación con la Tierra.  
Documenno de Trabajo Final. Doc.ONLE/CN.4/Sub.2/2001/12.

- Donayre, M. (2005). *Declaración Americana de Pueblos Indígenas: El Persuasivo Softlaw Indígena*. Lima: Horizonte.
- Decreto Supremo N° 2195. (2006).
- Domingo, E. (2008). *Derecho de los Pueblos Indígenas en el Convenio 169 y las Obligaciones de los Estados por su Ratificación*. Obtenido de [www.albedrio.org](http://www.albedrio.org)-[www.albedrio.blogspot.com](http://www.albedrio.blogspot.com).
- DPLF. (2015). *Derecho a la Consulta y al Consentimiento Previo, Libre e Informado en América Latina*. Washington : D.C. OXFAM.
- Dworkin, R. (1996). *La Comunidad Liberal: Estudio Preliminar*. Bogota: Siglo del Hombre.
- Feiring, B. (2009). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica*. Lima: Sin Edit.
- Gerbi, A. (1943). *Viejas Polémicas Sobre el Nuevo Mundo*. Lima: T. SCHEUCH S.A.
- Gómez, M. (01 de agosto de 2016). *Derecho Indígena y Constitucionalidad*. Obtenido de [www.geocities.com/relaju/mgomez.html](http://www.geocities.com/relaju/mgomez.html): <http://www.geocities.com/relaju/mgomez.html>
- Grijalva, A. (2016). *Administración de Justicia Indígena y Derechos Colectivos*. Recuperado de <http://www.Vasb.edu.ec/padh@Vasb.edu.ec>.
- Grijalva, A., Ávila, M., & Corredores, M. (2009). *Los Derechos Colectivos: Hacia una Efeciva Comprensión y Protección*. Quio: VEM gráficas.

- Guzman, C. (2014). Convencionalidad de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios. *Tesis de Pregrado*. Puno-Perú.
- INEC. (17 de junio de 2016). *www.inec.gov.ec*.
- Jahncke, J y Meza, R. (2010). *Derecho a la Participación y a la Consulta Previa en Latinoamérica*. Lima: FRANGRAF e.i.r.l.
- Konrad, A. (4 de setiembre de 2009). *Situación de los Pueblos Indígenas de Colombia*. Obtenido de <http://www.kas.de/wf/doc/kas17956-544-4-30.pdf>
- Kymlicka, W. (2000). *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory Of Minority Rights*. New York: OXFORD.
- Lanegra, B. M. (2013). *Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. El Desafío del Diálogo Intercultural en el Perú*. Lima: CENTRUM CATOLICA.
- Ley 026. (2010). Ley del Regimen electoral de 30-06-2010.
- Ley. (07 de setiembre de 2011). Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios Reconocido en el Convenio 169 de la OIT. *LEY N° 29785*. El Peruano.
- Ley. (28 de mayo de 2014). *Ley 535 Ley de Minería y Metalurgia*. La Paz, Bolivia.
- Ley 28236. (2006). Para la Protección de los Pueblos Indígenas Originarios en situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial. 16-05-2006.
- Ley 3760. (2007). Ley que Incorpora la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los P.I. en Bolivia.

Ley N° 180. (2011). Ley que Declara la Intangibilidad del TIPNIS.

Ley N° 222. (2012). Ley para la Realización de la Consulta Previa en el TIPNIS.  
24-10-2011.

Ley N° 24656. (13 de Abril de 1987). *Ley General de Comunidades Campesinas.*

Ley N° 27811. (2002). Ley de Protección a la Diversidad Biológica y de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas. 02-08-2002.

Ley N° 3058. (2005). Ley de Hidrocarburos. 17-05-2005.

Ley N° 45. (2009). Ley de Minería. 27-01-2009.

Ley N° 535. (2014). Ley de Minería y Metalurgia. 28-05-2014.

Ley N° 70. (1993). Ley que Reconoce las Comunidades Tradicionales Negras como Grupo Étnico.

Lillo, R. (2001). *El Convenio 169 de la OIT, Hacia un Reconocimiento de la Diversidad.* Obtenido de [www.estudiosindigenas.cl/trabajados/EI%20convenio%20169%20de%20la%20OIT\\_lillo.pdf](http://www.estudiosindigenas.cl/trabajados/EI%20convenio%20169%20de%20la%20OIT_lillo.pdf): [http://www.estudiosindigenas.cl/trabajados/EI%20convenio%20169%20de%20la%20OIT\\_lillo.pdf](http://www.estudiosindigenas.cl/trabajados/EI%20convenio%20169%20de%20la%20OIT_lillo.pdf)

López, N. (2000). *¿Hay Derechos Colectivos? Individualidad y sociabilidad en la Teoría de los Derechos.* Barcelona: Ariel.

Mackay, F. (1999). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional.* Lima: Global Law Association.

- Manrique, N. (2004). *Enciclopedia Temática del Perú: sociedad*. Lima: Comercio.
- Mares, E. S. (1996). *Derechos de los Pueblos Indígenas en las Constituciones de America Latina*. Bogota: Disloque Editores.
- Martínez, J. (1987). *Estudio del Problema de la Discriminación Contra las Poblaciones Indígenas*. New York: ONU.
- Masapanta, C. (2016). *El Derecho Indígena en el Contexto Constitucional Ecuatoriano entre la Exigibilidad de Derechos y el Reconocimiento del Pluralismo Jurídico*. Pág. 7. Recuperado de <http://docplayer.es/1710361b-El-derecho-indígena-en-el-contexto-constitucional-ecuatoriano-entre-la-exigibilidad-de-derechos-y-el-reconocimiento-del-pluralismo-jurídico.html>.
- Mejía, J., & Antezana, M. (2014). *Pluralismo Jurídico*. Cochabamba: Olimpo.
- Meza, J. (2010). *Derecho a la Participación y a la Consulta Previa en Latinoamérica*. Lima: FRANGRAF e.i.r.l.
- Molina, H. (1996). *Instituciones políticas*. Concepción: Facultad de Ciencias Jurídicas.
- Morris, M. (2010). *La Consulta Previa a Pueblos Indígenas: Los Estándares del Derecho Internacional*. Bogotá: Uniandes.
- Núñez, J. (2015). *Utopía Indígena Truncada. Proyecto y Praxis de Poder Indígena en Bolivia*. La Paz: CIDES-UMSA.

- OIT. (2003). *Convenio n° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual*. Francia: Dumas Tritoulet imprimeurs.
- Ordoñez, J. (2016). *Constitucionalidad de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Análisis Interdisciplinario*. Obtenido de <http://www.jurídicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/96/art/art5.htm>
- OXFAM. (2011). *El Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos Indígenas*. Lima: Gama gráfica SRL.
- Pajuelo, R. (2007). *Reinventando Comunidades Imaginadas*. Lima: Institutos de Estudios Peruanos.
- Quiroga, A. (2003). *El Debido Proceso Legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*. Lima: Jurista.
- Ramos, G. (2011). *Informe Consulta Previa: Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia*. Lima: J&O Editores Impresores SAC.
- Rawls, J. (1979). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Resolución Legislativa N° 26253. (05 de diciembre de 1993). *Aprueban el Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. Lima.
- Ribotta, B. (2010). *Diagnóstico Sociodenográfico de los Pueblos Indígenas del Perú*. Lima: CEPAL.
- Ruiz, J. (2011). *Guía de Interpretación de la ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas*. Lima: Bellido Ediciones EIRL.

Santana, R. (1995). *Ciudadanos en la Etnicidad: Los Indios en la Política o la Política de los Indios*. Quito: Abya Yala.

Sentencia, N° 0022-2009/PI/TC (09 de junio de 2010).

Sevillano, M. d. (2010). *EL Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas en el Perú. Ultimos Avances*. Lima: Sonimágenes del Perú SCRL.

Sierra, R. (2007). *Tesis Doctorales y Trabajos de Investigación Científica*. Madrid: Thompson Editores Spain.

Sivirichi, A. (1946). *Derecho Indígena Peruano*. Lima: Ediciones Kuntur.

Stavenhagen, R. (2007). *Informe del Relator Especial Sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas*. Informe a la Asamblea General A/62.286.

Tribunal Constitucional. (2007). *Tribunal Constitucional, Sentencia del Expediente N° 03343 - 2007 - PATC*.

Tribunal Constitucional, N° 0022-2009 (9 de JUNIO de 2010).

Tribunal Constitucional. (2010). *Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia N° 2003/2010-R*.

Tribunal Constitucional, Sentencia N° 0300 (Constitucional Plurinacional 2012).

Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia N° 0045-2006 (Constitucional Plurinacional 2006).

*Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia N° 2003/2010-R*. (2010).

Tribunal Supremo, E. (2012). *Informe de Observación y Acompañamiento de la Consulta Previa Libre e Informada a los Pueblos del TPNIS*. La paz: SIFDE.

Wessendorf, K. (2008). *El Mundo Indígena 2008*. La Paz: PRISA.

Wiener, L. (2009). El Pueblo Originario Aymara Peruano como Sujeto de Derechos. *Tesis de Licenciatura en Derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad Derecho Código 19999075. Lima- Perú.

## ANEXOS

**ANEXO 1****PROYECTO NORMATIVO DE REGIMEN COMUN SOBRE EL DERECHO A  
LA CONSULTA PREVIA****DECISION N°.....****REGIMEN COMUN**

EL CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES,

VISTOS: Los Artículos 1, 6, 16 y 129 del Acuerdo de Cartagena y la Decisión 524;

CONSIDERANDO: Que el Consejo Presidencial Andino, en su Declaración de Machu Picchu sobre la “Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza” de julio de 2001, dispuso el establecimiento de una Mesa de Trabajo sobre los derechos de los pueblos indígenas en el marco institucional de la Comunidad Andina; Que mediante la Decisión 674 del 26 de setiembre del 2007 decidió establecer el Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas de la Comunidad Andina como instancia consultiva en el marco del Sistema Andino de Integración, para promover la participación activa de los pueblos indígenas en los asuntos vinculados con la integración subregional.

