

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Área de Derecho

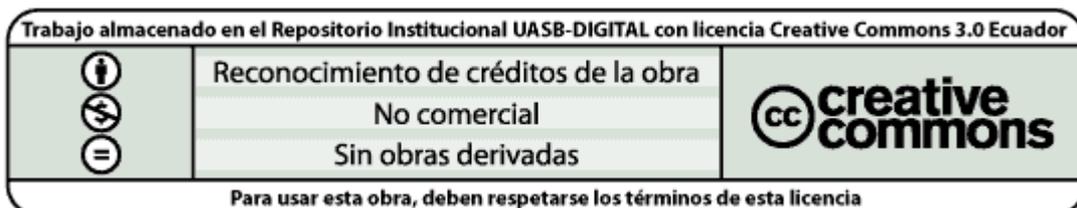
Programa de Maestría Internacional en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

La consulta previa en la Constitución del 2008

María Elisa Tamariz Ochoa

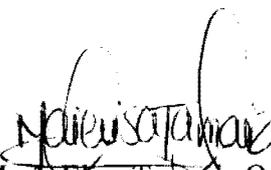
2013



Yo, María Elisa Tamariz Ochoa, autora de la tesis intitulada “La consulta previa en la Constitución del 2008” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 28 de octubre de 2013


María Elisa Tamariz Ochoa

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede – Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría Internacional en Derecho

Mención Derecho Constitucional

La consulta previa en la Constitución del 2008

María Elisa Tamariz Ochoa

Tutor: Dr. Mario Melo Cevallos

Quito, 2013

RESUMEN

El derecho a la consulta previa se encuentra consagrado desde la Constitución de 1998.¹ Desde su vigencia, el Estado ha venido ignorando este derecho, ya que su interés prioritario ha sido el desarrollo económico, ocasionando graves prejuicios culturales y ambientales a las comunidades indígenas y a la sociedad en general.

La Constitución del 2008 amplía la protección de estos derechos colectivos pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas, tomando como punto de partida el hecho de introducir en el artículo primero la noción del “estado constitucional de derechos y justicia”, caracterizado no solo por la extensa gama de derechos sino por la protección que se da a los mismo a través de las garantías.

En la misma línea, esta nueva noción de estado, para mayor protección de los Derechos, coloca a la par tanto a las normas constitucionales como aquellas que se encuentran dentro de los instrumentos internacionales de derechos humanos y que sean más favorables a los derechos humanos.

Por lo que, el derecho a la consulta previa a pesar de encontrarse determinado de una forma más explícita en nuestra actual Constitución, todavía nos deja incógnitas acerca de la aplicación y cumplimiento de este derecho, por lo que debemos recalcar que de conformidad a la Constitución ecuatoriana vigente debe ajustarse a los términos señalados a la misma, así como también al Convenio 169 de la OIT,² y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas³ de acuerdo a lo establecido en el párrafo anterior.

¹ Art. 84.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: ... 5.- Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.

² Ratificado por el Ecuador el 15 de mayo de 1998.

³ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007. Si bien la Declaración no es un documento vinculante para los Estados al no ser un Tratado Internacional, posee el rango de Declaración, lo cual le confiere un valor político, ético y moral importante para todos los países miembros de las Naciones Unidas; por lo que los pueblos indígenas que son parte de los países que apoyaron la Declaración de la ONU esperan que sus Estados asuman esta Declaración como Ley de sus respectivos países o al menos que sepan respetar los derechos mínimos determinados en esta Declaración.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento ante todo a Dios, por guiar cada uno de mis pasos y darme la fuerza necesaria para seguir adelante con mis sueños.

Quiero también dejar constancia del profundo agradecimiento que guardo hacia la Universidad Andina Simón Bolívar- Sede Ecuador, y por medio de ella mi personal y afectuosa gratitud al Dr. Mario Melo Cevallos, quien con su adecuada y paciente tutoría colaboró en gran medida a la culminación de este trabajo investigativo. Al Dr. César Montaña Galarza, quien ha sido a más de un excelente docente, un valioso amigo; de igual manera a los Doctores Julio César Trujillo y Agustín Grijalva.

Mi agradecimiento a mis amigas del Área de Derecho, Evita Paredes y Ana María Bazante, por brindarme su apoyo y amistad.

Mi reconocimiento y cariño a toda mi familia, quienes han estado siempre presentes, a mis papis Janeth y Eugenio, a mis hermanos Cali y Sebas, a mi querida cuñada Poli, a mis sobrinos Dome y Carlos Joaquín, quienes me dan la fuerza y alegría necesaria para seguir adelante.

DEDICATORIA

A quienes han inculcado en mi los más valiosos valores morales y éticos como lo es el respeto, amor, humildad, sencillez, honradez y perseverancia, entre muchos otros, los cuales han servido para formar mi personalidad.

A quienes les debo todo lo que soy, mis papis Eugenio y Janeth,
Gracias por su apoyo incondicional
Les amo con todo mi corazón.

Ma. Elisa

INDICE

Introducción.....	9
-------------------	---

CAPÍTULO I

DE LAS COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS, SU PARTICIPACIÓN Y RECONOCIMIENTO

1.1. Participación y reconocimiento.....	13
1.2. La consulta previa: Nociones generales.....	18
1.3. Parámetros básicos para el derecho de consulta.....	27
1.3.1. Cuál es el propósito de la Consulta Previa.....	30
1.3.2. A quién debe consultarse.....	35
1.3.3. Cuando procede la consulta previa.....	39
1.3.4. Que se debe consultar.....	42
1.3.5. Como se debe consultar.....	44
1.4. Principios generales de la Consulta previa.....	48
1.5. Fases de la Consulta previa.....	51
1.6. Finalidad de la Consulta.....	56

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DEL CASO SARAYAKU

2.1. Datos generales del Pueblo de Indígena Kichwa de Sarayaku.....	59
2.2. Antecedentes del caso.....	60
2.3. Análisis de los derechos vulnerados según el Pueblo Indígena de Sarayaku	

..... 66

Conclusions..... 86

Bibliografía..... 91

INTRODUCCION

En la Constitución ecuatoriana de 2008 se reconoce a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas varios derechos colectivos, entre ellos, dos tipos de consulta. La primera prevista en el artículo 57 numeral 17 de nuestra actual Constitución, relacionada con la consulta que debe realizarse previa a la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquier derecho colectivo de los sujetos colectivos y la segunda es aquella establecida en el artículo 57 numeral 7 del mismo cuerpo legal, relacionada a la consulta previa, libre e informada, cuando se trata sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente, con el fin de que por medio de dicha consulta se incluya el criterio de las comunidades posiblemente afectadas para determinar así la compatibilidad del proyecto con sus derechos como colectividad y como personas.

Al ser la consulta previa un derecho garantizado por el Estado, se debería permitir a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas expresar su opinión sobre la explotación de los recursos naturales, los mismos que se encuentran ligados con sus formas de vida y los cuales en la mayoría de casos sirven como sustento para una comunidad, por lo que debería respetarse sus observaciones cuando puedan estas traer consecuencias perjudiciales ya sea en el orden cultural, económico, ambiental y de su sobrevivencia en sí.

Lamentablemente la Constitución del 2008 no determina la necesidad de llegar a un consentimiento en cuanto a estos casos, sin embargo no debemos olvidar

que en el marco internacional también se protege a este derecho de consulta, determinando con mayor claridad los parámetros y la finalidad de la misma.

Este derecho, como otros derechos colectivos, no ha surgido de un momento al otro; los pueblos indígenas han venido luchando ardua e incansablemente durante toda su vida para conseguir el respeto de sus diferencias, y los resultados pueden verse al reconocer la existencia de varias nacionalidades al denominar al Estado Ecuatoriano como un Estado Plurinacional; en concordancia a lo dicho, Marlon Santi manifiesta que “en la cédula somos todos ecuatorianos, pero en la diversidad somos Kitchwas, Shuaras, etc, por lo que los pueblos no queremos separatismo, queremos que se nos reconozca”.⁴

Sin duda hablar de derechos indígenas es hablar de abusos, maltrato, explotación, muerte, luchas y cambios. Es una larga historia que ha venido variando con relación Estado-pueblos indígenas “desde la *tutela* de raíz colonial que partía del hecho del vasallaje del nativo, y legitimaba una supuesta incapacidad de las comunidades para controlar su destino, hasta el derecho de los pueblos a determinar libremente su modo de vida, basado en la igual dignidad de los pueblos y las culturas”.⁵

⁴ Foro sobre “Los Derecho de los Pueblos Indígenas”, realizado el martes 31 de agosto de 2010, organizado por la Facultad de Jurisprudencia y el Centro de Derechos Humanos de la PUCE y la Red Jurídica. Amazónica Rama.

⁵ Raquel Z. Yrigoyen, “De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento” en Germán Palacio Castañeda, Dir, El derecho a la consulta previa en América Latina: Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas, Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, 2009, p. 11.