Que el XVII Consejo Presidencial Andino ratificó, en la Declaración de Tarija, su convencimiento de que la participación y contribución de los pueblos indígenas en el ámbito de la Comunidad Andina permite la consolidación de la democracia y la generación de 20 condiciones para la sostenibilidad de los procesos de desarrollo y, en consecuencia, para los proyectos de integración regional; en este sentido, recomendó la más pronta implementación de la Mesa de Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, contemplada en la Decisión 524; Que durante el Sexagésimo primer período de sesiones, la Asamblea General de las Naciones

Unidas adoptó, el 13 de setiembre de 2007, la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas; Que, durante el cuadragésimo sexto período ordinario de sesiones, la asamblea General de la Organización de Estados Americanos adoptó el 15 de junio de 2016, Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas;

**DECIDE:**

**Aprobar lo siguiente:**

**EL REGIMEN COMUN SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE  
LOS PUEBLOS INDIGENAS DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES**

**ARTICULO 1. Objeto del régimen normativo común.**

El presente régimen normativo común tiene por objeto normar el derecho a la Consulta Previa, libre e informada de los pueblos indígenas, cuya finalidad es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones propias a los directamente afectados varones y mujeres, cuando se prevea la adopción de medidas legislativas, administrativas, planes y proyectos de desarrollo susceptibles de afectarlos sus derechos colectivos reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

**ARTICULO. 2. Naturaleza de la Consulta Previa.**

El derecho a la Consulta Previa, libre e informada es un derecho colectivo y fundamental de los pueblos indígenas de la Comunidad Andina de Naciones, tiene carácter obligatorio cuando los estados prevean la adopción de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente sus derechos colectivos. Es un mecanismo democrático eficaz para el ejercicio de los derechos colectivos y en particular la libre determinación así como para profundizar la democracia directa, participativa y comunitaria.

**ARTICULO. 3. Finalidad de la Consulta Previa.**

La consulta se realiza con el fin de alcanzar un acuerdo entre los estados y los pueblos indígenas para que su visión de desarrollo sea incorporada en la implementación o ejecución de la medida legislativa o administrativa para alcanzar el Buen Vivir de dichos pueblos.

**ARTICULO.4. Principios.**

El ejercicio del derecho a la Consulta Previa libre e informada se desarrolla en el marco de los siguientes principios: representatividad, buena fe, oportunidad, interculturalidad, plazo razonable, flexibilidad, información oportuna, transparencia, libertad, reciprocidad, consentimiento previo, complementariedad, autonomía, territorialidad, participación y respeto a la Pachamama.

**ARTICULO. 5. Concepto de la Consulta Previa.**

Es el proceso de diálogo intercultural entre los estados y los pueblos indígenas sobre medidas o acciones susceptibles de afectarles sus derechos colectivos.

El mismo se realiza antes de la adopción de la decisión final para la implementación o ejecución de medidas legislativas o administrativas y establece un procedimiento donde las partes participan libremente y acceden a la información veraz y oportuna.

#### **ARTICULO. 6. Sujetos de Consulta Previa.**

El sujeto activo son los estados y el sujeto pasivo y titulares del derecho a la consulta previa libre e informada los pueblos indígenas que viven en los territorios de los estados nacionales de la Comunidad Andina de Naciones.

#### **ARTICULO.7. Concepto de pueblos indígenas.**

Son organizaciones comunitarias que mantienen descendencia con las poblaciones anteriores a las invasiones coloniales, viven en los territorios desde antes de los estados nacionales, conservan sus instituciones sociales, económicas, políticas, conciencia colectiva de mantener su existencia diferenciada y concepción cósmica de la vida.

En estos se incluye a los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en contacto inicial.

#### **ARTICULO.8. Criterios de Identificación de los pueblos indígenas.**

Los pueblos indígenas son sujetos del derecho a la Consulta Previa en cuanto cumplan total o parcialmente las siguientes condiciones:

1. Existencia precolonial y continuidad de dominio ancestral del territorio.

2. Conservación total o parcial de sus patrones culturales, modos de vida, instituciones propias: sociales, económicas, culturales y políticas que los representan y son distintos a los otros sectores de la población nacional.
3. Autoidentificación como parte de una nación o pueblo y conservan en la actualidad su relación con dichas colectividades indígenas.
4. Acceso y gestión colectiva de sus tierras y territorios.
5. Conciencia colectiva con deseo de continuar su existencia diferenciada.

#### **ARTICULO. 9. Solicitud de la Consulta Previa**

Los pueblos indígenas a través de sus legítimos representantes, adjuntando su decisión colectiva, podrán solicitar su inclusión o la realización del proceso de Consulta Previa cuando consideren necesario y sean susceptibles de afectación material en sus derechos colectivos en la implementación de medidas legislativas, administrativas, proyectos y planes.

#### **ARTICULO.10. Excepciones a la Consulta Previa.**

Las siguientes medidas no son objeto de consulta:

- a) Las medidas legislativas o administrativas relacionadas a la seguridad y defensa de los estados nacionales.
- b) Las medidas legislativas o administrativas para la atención de catástrofes o desastres naturales, atención de epidemias o emergencias sanitarias.

- c) Las medidas legislativas o administrativas destinadas a garantizar la seguridad ciudadana o el control de delitos tipificados en normativa legal vigente.
- d) Las medidas administrativas planificadas y diseñadas con participación de los pueblos indígenas en el marco de sus instituciones y procedimientos propios, destinadas a fortalecer sus derechos colectivos fundamentales.
- e) Las decisiones derivadas de la jurisdicción constitucional, ordinaria y agroambiental.

#### **ARTICULO. 11. Responsabilidad estatal.**

Los Estados tienen la obligación insustituible, que, a través de sus entidades del nivel nacional o entidades territoriales autónomas, promover e implementar procesos de Consulta Previa libre e informada a las naciones y pueblos indígenas, en los términos establecidos en el Convenio 169 de la OIT, los instrumentos internacionales y la presente Norma.

#### **ARTICULO.12. Responsabilidad de los pueblos indígenas.**

Es responsabilidad de las instancias representativas de los pueblos indígenas de los estados de Comunidad, coadyuvar a sus representados en el ejercicio del derecho colectivo fundamental a la Consulta Previa libre e informada.

#### **ARTICULO 13. Derecho de participación.**

Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva, a través de sus representantes legítimos elegidos por ellos de conformidad con

sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas.

#### **ARTÍCULO 14. Derechos colectivos.**

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas se encuentran clasificados en:

**I. Derechos territoriales:** a la territorialidad y titulación colectiva de sus tierras y territorios; al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos renovables existentes en sus territorios; a la gestión territorial autónoma, a vivir en un ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas, a participar en los beneficios de la explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios, a la propiedad imprescriptible de sus tierras y a no ser desplazados de sus tierras.

**II. Derechos culturales:** a su identidad cultural y étnica, creencias religiosas y espiritualidades, prácticas y costumbres tradicionales, a su propia cosmovisión; a la protección de sus lugares sagrados; a que sus saberes y conocimientos tradicionales como su medicina tradicional, a sus derechos lingüísticos, sus rituales, sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados; a la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso promoción y desarrollo;; al uso de su vestimenta, símbolos y emblemas que los identifican; a inscribir su identidad cultural junto a su ciudadanía boliviana, colombiana, ecuatoriana y peruana.

**III. Derechos políticos:** a existir libremente; a la libre determinación; al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos; a la Consulta Previa; a que sus instituciones sean parte de la estructura general de los estados y a la participación en la gestión del Estado.

**IV. Derechos sociales y económicos:** a una educación intracultural, intercultural y plurilingüe, a la creación de medios de comunicación indígena y a la salud universal y gratuito respetando su cosmovisión y prácticas tradicionales.

#### **ARTICULO. 15. Recursos y logística.**

Los estados a través de las entidades responsables del proceso de Consulta Previa tienen la responsabilidad de garantizar los recursos y las condiciones materiales necesarias para la ejecución de los procesos de Consulta Previa libre e informada.

#### **ARTÍCULO. 16. Etapas.**

El proceso de Consulta Previa libre e informada se realizará con el cumplimiento de las siguientes etapas:

1. Identificación de la medida legislativa y administrativa.
2. Identificación de los pueblos indígenas.
3. Publicidad de la medida legislativa administrativa.
4. Información sobre la medida legislativa y administrativa.
5. Evaluación interna por los pueblos indígenas sobre la medida.

6. Organización y planificación de la consulta.
7. Preparación de la consulta.
8. Coordinación de la consulta.
9. Instalación de la consulta.
10. Desarrollo de la consulta, reuniones y escuchar a los pueblos indígenas.
11. Reuniones de deliberación pueblos indígenas y el Estado.
12. Concertación de la Consulta.
13. Análisis de los resultados.
14. Mediación.
15. Cierre de la Consulta.
16. Decisión sobre la consulta.
17. Impugnación de la consulta.
18. Seguimiento de la consulta.

#### **ARTICULO 17. Idioma a utilizarse.**

El proceso de Consulta Previa se realizará respetando la diversidad cultural, se deberá utilizar el castellano y el o los idiomas de los pueblos indígenas, sujetos de la consulta. La información difundida sobre la medida objeto de consulta deberá ser entregada en los idiomas propios del sujeto de consulta en lo posible.

En caso de ser necesario el proceso de consulta contará con la participación de traductores capacitados y conocedores de las temáticas relacionadas con el objeto de consulta.

#### **ARTICULO 18. Obligatoriedad de los Acuerdos.**

Los acuerdos suscritos entre las entidades responsables de la consulta y el sujeto de consulta, como resultado del proceso de consulta, son de cumplimiento obligatorio para las partes, tienen plena validez legal, son exigibles en instancias administrativas y jurisdiccionales respectivos de los países de la Comunidad. Serán registrados en actas y elevar su inscripción en el registro público nacional de cada Estado, las mismas se constituyen en instrumentos de carácter público.

#### **ARTICULO 19. Seguimiento de los acuerdos**

La Entidad Responsable de la Consulta Previa y los sujetos de la consulta, realizarán seguimiento al cumplimiento de los acuerdos alcanzados, así como a la implementación o ejecución de la medida, en este marco podrán conformar comisiones mixtas. Asimismo, el Instituto de Consulta Previa podrá realizar el seguimiento correspondiente.