Por lo que empezaré el primer capítulo de esta tesis, haciendo una reseña histórica, desde la época colonial hasta la época republicana, tomando en cuenta las sublevaciones por parte de los indígenas, especialmente en el siglo XIX y XX en el que protestaban por el trabajo forzoso. Posteriormente analizaremos cómo se han venido formando las organizaciones indígenas desde el año de 1926 con la Federación Ecuatoriana Indígena (FEI) hasta la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), asumiendo un rol protagónico y estableciendo propuestas indígenas que buscan el reconocimiento del Ecuador como un país pluricultural, multicultural y plurinacional, logrando este objetivo tras varios levantamientos producidos en los años 90.

El segundo capítulo, trata sobre el tema central de esta investigación, en donde vamos despejando las siguientes interrogantes: ¿Quiénes deben ser consultados?, ¿Cuándo deben ser consultados?, ¿Cómo deben ser consultados?, ¿Para qué se debe consultar? ¿Cómo son preparadas las comunidades ante la misma?, y por supuesto terminaremos este capítulo determinando la finalidad que tiene la consulta como derecho colectivo indígena

Y por último en el tercer capítulo haremos un análisis sobre el caso Ecuatoriano, en el que el Pueblo de Sarayaku, considerado uno de los asentamientos más antiguos del Pueblo indígena Kichwa en la provincia amazónica de Pastaza, demanda al Estado por vulnerar sus derechos a la propiedad, consulta previa, vida, libertad de circulación, debido proceso, entre otros.

El objetivo que busca este trabajo investigativo es conocer en base a nuestra legislación nacional como internacional, las opciones más adecuadas para que este derecho colectivo como es la consulta previa obligatoria a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas sea respetada, conforme se encuentra establecido en nuestra actual Constitución en concordancia con el “Nuevo Estado de Derecho”.

CAPITULO I

1.- DE LAS COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS.

1.1. Participación y reconocimiento:

El tema exige una definición de categorías y conceptos que recojan la cosmovisión de las nacionalidades, pueblos y comunidades del Ecuador. Las nacionalidades indígenas se definen como “colectividades que guardan una identidad histórica, idioma, cultura; que viven en un territorio determinado, mediante sus instituciones y formas tradicionales de organización social, económica, jurídica, política y bajo el ejercicio de su propia autoridad.”⁶

Los pueblos indígenas se caracterizan por ser “colectividades con identidades culturales que les distinguen de otros sectores de la sociedad ecuatoriana, regidas por sus propias formas de organización, social, política, económica y jurídica,⁷ que forman parte de una nacionalidad, por ejemplo al interior de la nacionalidad Kichwa, conviven los siguientes pueblos indígenas: Karanki, Natabuela, Otavalo, Cayambe, Kitu Kara, Panzaleo, Chibuleo, Salazaka, Waranka, Puruhua, Kañari, Saraguros⁸ y todos estos pueblos hablan el idioma kichwa; concepto que nos permite conocer que al interior de una nacionalidad hay grupos étnicos que se diferencian entre sí. El

⁶ CONAIE, *Las Nacionalidades y Pueblos y sus Derechos en la legislación Nacional e Internacional*, Quito, 2001, p. 7.

⁷ (CONAIE, *Las Nacionalidades y Pueblos...*,7).

⁸ Consejo de desarrollo de las nacionalidades y pueblos del Ecuador, en <http://www.codenpe.gov.ec/htm.htm>, (23-10-08).

convenio 169 de la OIT en su artículo 1 literal b, establece ciertos parámetros para definir a un grupo como pueblo indígena,⁹ concepto sin duda alguna restrictivo.

Por otro lado las comunidades indígenas son consideradas como “una forma nuclear de organización socio política tradicional de las nacionalidades y pueblos indígenas. Se denomina también ayllus o centros”,¹⁰ es decir, el espacio en donde se organizan y ejercen facultades legislativas y la administración de justicia.

Después de conocer el significado de estas palabras que nos serán de mucha utilidad para entender el contenido de este primer capítulo; es necesario hacer alusión a la gran variedad de pueblos y nacionalidades existentes en el Ecuador. Las nacionalidades: Shuar, Achuar, Siona, Secoya, Cofã, Waorani, Zapara, Shiwiar, Andoa y Kichwa en la región Amazónica. Tsáchila, Épera, Chachi, Awa, en la Costa y Kichwa de la Sierra.¹¹ En cuanto a los pueblos que conforman las nacionalidades: Kichwa del Napo (Quijos), Kichwa de Pastaza (Canelos) en la Amazonía, Manta-Huancavilca-Puná en la Costa, y Karanki, Natabuela, Otavalo, Kayambi, Kitukara, Panzaleo, Chivuelo, Salasaka, Kisapincha, Waranka, Puruhá, Kañari, Tomabela, Paltas, Pastos, Saraguro en la Sierra Ecuatoriana. Estos pueblos se reconstituyen

⁹ Art. 1.b: “A los pueblos en países independientes, considerados como indígenas, por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales, y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas” en http://www.coica.org.ec/sp/ma_resoluciones/convenio169_sp01.html (12-11-12).

¹⁰ CONAIE, “Formas de organización social comunitaria o colectiva”, 1998, citado por Guillermo Churuchumbi, *Propuesta sobre gobiernos comunitarios de los pueblos Kichwas*, Quito, Fundación Kawsay / ECUARUNARI, 2006, p. 22.

¹¹ La nacionalidad kichwa es la más grandes poblacionalmente hablando y está integrada por una variedad de pueblos que comparten el mismo idioma.

mediante su autodefinición, su autonomía organizativa, cultural y su política propia.¹²

Cuando hacemos alusión a las nacionalidades y pueblos de raíces históricas ancestrales, debemos pensar en formas de vida dinámicas que han respondido a los distintos procesos históricos y sociales, en los cuales hace más de 500 años se los ubicó en una situación de desventaja total primero con la dominación inca y posteriormente con la denominación española, logrando el reconocimiento y respeto a sus diferencias desde los años 90, luego del “Levantamiento Nacional Indígena” impulsado por la Confederación Nacional Indígenas Ecuatoriana (CONAIE),¹³ lo cual se convierte en una puerta para su participación a futuro en la Asamblea Constituyente, consiguiendo que en la Constitución de 1998, se declare al Ecuador como un Estado Pluricultural y Multiétnico.

En la Constitución actual del Ecuador se encuentra plasmado el objetivo principal de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas, al reconocer al Estado Ecuatoriano como Plurinacional y además de ello reconocer importantes derechos colectivos que les ayudan a preservar y proteger su cultura, su territorio, su idioma, y su cosmovisión en general; un ejemplo de ello es el derecho a la consulta previa, sobre la cual Wilton Guaranda manifiesta: “El fundamento de la consulta se encuentra entonces en el derecho que tienen los pueblos de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a

¹² CODENPE: Consejo de desarrollo de las nacionalidades y pueblos del Ecuador, en http://www.codenpe.gob.ec/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=71&Itemid=597, (12-03-13).

¹³ Hoy en día se ha convertido en la máxima expresión de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas.

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”.¹⁴

En el Ecuador, el tema de la consulta previa a sido de gran discusión para la Asamblea Nacional Constituyente al momento de elaborar la Constitución del 2008, debido a las controversias que causo este tema, provocando fuertes enfrentamientos, como fue el caso del ex Presidente de la Asamblea Constituyente del Ecuador, Economista Alberto Acosta, quien mantuvo marcadas diferencias con el Presidente del Ecuador, Rafael Correa, cuando la Asamblea empezó a tratar el tema de la consulta previa y el consentimiento de las comunidades.¹⁵ Un ejemplo claro de ello lo vemos en el diario “El Universo”, el cual hace referencia a dos expresiones contrarias sobre el tema de la consulta previa:

“Correa: El problema es que en la Constitución dice que para cualquier proyecto que tenga impacto ambiental se debe hacer una consulta a las comunidades afectadas y tratar de lograr un consenso, mientras que la Conaie quiere el consentimiento previo y vinculante, que si diez familias de una comunidad dicen no quiero la hidroeléctrica, Ecuador entero se queda sin energía eléctrica... 17 de mayo del 2008 [...] Acosta: Las llamadas consultas previas han sido un engaño, por eso fuimos coherentes para darles la amnistía a los defensores de la vida; es importante recordar que muchas empresas se han especializado en dividir a las comunidades. 18 de abril del 2008”.¹⁶

En el Ecuador este derecho colectivo de los pueblos indígenas se encuentra en pleno auge, dado los múltiples criterios y las luchas constantes entre las comunidades y pueblos indígenas con la Asamblea Nacional. Lamentablemente la

¹⁴ Wilton Guaranda Mendoza, “La Consulta Previa y el Derecho a la Resistencia”, en Luis Ángel Saavedra, edit., *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Quito, INREDH, 2009, p.143.

¹⁵ Ecuador inmediato, Presidente Correa y Alberto Acosta “rompen el hielo” por 10 minutos; a futuro se aclaran las diferencias, en [http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/ecuadorinmediato_noticias--88446,\(28-09.08\)](http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/ecuadorinmediato_noticias--88446,(28-09.08)).