#### **ARTICULO 20. Reparación en las afectaciones de derechos colectivos**

I. Cuando de la implementación o ejecución de una medida legislativa o administrativa, derive una afectación directa a derechos colectivos de los indígenas, procede la reparación a través de los siguientes mecanismos de: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición con el fin de lograr la superación del daño producido a los derechos

colectivos de los pueblos indígenas, la recuperación de las condiciones y espacios para la reproducción de la vida, de los procesos culturales y de los sistemas productivos.

II. La Entidad Responsable de la Consulta Previa, deberán en su normativa sectorial establecer los mecanismos de reparación de acuerdo a las características particulares de cada sector.

#### **ARTICULO 21. Observadores.**

Previo acuerdo entre la Entidad Responsable de la Consulta y el sujeto de consulta, la Defensoría del Pueblo u organismos nacionales e internacionales vinculados a la promoción y defensa de los derechos humanos de los indígenas podrán participar en calidad de veedores en los procesos de Consulta Previa libre e informada.

#### **ARTICULO 22. Base de Datos.**

Se crearan la base de datos oficial administrada por una Entidad Neutral de Consulta, con el fin de contar con información referencial que sirva para cumplir con las atribuciones de valorar la correcta identificación del sujeto susceptible de ser afectado y la caracterización de las posibles afectaciones a derechos colectivos.

#### **ARTICULO 23. Instituto de Consulta Previa.**

I. Se crea el “Instituto de Consulta Previa” para la gestión Intercultural del Derecho a la Consulta, como instancia deliberativa, consultiva, propositiva y participativa.

II. La composición del Instituto se establecerá a partir de la representación paritaria entre las organizaciones indígenas del nivel nacional y el Órgano Ejecutivo.

III. El Instituto de Consulta Previa se articula con la instancia designada por el Órgano Ejecutivo cuya estructura, composición y formas de designación de sus miembros será establecido en disposición legal específica.

#### **ARTÍCULO 24. Cumplimiento de las disposiciones.**

Las instancias gubernamentales competentes de los Países Miembros adelantarán, en coordinación con las organizaciones indígenas, las acciones necesarias para darle cabal cumplimiento y seguimiento a las disposiciones contenidas en esta Decisión.

En cada uno de los Países Miembros se establecerá una sede del Instituto de Consulta Previa. Estará conformada por representantes de los organismos nacionales competentes, representantes de las redes de organizaciones indígenas del país y representantes de las Defensorías del Pueblo.

#### **ARTÍCULO 25. Secretaria Técnica**

La Secretaria General de la Comunidad Andina desempeñará las funciones de Secretaría Técnica del Instituto de Consulta Previa.

Dada en la ciudad Cartagena de Indias, Colombia, a los veinticinco días del mes de Julio del año dos mil dieciséis.

ANEXO 2

CUADRO MATRIZ DE CONSISTENCIA DE LA INVESTIGACIÓN PROPUESTA

Planteamiento Problema	HIPOTESIS	OBJETIVOS	VARIABLES	INDICADORES	METODO	TECNICA	INSTRUMENTO
¿Puede el Régimen Jurídico del Derecho Fundamental a la Consulta Previa, influir en la protección de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en la Comunidad Andina de Naciones?	Es probable que el régimen normativo del Derecho Fundamental a la Consulta Previa permita la protección de los Derechos Colectivos de los pueblos indígenas.	Describir y explicar el régimen Jurídico del Derecho Fundamental a la Consulta Previa y su influencia en la Protección de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en la Comunidad Andina de Naciones.	<u>V. Independiente</u>  -El Régimen Normativo del Derecho Fundamental a la Consulta Previa.	1.- ¿Cómo es el desarrollo normativo de la Consulta Previa? 2.- ¿Cómo regulan las normas legales nacionales a la Consulta Previa? 3.-¿Es de carácter vinculante la Consulta Previa?  1.- ¿Existe normas nacionales que regulan el proceso de la Consulta Previa? 2.- ¿Cómo es el procedimiento para la realización de la Consulta Previa en cada País?	Análisis Jurídica Interpretación Inductivo  Documental Análisis Interpretación Jurídica	Análisis, observación, interpretación documental  Análisis, observación, interpretación documental	-Ficha Resumen -Ficha de observación documental  -Ficha Resumen -Ficha documental -Ficha Análisis documental
			<u>V. Dependiente</u>  -Protección de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas.	1.-¿Cómo se define los derechos Colectivos? 2.-¿Cuáles son las características de los derechos Colectivos?	Interpretación Jurídica Análisis	Análisis, observación, interpretación documental	-Ficha de resumen. -Ficha Obs. documental
				1.-¿Cómo se regula los derechos Colectivos? 2.-¿Qué Derechos Colectivos son fundamentales?	Interpretación Jurídica Análisis	-Análisis, observación, interpretación documental	-Ficha de Resumen. -Ficha análisis
				1.-Como se diferencia los derechos Colectivos de los Individuales? 2.-¿Qué derechos individuales se reconoce a los pueblos indígenas?	Análisis Documental Análisis	-Análisis documental	-Cuadro comparativo -Ficha de resumen.
				1.-Cuales son los Derechos colectivos que se protegen?	Análisis Interpretación Jurídica	-Análisis documental	-Ficha de observación documental

ANEXO 3

FICHA DE REGISTRO BIBLIOGRÁFICO

12.5cm

**Nombre del autor:**.....  
.....  
.....

**Título del Libro:**.....  
.....  
.....

**Editorial, Lugar y Año:**.....  
.....  
.....

**Nombre de la biblioteca:**.....  
.....

**Código:**.....  
.....  
.....



**ANEXO 5**

**FICHA DE RESUMEN**

20X12.5cm

**FUENTE: TITULO**.....

**AUTOR:**.....

**AÑO**.....**PAGINAS**.....

**EDICION**.....**EDITORIAL**.....

**TEMA:**.....

**SUBTEMA**.....

**CONTENIDO**

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

## ANEXO 6

## ARTÍCULO CIENTÍFICO

**RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES****LEGAL REGIME OF FUNDAMENTAL RIGHT TO PRIOR CONSULTATION AND PROTECTION OF COLLECTIVE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES IN THE ANDEAN COMMUNITY OF NATIONS**AUTOR: BRUNO ABAD PACOMPIA PANCA<sup>1</sup>**RESUMEN**

La Consulta Previa, constituye un derecho fundamental de carácter colectivo que faculta la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones del Estado en asuntos que les pueda afectar sus derechos. Por lo que el objeto de la presente investigación es describir y explicar el régimen jurídico del derecho fundamental a la Consulta Previa y su influencia en la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Comunidad Andina de Naciones. Para lo cual se ha realizado el análisis de las normas legales de los países miembros de la comunidad. Asimismo la descripción de la problemática jurídica, social y política de los pueblos indígenas, el análisis de los casos emblemáticos de implementación en la práctica de la Consulta Previa y la identificación de los derechos colectivos protegidos por el derecho fundamental a la Consulta Previa. En esta investigación se ha recurrido al uso del método inductivo-analítico y de interpretación jurídica-documental. Entre los resultados más resaltantes tenemos que, el derecho a la Consulta Previa ha tenido un desarrollo diferente en cada país integrante de la CAN, en el caso de Bolivia se ha implementado a nivel de norma constitucional en forma expresa. En Colombia la Consulta Previa no se ha recogido expresamente en la Constitución de 1991 y se ha verificado que se ha intentado regular a través de actos administrativos dispersos. En el Ecuador se ha normado expresamente en la Constitución de 2008, existe además un intento de regulación a nivel de normas sectoriales. En el Perú, este derecho no ha sido normado expresamente en la Constitución de 1993, sin embargo se ha reglamentado a través de una Ley especial (Ley 29785) que a la fecha no ha mostrado los resultados esperados.

**PALABRAS CLAVES:** Convenio 169 de la OIT, pueblos indígenas, comunidades campesinas, Consulta Previa, derechos colectivos, derecho indígena, propiedad colectiva, derecho consuetudinario, pluralismo jurídico.

---

<sup>1</sup>Bachiller egresado de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano. Email: titiccabruno@hotmail.com

## ABSTRACT

The Prior Consultation constitutes a fundamental and collective right that empowers the participation of indigenous peoples in the decision-making of the State in matters that may affect their rights. Therefore, the purpose of this research is to describe and explain the legal regime of the fundamental right to prior consultation and its influence on the protection of the collective rights of indigenous peoples in the Andean Community of Nations. For this purpose, the analysis of the legal norms of the member countries of the community has been carried out. It also describes the legal, social and political problems of indigenous peoples, the analysis of the emblematic cases of implementation in the practice of the Prior Consultation and the identification of the collective rights protected by the fundamental right to the Prior Consultation. In this research has been used to use the methods of inductive-analytical and legal-documentary interpretation. Among the most outstanding results we have, the right to the Prior Consultation has had a different development in each member country of the CAN, in the case of Bolivia has been implemented at the level of constitutional norm expressly. In Colombia, the Prior Consultation has not been explicitly included in the 1991 Constitution and it has been verified that it has been tried to regulate through dispersed administrative acts. In Ecuador has been specifically regulated in the Constitution of 2008, there is also an attempt to regulate at the level of sectorial rules. In Peru, this right has not been expressly regulated in the 1993 Constitution, however it has been regulated through a special law (Law 29785) which to date has not shown the expected results.

**KEYWORDS:** Convention 169 OIT, indigenous people, communities of campesinas, prior consultation, collective rights, indigenous rights, common property, customary law, legal pluralism.

## I. INTRODUCCIÓN

Los gobiernos de los estados de la Comunidad Andina de Naciones, han venido realizando la concesión de los recursos naturales existentes en los territorios de los pueblos indígenas. Estas concesiones se vienen realizando sin la participación de dichos pueblos, es decir, sin la realización de los procesos de Consulta Previa previsto en el Convenio OIT. Esta actitud de los gobiernos ha generado el rechazo y reclamo de parte de los pueblos indígenas, y en muchas veces, al no ser escuchados y tomados en cuenta, organizan movilizaciones y protestas en contra del estado nacional en la que viven. Esta situación ha desencadenado conflictos sociales que han amenazado la estabilidad democrática y la gobernabilidad en los países de la CAN.

Esta investigación se justifica, en razón a que es necesario conocer el desarrollo del derecho a la Consulta Previa, la realidad situacional de los pueblos indígenas y la protección de los derechos colectivos de los indígenas en la Comunidad Andina. Asimismo esta investigación nos permitirá proponer un proyecto normativo común sobre la Consulta Previa para los pueblos indígenas de la CAN.

En la presente investigación se aborda el análisis de la normativa sobre el derecho fundamental a la Consulta Previa de los pueblos indígenas en los países integrantes de la CAN. Para ello nos hemos planteado como interrogante central ¿puede el régimen jurídico del derecho fundamental a la Consulta Previa, influir en la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Comunidad Andina de Naciones? Y las preguntas específicas: a) ¿Cómo se desarrolla el régimen jurídico del derecho fundamental a la Consulta Previa de los pueblos indígenas, en los países de la Comunidad Andina de Naciones?, b) ¿Cuál es la situación, social, política y jurídica de los pueblos indígenas, en los países de la Comunidad Andina de Naciones?, c) ¿Existe casos de implementación en la práctica del proceso de Consulta Previa, realizadas a los pueblos indígenas, en los países de la Comunidad Andina de Naciones?, d) ¿Qué derechos colectivos de los pueblos indígenas son protegidos por el derecho fundamental a la Consulta Previa?.

## II. METODOLOGÍA

La presente investigación se realizó en el marco del diseño cualitativo de tipo jurídico descriptivo. Para el desarrollo de los objetivos planteados se ha recurrido al uso de los métodos de la siguiente manera: Analítico, inductivo, interpretación jurídica y documental.

Primer objetivo, se ha realizado el análisis por separado de los elementos de las normas jurídicas sobre la Consulta Previa de cada uno de los países de CAN.

Segundo objetivo, con el uso del método inductivo, en el estudio y análisis de los pueblos indígenas, se inició desde los aspectos particulares de la problemática indígena para llegar a conclusiones generales. Respecto a este método Sierra Bravo nos dice: “Es inductivo en cuanto procede mediante la clasificación sistemática de los datos obtenidos durante la observación, con el fin de determinar las regularidades que presentan” (Sierra, 2007, pág. 32).

Tercer objetivo, en la que se utilizó el método de análisis y documental. La revisión y estudio de informes (documentos) sobre los casos emblemáticos de Consulta Previa a los pueblos indígenas se analizó por cada país.

Cuarto objetivo, se ha recurrido al uso del método de interpretación jurídica, en la que, para identificar y entender el sentido de los derechos colectivos de los pueblos indígenas normados, se hizo a través de la interpretación de las normas.

Las técnicas que se han utilizado en la presente investigación son: la observación documental, revisión de documentos y el análisis e interpretación documental. Los instrumentos que se utilizaron fueron: la ficha de observación y análisis documental (la que se ha aplicado para analizar las normas legales referidas al derecho a la Consulta Previa), ficha de resumen y ficha de registro bibliográfico.

El universo de nuestra investigación constituyen la legislación sobre la Consulta Previa, las jurisprudencias de los tribunales constitucionales, los pueblos indígenas, casos emblemáticos de Consulta Previa realizados a los pueblos indígenas de la Comunidad Andina de Naciones y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la doctrina existente sobre nuestro tema de investigación.

### **III. DISCUSIÓN Y RESULTADOS**

#### **3.1. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES.**

##### **3.1.1. Reconocimiento de la Consulta Previa en Bolivia**

La actual Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, reconoce expresamente el derecho a la Consulta Previa, estableciendo en su artículo 30. Inciso II número 15, de la siguiente forma:

En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos gozan de los siguientes derechos: [...] 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan. (Constitución Política de Bolivia, 2009)

La Constitución también ordena la realización de la consulta a la población afectada, en la explotación de recursos naturales, disponiendo que:

La explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada. Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión ambiental y se promoverá la conservación de los ecosistemas, de acuerdo con la Constitución y la ley. En las naciones y pueblos originarios campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios. (Constitución, 2009, art. 452.I).

Asimismo, la Constitución reconoce la existencia de la autonomía indígena originario campesina. Al respecto Vladimir Ameller nos indica que “su importancia en el marco de la consulta previa es que dicha autonomía tiene una competencia exclusiva participar, desarrollar, y ejecutar los mecanismos de consulta previa, libre e informada relativos a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas y administrativas que los afecten” (Ameller, 2012, pág. 23 y 24).

Como se observa las citadas normas constitucionales nos muestran el amplio reconocimiento del derecho a la Consulta Previa en Bolivia.

Por otra parte, las leyes sectoriales también han venido desarrollando el derecho a la Consulta Previa, la Ley N° 3058 en el artículo 114, que a la letra establece:

En concordancia con los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, la consulta se efectuará de buena fe, con principios de veracidad, transparencia, información y oportunidad. Deberá ser realizada por las autoridades competentes del Gobierno Boliviano y con procedimientos apropiados y de acuerdo a las circunstancias y características de cada pueblo indígena, para determinar en qué medida serían afectados y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios. La Consulta tiene carácter obligatorio y las decisiones resultantes del proceso de consulta deben ser respetadas. (Ley, Ley N° 3058 de Hidrocarburos, 2005).

Como puede apreciarse, esta Ley expresa que las comunidades y pueblos campesinos indígenas, originarios, independientemente de su organización deberán ser consultados de manera previa, obligatoria y oportuna cuando se pretenda desarrollar cualquier actividad hidrocarburífera en sus territorios.

Otro aspecto importante que contiene esta Ley es en cuanto a, que la consulta se realiza en dos momentos: “1) Previamente a la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos; 2) Previamente a la aprobación de los estudios de evaluación de impacto ambiental” (Ley N° 3058, 2005, art. 115).

En cuanto a las actividades de exploración y explotación de recursos mineros se realiza en Bolivia bajo el marco de la Ley N° 535, que ha derogado el anterior Código de Minería Ley N° 1777 del 17 de marzo de 1997. La nueva Ley regula en el artículo 207.I, de la Consulta Previa, a la letra:

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 30 y artículo 403 de la Constitución Política del Estado, se garantiza el derecho de Consulta Previa, libre e informada realizada por el Estado a las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, comunidades interculturales y pueblo afroboliviano, como derecho colectivo y fundamental de carácter obligatorio, a realizarse respecto de toda solicitud bajo la presente ley, para la suscripción de un contrato administrativo minero susceptible de afectar directamente sus derechos colectivos. (Ley 535 Ley de Minería y Metalurgia, 2014)

Asimismo a la fecha de la realización de la presente investigación, Bolivia cuenta con un “Anteproyecto de Ley de Consulta Previa, Libre e Informada”, el mismo recoge ampliamente todos los elementos establecidos en la Constitución y el Convenio 169 de OIT.

### **3.1.2. Reconocimiento de la Consulta Previa en Colombia**

La Constitución de Colombia no reconoce expresamente este derecho colectivo fundamental de los pueblos indígenas, en ninguno de sus artículos. Empero, algunos autores han defendido el carácter de “Derecho Constitucional Innominado” de este derecho. (Duran. 2013, p, 27). A pesar que no se reconoce expresa y literalmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo

ha deducido conforme a los artículos 11, 93, 103 y 303 en los que se reconoce el derecho a la participación en general, el derecho a la vida, entre otros. Por lo que se concluye que el derecho a la Consulta Previa se sitúa dentro del “bloque de constitucionalidad”, por varias razones: Primero por el reconocimiento del Convenio 169 de la OIT, por el Estado el mismo ya forma parte de dicho bloque; Segundo por el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana para el Estado de Colombia y por último la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia elevó a rango constitucional como “derecho fundamental”. El cual se traduce en una eficacia directa del derecho así como para protegerlo y reclamarlo, en el caso que se vulnere, a través de la acción de tutela efectiva.

Asimismo, la Constitución establece, la participación de las comunidades indígenas en los casos de explotación de los recursos naturales ubicados en sus territorios, artículo 330 de la siguiente manera:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten, respecto de dicha explotación, el gobierno proporcionará la participación de los representantes de las respectivas comunidades. (Constitución Política de Colombia, 1991)

Por otro lado, el desarrollo de la normativa sobre la Consulta Previa en Colombia se hizo mediante instrumentos jurídicos de rango infra legal. El inicio de esta normativa se dio con la Ley General del Ambiente Ley N° 99 del 22 de diciembre de 1993, el cual en su artículo 76 establece que la explotación de los recursos naturales deberá ejecutarse previa consulta con los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes.

Otra norma que también es importante considerar es la Ley N° 70 que en su artículo 44 reconoce a las comunidades tradicionales negras como grupo étnico, estableciendo:

[...] Como mecanismo de protección de la identidad cultural, que las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socioeconómico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretenda adelantar en las áreas a que se refiere esta ley. (Ley N° 70, 1993).

Se observa que las citadas normas regulan de manera genérica la realización de la Consulta Previa, tanto a los pueblos indígenas y afrodescendientes, sin precisar su naturaleza y su contenido.

Posteriormente, el gobierno intentó la reglamentación de la consulta a través de Decretos presidenciales como: el Decreto N° 1397 de 1996 por el cual el gobierno crea la “Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación”. Esta norma obliga al estado a involucrar y a consultar a los pueblos indígenas cuando se pretenda llevar a cabo proyectos y planes de desarrollo en sus territorios. El artículo 7, establece los casos en las que no se podrá otorgar licencia ambiental, que por lo cual deberá realizarse un estudio de impacto ambiental con la participación efectiva de las comunidades

y sus autoridades y si en caso que el estudio de impacto ambiental indique que con la licencia ambiental se podría afectar la realidad económica, social o cultural de los pueblos indígenas, ésta será denegada por la autoridad ambiental competente, que será siempre mediante una resolución debidamente motivada. Además, el artículo 16 precisa sobre la necesidad de informar con anticipación, para que, en los procesos de consulta de las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar a comunidades o pueblos indígenas puedan participar.

Otro Decreto Presidencial que se emitió es el Decreto N° 1320 de 1998 que reglamenta el proceso de Consulta Previa con las comunidades indígenas y afrodescendientes para la explotación de recursos naturales en sus territorios. El objetivo central de esta norma fue, un intento en aquel entonces, reglamentar con un procedimiento específico el proceso de Consulta Previa para que las autoridades ambientales puedan realizar sus funciones y competencias establecidas en la materia y también cumplir con lo ordenado en el artículo 76 de la antes citada Ley N° 99. Sin embargo, esta norma ha sido observado y cuestionado por la OIT, que a través de su Consejo de Administración y la CEACR, han expresado que:

[...] No es compatible con el Convenio 169 de la OIT, ni en lo que respecta a su elaboración, por cuanto no fue elaborado en consulta y con la participación de los pueblos indígenas, ni respecto de su contenido; por lo que han pedido su modificación para ponerlo de conformidad con el Convenio 169 de la OIT. (DPLF, 2015, pág. 28)

Asimismo la Corte Constitucional (Sentencia, 1998) ordenó la revisión y suspensión de su aplicación, porque resulta incompatible con los principios y estándares establecidos en el Convenio 169 de la OIT y otras normas de carácter internacional.

También el gobierno expidió otra Directiva Presidencial N° 001-2010, en el que estableció que acciones requieren consulta y los mecanismos para realizarla y otro Decreto 2893 de 2011 mediante el cual se crea la Dirección Nacional de Consulta Previa en el Ministerio del Interior.

Por último, se ha emitido el Decreto 2613-2013 y la Directiva Presidencial N° 10-2013. El objetivo principal de estas normas es lograr la articulación de la institucionalidad pública en torno a la Dirección de la Consulta Previa. Sin embargo estas normas son criticadas fuertemente por las organizaciones indígenas ya que fueron aprobadas sin la debida Consulta Previa y que su implementación busca la reglamentación de la consulta a través de circulares, resoluciones y directivas.

Los especialistas de DPLF manifiestan su preocupación por la proliferación de actos administrativos, al indicar que “Colombia cuenta con una serie de actos administrativos que regulan el derecho a la consulta con diferentes alcances, cuya legitimidad ha sido puesta en cuestión por haber sido adoptados de manera unilateral por entidades del gobierno” (Legal, 2015, p. 29).

En la actualidad, existe un proyecto de “Ley Estatutaria sobre la Consulta Previa para Grupos Étnicos”, el mismo ha sido elaborado por el Ministerio del interior, sin la realización de la consulta ni participación de los pueblos indígenas. La falta de una norma específica que regule la Consulta Previa está generando efectos prácticos perjudiciales en los procedimientos y la imposibilidad de determinar el tiempo de la consulta.

### 3.1.3. Reconocimiento de la Consulta Previa en Ecuador

La carta fundamental ecuatoriana, reconoce expresamente este derecho colectivo fundamental de los pueblos indígenas en el artículo 57 inciso 7 y 17, al señalar que:

Se reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los instrumentos internacionales de derechos humanos. 17. La Consulta Previa, libre e informada, dentro del plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentran en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que estos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causan. La consulta que deben realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la Ley. (Constitución, Constitución Política del Ecuador, 2008)

Por otro lado a nivel de leyes especiales, la normativa sobre la Consulta Previa es limitada y ambigua. La Ley de Minería, regula la participación ciudadana o procedimiento especial de consulta a los pueblos indígenas, el artículo 90 señala:

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 explotación minera se lleve a cabo en sus tierras y territorios ancestrales y cuando dichos labores puedan afectar sus intereses. De conformidad con el artículo 398 de la Constitución de la República. (Ley, 2009)

Como se aprecia esta norma hace referencia de la Consulta Previa como un mero mecanismo de participación ciudadana en general sin abordar como un derecho colectivo fundamental de los pueblos indígenas. Por esta razón y además por no haber sido sometido a Consulta Previa (pre legislativa) a los pueblos indígenas, la Ley de Minería ha sido objeto de demanda de inconstitucionalidad por parte de la organización indígena CONAIE. La Corte Constitucional de Ecuador resolvió este caso declarando la constitucionalidad condicionada de varios artículos de esta Ley, entre ellos el citado artículo 90 en el sentido que:

Se mantendrá vigente y válido sólo si se aplica en los territorios de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias; aclarando que si en caso que se realizara actividades y/o

concesiones mineras en los territorios indígenas deberá realizarse obligatoriamente la Consulta Previa prevista en el artículo 57 numeral 7 de la Constitución de 2008. (Sentencia, 2010).

Asimismo, el gobierno emitió el Decreto Ejecutivo 1247, el 12 julio del 2012, norma reglamentaria denominada “Reglamento para la ejecución de la Consulta Previa, libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos”, la emisión de esta norma se hizo sin la realización de la Consulta Previa ni contó con la participación de los pueblos y nacionalidades indígenas como lo ordena la Constitución, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la sentencia en el “caso Sarayaku vs. Ecuador” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Posteriormente se expidió la Ley N° 305 de Recursos Hídricos, el 6 de agosto de 2014, el cual regula de forma ambigua y confuso sobre la consulta en el artículo 68, facultando a la Autoridad Única del Agua, a través de los consejos de cuenca hidrográfica, la realización de la consulta de manera previa, libre, informada y obligatoria en un plazo razonable a las organizaciones de usuarios, en los asuntos relacionados con la gestión integrada de los recursos hídricos. Asimismo el artículo 71 inciso F, establece que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen el derecho a ser consultados de forma obligatoria, previa, libre e informada en un plazo razonable, acerca de motivos o autorizaciones estatales referidas a la gestión del agua que discurre por sus tierras y territorios.

#### **3.1.4. Reconocimiento de la Consulta Previa en Perú**

El actual texto constitucional del Perú, no consagra expresamente el derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas. Sin embargo, este derecho tiene cobertura constitucional indirecta por medio de las normas concernientes al sistema electoral, que está establecido en el artículo 182 de la Constitución, con la figura de consultas populares. Asimismo podemos señalar que tiene cobertura indirecta, a través de las normas que reconocen el derecho a la participación en general, normados por los artículos 2.17 y 31 de la Constitución. También tiene protección por las normas del bloque de constitucionalidad, ya que el Estado peruano ha firmado y ratificado instrumentos jurídicos internacionales de Derechos Humanos, como el Convenio N° 169 de la OIT y otros que están incorporados al ordenamiento jurídico constitucional a través de las cláusulas de apertura.

Por un lado se aprecia que el Estado peruano es el primer país de Latinoamérica que ha aprobado y regulado el derecho a la Consulta Previa a través de una norma específica, la Ley N° 29785 publicada en el Peruano, el 7 de septiembre de 2011, la misma ha sido reglamentado por el Decreto Supremo N° 001-2012-MC de fecha 3 de abril de 2012.

Respecto a la importancia de esta Ley Beatriz Merino e Iván Lanegra Sostienen que: “su aplicación puede generar prácticas que coadyuven a legitimar los mecanismos de dialogo como vía para enfrentar posibles controversias o

conflictos, pero también busca iniciar un cambio más profundo en las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas, caminado hacia el desarrollo de una democracia multicultural” (Lanegra, 2013, pág. 126). Asimismo a la fecha no ha sido efectiva en la implementación en la práctica de la consulta, al respecto, Cristian Guzmán sostiene que “sus normas no cumplen con los estándares internacionales y no es acorde al contenido convencional” (Guzman, 2014, pág. 68)

### **3.2. PROBLEMÁTICA SOCIAL, POLÍTICA Y JURÍDICA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES**

#### **3.2.1. Situación social, jurídica y política de los indígenas en Bolivia**

Conforme al Censo Nacional de Poblaciones y Viviendas del año 2012, Bolivia cuenta con 10'027,254 (100%) habitantes de los cuales 15 a más años son, 6'916,732 personas, del cual un total de 4'032.014 (58%) personas negaron pertenecer a alguna de las 36 pueblos indígenas, mientras que 2'806.592 (40%) personas se reconocen como indígenas. El 55% de la población indígena vive en el área rural donde la incidencia de la situación de pobreza extrema supera en un 100% a la del área urbana.

El Estado boliviano ha reconocido a los pueblos indígenas en la Constitución Política del Estado de 2009 en el artículo 30.I. establece que: “Es nación y pueblo indígena originario campesino toda colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española”. Asimismo, el artículo 31.I y II, a los que están en peligro de extinción y en aislamiento voluntario respectivamente y el artículo 5.I reconoce a los 36 pueblos indígenas que conforman el Estado boliviano y el derecho a gozar de sus respectivos idiomas, este reconocimiento constitucional también otorga derechos como la autonomía indígena, la jurisdicción indígena, etc. Sobre este reconocimiento José Núñez del Prado citando a Álvaro García Linera (vicepresidente de Bolivia), nos aclara que:

Las otras naciones”, como naciones solamente culturales. El texto clarifica la postura del gobierno [...] así, ahora, con la nueva Constitución la nación boliviana es la nación estatal que nos abraza a los más de 10 millones de bolivianos que hemos nacido en nuestra patria. Es como la casa común que nos cobija a todos. Dentro de ella, existen las naciones culturales indígenas- originarias poseedoras de una identidad pre-existente a la República, e incluso, a la Colonia, con capacidad de libre determinación y que nutren a la identidad boliviana. Pero, además, el bloque indígena-originario-campesino es el que ahora articula, organiza, lidera la construcción y los contenidos de la nación boliviana y del Estado, en la perspectiva de un Estado integral. (Nuñez, 2015, pág. 109).

Respecto a la participación política, los indígenas en las elecciones generales de octubre del 2014 dejaron, nuevamente, al MAS como el gran vencedor. El partido de gobierno para el periodo 2015-2020, obtuvo el 69% de los escaños en la Cámara de Diputados (88 diputados de los 130 diputados) y el 68% en el Senado (25 senadores de los 36 senadores), Los pueblos indígenas coparon

las 07 circunscripciones especiales destinadas a ellos, controlaran así en ambas Cámaras. Los partidos que le siguen, tanto en el Senado como en la Cámara, son Unidad Demócrata (UD) y el Partido Demócrata Cristiano (PDC). La participación política de los pueblos indígenas se realiza por el tipo de democracia directa y participativa, en el marco de la Ley electoral que en el artículo 39 señala: “los pueblos indígenas participan a través de la democracia representativa en las elecciones generales bajo la denominación de circunscripciones especiales indígena originario campesinos en un número de siete (07) en cada uno de los departamentos” (Ley N° 026, 2010)

### **3.2.2. Situación social, política y jurídica de los indígenas en Colombia**

Según Konrad Adenauer Stiftung que “en Colombia oficialmente se han reconocido 88 pueblos indígenas con una población de 1'392,623 personas, que equivalen al 3.4% de la total nacional” (Konrad, 2009). Pero la Organización Nacional Indígena de Colombia sostiene que en Colombia existen 102 pueblos indígenas, de los cuales 18 de ellos corren el riesgo de desaparecer. La mayoría de los grupos indígenas que se encuentran en la referida situación se localizan en la Orinoquía y la Amazonia. El relator James Anaya tomando el informe de su antecesor Rodolfo Stavenhagen sostuvo que es necesario:

Movilizar ayuda internacional para la elaboración de un programa de emergencia de atención a comunidades indígenas en peligro de extinción” ya que la “precaria situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Colombia refleja el desfase entre una legislación nacional avanzada y la poca efectividad real de las instituciones encargadas de su protección, en el marco de un conflicto armado interno en el cual participan numerosos contendientes cuya acción incide en las posibilidades de supervivencia de las comunidades autóctonas. (Konrad, 2009).

Según el Censo del 2005, La población indígena en un 78.6% vive en zonas rurales de los cuales el 66% habita en territorios que se encuentran dentro de cinco departamentos de Colombia: Costa Atlántica, Costa Pacífico, Vaupes, Guainia y la Guajira. Según el Departamento Nacional de Estadística (DANE), el 63% de la población indígena vive bajo la línea de pobreza y el 47.6% no tiene los ingresos para adquirir una canasta de alimentos que cubran los requerimientos alimenticios mínimos diarios. 34.53% no tiene acceso a la salud. La tasa de analfabetismo entre 15 y 49 años es de 24.1%, mientras que solamente el 50% entre los 5 y los 25 años asiste a alguna institución educativa. Asimismo:

3 de cada 5 indígenas no tienen acceso a acueducto, 4 de cada 5 no tiene acceso a alcantarillado y 2 de cada 5 no tiene acceso a energía. La población indígena tiene una cobertura en acueducto 4 veces menor a la de los mestizos, 3.2 veces menor en alcantarillado y 9.3 veces menor en servicio de energía. (Konrad, 2009).

Así como existe el abandono y desplazamiento de su residencia por diversas causas como fumigaciones contra cultivos ilícitos, enfrentamientos entre los grupos armados y las migraciones en territorios en los que se movilizaron los

paramilitares. Razón por la que la Corte Constitucional ordenó formular e implementar planes de salvaguarda étnica para los siguientes 34 pueblos indígenas en peligro: “Wiwa, Kankuamo, Arhuaco, Kogui, Wayúu, Embera-Katío, Embera-Dobidá, Embera-Chamí, Wounaan, Awá, Nasa, Pijao, Koreguaje, Kofán, Siona, Betoy, Sikuani, Nukak-Makú, Guayabero, U’wa, Chimila, Yukpa, Kuna, Eperara-Siapidaara, Guambiano, Zenú, Yanacona, Kokonuko, Totoró, Huitoto, Inga, Kamentzá, Kichwa, Kuiva” (Sentencia, 2009). La Constitución colombiana reconoce de manera genérica en el artículo 7, al establecer “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”. Asimismo la Constitución en el artículo 10 reconoce a las lenguas y dialectos de los grupos étnicos como oficiales en sus respectivos territorios y que la enseñanza en dichos territorios debe ser bilingüe.

Actualmente se observa que en Colombia, los pueblos indígenas se encuentran reconocidos en resguardos indígenas. Un resguardo indígena es una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva goza de las garantías de la propiedad privada, posee su propio territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio. (Decreto Ley N° 2164,1995, art. 21). Asimismo, la división de asuntos indígenas del Ministerio Interior ha registrado un total de 710 resguardos en todo el territorio nacional con una extensión territorial aproximada de 34 millones de hectáreas (21.8%) del territorio nacional.

### **3.2.3. Situación social, política y jurídica de los indígenas en Ecuador**

Los pueblos indígenas en el Ecuador se encuentran organizadas en “Nacionalidades Indígenas”, actualmente en este país existen 13 nacionalidades indígenas que fueron identificados por el Censo de Población y Vivienda del 2001, de los cuales 08 se encuentran localizados en la Amazonia, 04 en la Costa y 01 en la Sierra. En una nación indígena pueden coexistir diversos pueblos o comunidades indígenas, tal es el caso de la nacionalidad Quichua en la que existen varios pueblos indígenas. La población indígena según el Censo del 2010 asciende a 1’018.176 personas indígenas, es decir 7% del total nacional que es de 14’483.499 habitantes.

La Encuesta de Empleo y Desempleo del INEC en 2010, indica que, el 72.2% de los pueblos indígenas viven en la situación de pobreza y el 43.1% en extrema pobreza, mientras que la población blanca con un 25.3% en pobreza y un 7.3% en extrema pobreza. Estos datos estadísticos deben ser tomados en serio por el Estado ecuatoriano.

El reconocimiento jurídico de los pueblos indígenas se hizo a través de la Constitución, al señalar que “las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales” (Constitución 2008, art. 10).

También en el artículo 57 inciso 9 reconoce a los pueblos indígenas el derecho a conservar sus propias formas de convivencia, organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad tanto en sus territorios que se les ha reconocido como en las tierras comunitarias de posesión ancestral en los que desarrollan su existencia vital.

Además establece la carta fundamental ecuatoriana, “que para el respeto y ejercicio pleno de la diversidad cultural, el Estado reconoce a los miembros integrantes de los pueblos indígenas todos los derechos que se reconoce a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra” (Constitución, 2008, art. 11.2), y con la finalidad de materializar la diversidad cultural, reconoce derechos específicos a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos (Constitución 2008, art. 10), es decir, reconoce la convivencia de los derechos del individuo como tal y el derecho de la colectividad a ser diferente y de contar con el soporte obligado del Estado para cautelar tal diferencia.

Como podemos apreciar el Estado ecuatoriano protege a los pueblos indígenas a través de su Constitución Política y busca incorporar una nueva visión del derecho en su país, el reconocimiento e incorporación de la cosmovisión de los pueblos indígenas, que los mismos difieren de la visión occidental.

En cuanto a la participación política de los indígenas en el Ecuador se realiza en el marco del artículo 15 de la Constitución. Bajo este marco los pueblos indígenas en las elecciones del 2013 instauraron un singular escenario político, en el que tanto *Pachakutik* como la CONAIE participaron en alianza, esto con la finalidad de hacerle frente a Alianza País de Rafael Correa, al final lograron el 13.4% de los votos y colocaron sólo 04 asambleístas provinciales en la Asamblea Nacional.

#### **3.2.4. Situación social, política y jurídica de los indígenas en Perú**

A la fecha el Estado peruano no ha determinado oficialmente la cantidad de indígenas que hay en el Perú, esto debido a dos razones: primero por la posición del Estado peruano de formular identidades campesinas, nativas e indígenas, por lo que los pueblos indígenas peruanos que se encuentran habitando en la costa y sierra no se reconocen como “indígenas” sino como “campesinos” (lo que ha hecho difícil su identificación cuantitativa); segundo que el Instituto Nacional de Estadística e Informática no ha considerado a los pueblos indígenas de la costa y sierra en el Censo del año 2007, mientras que sí ha considerado a las comunidades nativas de la Amazonia en el “II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonia Peruana 2007”. Este Censo estimó que la población indígena peruana de la Amazonia es de 332,975 personas indígenas, siendo los más numerosos los Ashinkas y Awajún que concentrarían el 43% del total de población indígena de la Amazonia. Asimismo determinó que la población amazónica representa el 1.21% de la población censada del país, viven agrupados en 52 pueblos étnicos y en 1786 comunidades indígenas.

Esta actitud estatal de excluir de las estadísticas oficiales a los pueblos indígenas de la costa y sierra fue una decisión política de minimizar o desconocer la demografía indígena de estas regiones. El no haber considerado en el Censo del 2007 a los pueblos indígenas de la sierra y costa tanto el criterio objetivo de la “lengua” y criterio subjetivo de la “conciencia de identidad indígena”, además esta actitud nos demuestra que el Estado no reconoce la existencia de pueblos indígenas en las regiones de la costa y sierra, por lo que estos pueblos son invisibilizados de las estadísticas oficiales y apartados de las políticas públicas, como por ejemplo de las políticas sociales de salud, educación, etc.

Por otro lado un estudio realizado por la CEPAL, haciendo cruce de información obtenido en el Censo de 2007, nos indica que “el Perú es el país con mayor cantidad de población indígena de América Latina con un 24% del total de la población nacional”. (Ribotta, 2010, pág. 12). Según el Censo del 2007, el Perú cuenta con 27'053,324 habitantes de los cuales 6'489,109 son indígenas, es decir el 24%, esto lo ubica en el primer lugar en América Latina seguido por México con 6.1 millones de indígenas.

Según Bruno Ribotta (2010) la población indígena que habita en el Perú se distribuye de la siguiente manera: el 60% vive en el área rural y el 40% vive en el área urbano, el 70.1% en la Sierra; 25.8% en la costa y 4.1% en la selva. Con respecto al analfabetismo el 15.5% de la población indígena es analfabeta y la población no indígena registra un 7.2% de analfabetismo. Este dato nos dice que el mayor porcentaje de analfabetismo se encuentra entre los indígenas. El 26.8% de las viviendas particulares de los indígenas tienen abastecimiento de agua inadecuada (pág. 25).

Según el INEI al 30 de junio del 2014, la tasa de pobreza es 23,9 % e indigencia (pobreza extrema) 4,7 %, de los que la mayoría son indígenas. El Estado a través de la Constitución Política de 1993 otorga reconocimiento a los pueblos indígenas, en el artículo 89 establece que: “las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas [...]. Así como también, respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas”. Asimismo el artículo 2.19 reconoce el derecho de la identidad étnica y cultural y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación. También la Constitución reconoce las lenguas de los pueblos indígenas, el artículo 48 señala: “son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominan, también lo son el Quechua, el Aymara y las demás lenguas aborígenes, según la ley” que es complementado por el artículo 2° inciso 19 párrafo segundo que establece que “todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete”.

Por otro lado, la Ley 24656 en su artículo 2, reconoce a las comunidades campesinas como:

Organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, que están integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, que están ligados por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal,

la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país. (Ley N° 24656, 1987).

Como podemos observar, las citadas normas reconocen con la categoría de comunidades campesinas y no como pueblos indígenas, por lo que no se ajusta a lo desarrollado en el ámbito del Derecho Internacional, esta situación genera su marginación y exclusión de las políticas públicas de desarrollo nacional.

Respecto a la participación política, solo se les faculta participar en los procesos electorales, mediante la creación de cuotas electorales para las elecciones regionales y municipales. Conforme los artículos 12.3 de la Ley N° 29047, de elecciones regionales, y 10.3 de la Ley N° 28869, de elecciones municipales, que establecen un 15% de cuota para candidatos indígenas. En el marco de esta realidad normativa se ha alcanzado elegir en los espacios regionales y locales a los indígenas como representantes de la sociedad (no como auténticos representantes de sus pueblos). En las elecciones nacionales para el Congreso de la República no se ha establecido cuotas para los pueblos indígenas y que tampoco existe hasta ahora un partido político indígena, por lo que muchas veces tienden a incorporarse en las estructuras de partidos políticos existentes. Esta situación nos indica que no se ha reservado escaños parlamentarios para dichos pueblos.

En consecuencia, el Estado peruano tiene pendiente la tarea de reconocer y de incluir espacios de participación política indígena en los procesos electorales, que reviertan la limitada participación política indígena en el nivel nacional y en un mayor medida en los niveles regionales y municipales.

### **3.3. CASOS DE CONSULTA PREVIA EN LA PRÁCTICA EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES**

#### **3.3.1. Bolivia**

En este país el caso más emblemático encontrado es la consulta que el gobierno ha realizado en el TIPNIS, la misma se realizó desde el 29 de julio al 7 de diciembre del 2012, este proceso de consulta se realizó a las comunidades indígenas: Mojeños, Trinitarios, Chimanos y Yuracares que habitaban el territorio indígena y parque nacional. La consulta se llevó a cabo sobre la intangibilidad del TIPNIS y el desarrollo de las obras relativas a la construcción de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, entre el departamento de Beni y Cochabamba.

Estos pueblos viven organizados en 64 comunidades, con una población aproximada de 11,000 indígenas en el territorio mencionado. Respecto de los resultados de la consulta, el Tribunal Supremo Electoral señaló “que de 58 comunidades consultadas, el 82% ha rechazado la intangibilidad del TIPNIS, garantizada por ley N° 180, el 80% ha aprobado la construcción de la carretera Villa Tunari–San Ignacio de Moxos” (Tribunal Supremo, 2012, p. 13). A la fecha dicha carretera viene siendo ejecutada en sus diferentes tramos.

Asimismo, la expedición de las diferentes normas analizadas en esta investigación han sido aprobados sin la realización de la respectiva Consulta Previa.

### 3.3.1. Colombia

En el año de 1992, la Sociedad Occidental Petroleum de Colombia Inc, en base a un contrato de asociación celebrado con Ecopetrol, para la explotación de hidrocarburos en Colombia, inició los trámites necesarios ante el INDERENA para la obtención de la respectiva Licencia Ambiental, necesario para la realización de exploraciones sísmicas para el desarrollo del proyecto de explotación de hidrocarburos denominado “Explotación Sísmica Bloque Samore” con el objetivo de constatar la existencia de pozos o yacimientos petroleros en la zona que comprende los municipios de Saravena, Tame, y Fortul departamento de Arauca, Cubara en el departamento de Boyacá y Toledo en el departamento de Norte Santander, con una extensión territorial aproximada de 208,934 hectáreas, dentro del territorio que comprende resguardos indígenas y parques naturales.

En este caso, el Estado a través del Ministerio del Ambiente, consideró una simple reunión como un proceso de consulta y participación para tomar dicha decisión sobre el pueblo indígena U'wa. Por un lado, la Occidental Petroleum de Colombia Inc, manifestó y presentó como prueba de las acciones de concertación, consulta y comunicación con la comunidad indígena U'wa, un cuadro de resumen de reuniones realizadas entre la referida comunidad indígena y la empresa mencionada, en algunos casos con presencia de autoridades públicas, entre los meses de abril de 1993 y el 21 de julio de 1995. Como podemos verificar en este caso, el proceso de Consulta Previa no se llevó a cabo y además no se cumplió con el procedimiento establecido por el Convenio 169 de la OIT y con los estándares establecidos en los instrumentos jurídicos internacionales.

### 3.3.1. Ecuador

El caso más importante y emblemático de Consulta en Ecuador es la consulta prelegislativa realizada para la aprobación de la Ley de Aguas que tuvo como resultado final acuerdos consensuados, sobre los contenidos sustantivos del proyecto de “Ley Orgánica de Recursos Hídricos, usos y aprovechamiento del agua”. Los consensos acordados fueron: La administración y conservación de los lugares sagrados en relación con el agua la realicen las entidades u organizaciones de pueblos y nacionalidades indígenas en cuyas tierras o territorios se encuentren, la realización de un inventario participativo e integral de los lugares rituales y sagrados relacionados con el agua, entre otros.

Los resultados de la consulta prelegislativa, los consensos y acuerdos fueron incorporados en el Proyecto de Ley, tal como lo ordena el artículo 19 del instructivo. Por último, esta consulta tuvo un fin positivo y la “Ley Orgánica de Recursos Hídricos, usos y aprovechamientos del agua” ha sido aprobada y expedida por la Asamblea Nacional en la sesión del 31 de julio de 2014, que finalmente ha sido publicado como Ley 305, el 06 de agosto del 2014.

### 3.3.1. Perú

Se realizó la Consulta del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, que inició, el 22 de noviembre del 2011, con la instalación de la Comisión Multisectorial. Posteriormente, en la que participaron 06 organizaciones indígenas de carácter nacional, del 06 al 16 de enero del 2012 se realizaron 06 audiencias, la etapa de diálogo intercultural, se llevó a cabo en un escenario en aquel entonces, el presidente Ollanta Humala, había decidido impulsar el desarrollo económico con la extracción de los recursos naturales y sin considerar una adecuada relación entre estas actividades, el respeto al medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas del Perú.

Este proceso finalizó con la aprobación y publicación del Reglamento, en el que no se respetó los acuerdos consignados en el acta final, tal como lo ordena, el artículo 15 de la Ley de Consulta Previa, segundo párrafo que señala: “El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes”, este incumplimiento de acuerdos, ha sorprendido a las dos organizaciones indígenas que participaron hasta el final y que el texto final del Reglamento, contiene cinco artículos en los que no se han respetado los acuerdos a los que llegaron el Estado y las organizaciones indígenas en dicha consulta.

## 3.4. LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

### 3.4.1. Comunidad Andina de Naciones

Respecto a esta categoría sui generis de derechos de los pueblos indígenas se observa que, los estados de la Comunidad Andina de Naciones (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú), iniciaron con el reconocimiento de los derechos colectivos como el pluralismo jurídico a partir de los años 90 y este reconocimiento se ha fortalecido con las ratificaciones de instrumentos jurídicos internacionales como el Convenio 169 de la OIT de 1989. Así como también la aprobación de la Declaración de la Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el año 2007.

A continuación veamos cómo se ha desarrollado el reconocimiento de los derechos colectivos en cada uno de los países andinos.

#### a) BOLIVIA:

Este país con la promulgación de la Constitución Política de 2009, consolida el mayor reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, desde el preámbulo se manifiesta que “dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”. En el título II de derechos fundamentales y garantías desarrolla en siete capítulos y 95 artículos, estableciendo todo un catálogo de derechos, todos aquellos comprendidos en diferentes generaciones y categorías desde civiles y políticos y en la práctica todos los derechos reconocidos en los principales instrumentos y convenios internacionales, esto desde la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 hasta la

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007. Asimismo se aprecia en el artículo 30.II y III que reconoce expresamente un total de 19 derechos colectivos que son los siguientes:

**TABLA 01**  
**Derechos colectivos reconocidos en la Constitución de Bolivia**

TERRITORIALES	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Un medio ambiente sano.</li> <li>2. Gestión territorial autónoma.</li> <li>3. Titulación colectiva de tierras y territorios.</li> <li>4. Uso y aprovechamiento de recursos naturales en sus territorios</li> </ol>
POLITICOS	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos.</li> <li>2. Sus instituciones sean parte de Estado.</li> <li>3. Existir libremente.</li> <li>4. libre determinación.</li> <li>5. Participación en la gestión del Estado.</li> <li>6. Consulta Previa.</li> </ol>
CULTURALES	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Respeto y promoción de sus saberes y conocimientos tradicionales.</li> <li>2. Identidad indígena conjunta con la ciudadanía boliviana.</li> <li>3. Propiedad intelectual y colectiva de sus conocimientos.</li> <li>4. Educación intercultural, intercultural y plurilingüe.</li> <li>5. Identidad cultural.</li> <li>6. Protección de sus lugares sagrados.</li> </ol>
SOCIALES Y ECONOMICOS	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Salud universal y gratuito.</li> <li>2. Participación en los beneficios en la explotación de los recursos naturales.</li> <li>3. Creación de medios de comunicación indígena</li> </ol>

Fuente: Elaboración propia en base al artículo 30 III.3, de CPE.

#### **b) COLOMBIA:**

Se aprecia que este país en su Constitución Política vigente de 1991 no reconoce expresamente los derechos colectivos específicos de los pueblos indígenas, además se observa que no utiliza la denominación de “derechos colectivos de los pueblos indígenas”. Respecto al reconocimiento de los pueblos indígenas se hace de manera genérico en su artículo 7° en la que establece que el “estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”.

#### **c) ECUADOR:**

La Constitución Política de la república del Ecuador reconoce expresamente esta categoría de derechos colectivos a los pueblos indígenas (comunidades, pueblos y nacionalidades), en el artículo 57 se aprecia el reconocimiento de un total de 21 derechos desde el inciso 1° al 21°, en la siguiente tabla se puede observar los derechos colectivos reconocidos:

TABLA 02

## Los derechos colectivos reconocidos en la Constitución de Ecuador

TERRITORIALES	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Propiedad imprescriptible de sus tierras.</li> <li>2. A mantener la posesión de sus tierras.</li> <li>3. Uso y administración de sus recursos naturales.</li> <li>4. Conservación y promoción de la biodiversidad.</li> <li>5. No ser desplazados de sus tierras.</li> <li>6. Limitación de actividades militares en sus tierras.</li> </ol>
POLITICOS	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Consulta Previa.</li> <li>2. Consulta Prelegislativa.</li> <li>3. Construir y mantener sus organizaciones representativas.</li> <li>4. Participación en los órganos oficiales del Estado,</li> </ol>
CULTURALES	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Identidad indígena.</li> <li>2. Crear y practicar su derecho consuetudinario.</li> <li>3. Mantener y preservar sus conocimientos colectivos.</li> <li>4. Mantener y preservar su patrimonio cultural.</li> <li>5. Desarrollar la educación bilingüe intercultural.</li> <li>6. Uso de vestimenta, símbolos y emblemas que les identifican.</li> <li>7. Educación en sus tradiciones, culturas y historia.</li> </ol>
SOCIALES ECONOMICOS	Y <ol style="list-style-type: none"> <li>1. A no ser discriminado ni ser objeto de racismo.</li> <li>2. Reparación por racismo o discriminación.</li> <li>3. A Conservación sus propias formas de organización social y convivencia.</li> <li>4. Desarrollar contactos con otros pueblos.</li> </ol>

Fuente: Elaboración propia en base al artículo 57 de CPE.

Asimismo reconoce como sujetos colectivos de derechos a los pueblos indígenas (artículo 10). El antecedente de reconocimiento de estos derechos se encuentra en la Constitución de 1998 en la que se aprobaron en un número de 15 (derechos colectivos) y los seis derechos colectivos fueron reconocidos en la aprobación de la Constitución del 2008. Este reconocimiento se complementa con el reconocimiento a la justicia indígena como régimen especial en su artículo 171 que apertura la coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y ordinaria, que la cual permitirá una interpretación intercultural de las leyes, de un interculturalismo y de un pluralismo jurídico "igualitario".

**d) PERÚ:**

La vigente Constitución Política de 1993, no reconoce derechos colectivos de los pueblos indígenas y utiliza la denominación de "comunidades campesinas y nativas", así como no hace uso de la terminología "derechos colectivos de los pueblos indígenas". Esta situación necesita una reforma constitucional pronta.

**3.4.2. La protección de los derechos colectivos de los Pueblos indígenas.**

Bartolomé Clavero sostiene que, "la finalidad cardinal de la consulta es la de defensa de la cultura y territorio indígenas o, mejor dicho, la de garantía de los correspondientes derechos" (Clavero, (s.f)). El Convenio 169 de la OIT, señala que "Los pueblos interesados deberán tener el derecho 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”, artículo 7; “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. La utilización del término tierras (...) deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”, artículo 13.

El derecho fundamental colectivo a la Consulta Previa, se hace presente a lo largo de todo el Convenio como garantía para el ejercicio de otros derechos colectivos fundamentales como el derecho a la identidad étnica y cultural, la libre determinación, la participación, existencia física grupal y a la propiedad y posesión de sus tierras y territorios de los pueblos indígenas, porque de lo contrario, sin la consulta libre, informado y previa, no habría respeto a estos derechos porque quedaría abierta la posibilidad de su vulneración y quebrantamiento. Los pueblos indígenas son entidades colectivas, es decir son titulares de derechos colectivos por ser una colectividad diferenciada, esto por su pertenencia a un pueblo indígena por nacimiento y por la identidad étnica y cultural de sus integrantes.

#### **IV. CONCLUSIONES**

Que se ha determinado que; la Consulta Previa es un derecho fundamental y sustantivo de carácter colectivo, que puede influir en la defensa y la protección de otros derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Comunidad Andina de Naciones. Por cuanto es el Derecho más fundamental de los derechos colectivos que garantiza el ejercicio de derechos reconocidos en los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales.

Está demostrado que; el desarrollo del régimen jurídico del derecho fundamental a la Consulta Previa en los países de Bolivia, Colombia y Ecuador de la Comunidad Andina de Naciones es limitado, disperso e insuficiente. Por cuanto no han desarrollado a la fecha una normatividad legal específica de carácter general que regule este derecho, solamente en el Perú existe la implementación de la referida norma, mediante la aprobación de la Ley N° 29785 “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos indígenas u Originarios” y su Reglamento Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

Queda demostrado que; los pueblos indígenas en la Comunidad Andina de Naciones viven en su mayoría en situación de exclusión, pobreza, vulnerabilidad social y algunos corren el riesgo de desaparecer. En cuanto a la participación política solamente en el país de Bolivia existe una amplia participación en la gestión del Estado, mientras que en los otros 03 países persiste la exclusión sistemática política. Respecto del reconocimiento jurídico de los pueblos indígenas en el Perú y Colombia existe un reconocimiento jurídico limitado y genérico. Sin embargo en los países de Bolivia y Ecuador se verifica un avance en el reconocimiento jurídico y protección de sus derechos.

La implementación en la práctica de casos de Consulta Previa en los países de la Comunidad Andina de Naciones es mínima, puesto que las mismas se realizan sin el pleno cumplimiento de todas las etapas previstas y que los Estados continúan con la suscripción de contratos de concesión, otorgamiento de autorizaciones para el desarrollo y ejecución de proyectos para la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas sin la realización del debido proceso de Consulta Previa.

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas que protege la Consulta Previa son: El derecho a la identidad étnica y cultural, la libre determinación, la participación, existencia física grupal y propiedad de las tierras y territorios de los pueblos indígenas. Sin la consulta libre, informada y previa, no habría respeto a estos derechos porque quedaría abierta la posibilidad de su vulneración y quebrantamiento.

## V. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Ameller, V. (2012). *El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en America Latina*. La Paz: Editora presencia SRL.
- Clavero, B. ((s.f)). *Consulta y Consentimiento Previo e Informado a la Luz del derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Obtenido de [www.redaj.org](http://www.redaj.org):  
[http://www.redaj.org/IMG/pdf/Sobre\\_Consentimiento\\_Previo\\_Libre\\_e\\_Informado\\_-\\_Dr-\\_Bartolomé\\_Clavero.pdf](http://www.redaj.org/IMG/pdf/Sobre_Consentimiento_Previo_Libre_e_Informado_-_Dr-_Bartolomé_Clavero.pdf).
- Constitución . (2009). *Constitución Plurinacional de Bolivia*..
- Constitución. (2008). *Constitución Política del Ecuador*.
- Constitución. (1993). *Constitución Política del Perú*.
- Constitución. (1991). *Constitución Política de Colombia*
- Corte Constitucional . (2010). *Corte Constitucional Sentencia N° 001- 10- SIN - CC, 2010*.
- Corte Constitucional. (2009). *Auto N° 004-09,2009*.
- Decreto Supremo N° 2195. (2006).
- DPLF. (2015). *Derecho a la Consulta y al Consentimiento Previo, Libre e Informado en América Latina* . Washington : D.C. OXFAM.
- Guzman, C. (2014). Convencionalidad de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios. *Tesis de Pregrado*. Puno-Perú.
- INEC. (17 de junio de 2016). [www.inec.gov.ec](http://www.inec.gov.ec).
- Lanegra, B. M. (2013). *Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. El Desafío del Dialogo Intercultural en el Perú*. Lima: CENTRUM CATOLICA.
- Ley 026. (2010).
- Ley. (17 de mayo de 2005). *Ley N° 3058 de Hidrocarburos*. Bolivia.
- Ley. N° 29785 (07 de setiembre de 2011). Ley del derecho a la Consulta Previa a los Pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la OIT. El Peruano.
- Ley. (28 de mayo de 2014). *Ley 535 Ley de Minería y Metalurgia*. La Paz, Bolivia.
- Ley N° 180. (2011).
- Ley N° 222. (2012).
- Ley N° 24656. (1987).

- Ley N° 27811. (2002).  
Ley N° 3058. (2005).  
Ley N° 45. (2009).  
Ley N° 535. (2014).  
Ley N° 70. (1993).  
Nuñez, J. (2015). *Utopía Indígena Truncada. Proyecto y Praxis de Poder Indígena en Bolivia*. La Paz: CIDES-UMSA.  
OIT. (2003). *Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales: un Manual*. Francia: Dumas Tritoulet imprimeurs.  
OXFAM. (2011). *El Derecho a la Consula Previa, Libre e Informada de los Pueblos Indígenas*. Lima: Gama gráfica SRL..  
Ramos, G. (2011). *Informe Consulta Previa: derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia*. Lima: J&O Editores Impresores SAC.  
Ribotta, B. (2010). *Diagnóstico Sociodenográfico de los Pueblos Indígenas del Perú*. Lima: CEPAL.  
Sierra, R. (2007). *Tesis Doctorales y trabajos de Investigación Científica*. Madrid: Thompson Editores Spain.  
Tribunal Constitucional. (2007). *TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SENTENCIA DEL EXPEDIENTE N° 03343 - 2007 - PATC*.  
Tribunal Constitucional. (2010). *TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, SENTENCIA N° 2003/2010-R*.  
Tribunal Supremo, E. (2012). *INFORME DE OBSERVACIÓN Y ACOMPAÑAMIENTO DE LA CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA A LOS PUEBLOS DEL TPNIS*. La paz: SIFDE.