¹⁶ “Correa y Acosta, en sus frases”, en Diario El Universo, Quito, 29 de junio de 2008, (15-0810).

consulta previa, libre e informada en nuestro país ha sido irrespetado al no incorporar el derecho al consentimiento libre, previo e informado al texto constitucional, estableciendo la consulta previa como una mera forma de contentar a los pueblos, dejarlos participar, sin que importe su decisión.

Es por esto que varias organizaciones indígenas como la FEINE, FENOCIN, CONAIE, Ecuarunari presentaron en el Ecuador una propuesta para la consulta a las comunidades, nacionalidades y pueblos. Este proyecto va más allá de la consulta pre legislativa para la ley de aguas, según explica el presidente de la FEINE, Manuel Chugchilán, quien manifiesta que la propuesta garantiza el ejercicio del derecho a la consulta cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas. Según este documento la consulta será obligatoria para los pueblos y nacionalidades en forma directa y las comunas y comunidades a través de sus instituciones representativas conforme el artículo 6.1.a) del Convenio No. 169 de la OIT,¹⁷ también será voluntaria siempre que involucre derechos para otros sectores de la población.¹⁸

Lamentablemente el Ecuador no posee buenas experiencias respecto a la aplicación del principio de precaución ambiental y respeto a la consulta previa de los pueblos indígenas, una de las causas principales se debe a que el petróleo, al ser uno de los principales recursos que genera rentas al Estado, es extraído en las zonas donde se encuentran asentadas las comunidades indígenas milenarias, por ejemplo en el bloque 15 y 16, en la provincia de Sucumbíos, anteriormente explotada por la Oxy,

¹⁷ El Artículo 6.1.a) del Convenio 169 de la OIT manifiesta: “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 afectarles directamente”.

¹⁸ Cfr. FEINE: *Organizaciones indígenas presentarán propuesta para consulta previa a la Asamblea Nacional*, en <http://www.feine.org.ec/esp/?p=178> (10-06-10).

y actualmente por Petroproducción, en las cuales están asentadas las comunidades kichwas, shuaras, sionas, secoyas y cofanes. Entonces la lógica de extracción y el ideal de desarrollo económico a partir de la explotación del recurso petróleo, está por encima de los derechos de los pueblos indígenas.

Al ser el tema central de esta investigación, el derecho colectivo a la consulta previa, debemos manifestar que el mismo es un derecho adquirido gracias a las constantes demandas efectuadas por los movimientos sociales y en especial por el movimiento indígena; la ausencia de éste derecho antes de la década de los noventa permite la vulneración de los legítimos derechos de los grupos minoritarios o pueblos indígenas del Ecuador. Debo explicar que la violación de los derechos de los grupos vulnerables posterior al reconocimiento en la Carta Magna de 1998 y posteriormente del 2008, continúa sin detenerse, irrespetando de esta manera tanto a la Constitución, normas secundarias y los demás instrumentos legales internacionales reconocidos en la Legislación Nacional.

1.2. La Consulta previa: Nociones generales

La consulta previa es un proceso, que permite el diálogo, el consenso, la reflexión y la resolución de conflictos,¹⁹ en este caso entre las comunidades y el estado. La consulta previa, libre e informada y de buena fe, es un derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas establecido en nuestra actual Constitución en su artículo 57.- Se reconoce y garantizará a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas [...] 7.- La consulta previa, libre e informada

¹⁹ Monica Chuji, *Ecuador: La consulta es un derecho no un mecanismo de disuasión del poder*, *Boletín Rimanacuy*, en <http://www.kaosenlared.net/noticia/ecuador-consulta-derecho-no-mecanismo-disuasion-poder>, (2-08.10).

[...]”, siendo este un derecho irrenunciable como se determina en el mismo cuerpo legal.²⁰

En la actualidad nos encontramos frente a una fase de transición de un modelo mucho más conservador hacia un nuevo modelo constitucional, con una nueva corriente conocida como el neo constitucionalismo. El tener una Constitución más normativa y más garantista de derechos es fruto del proceso histórico en el que los actores sociales han logrado ser actores protagónicos, como es el caso del movimiento indígena, quienes han venido luchando para conseguir su desarrollo y reconocimiento.

Existen tres pilares fundamentales en la nueva Constitución,²¹ el primero es el hecho de encontrarse fundamentada en el buen vivir, esta noción viene recogida desde profundas tradiciones ancestrales, que significa una vida en armonía, en solidaridad; hablar del buen vivir es hacer referencia a una relación de armonía entre el individuo, la comunidad, y la naturaleza, basada en el ejercicio pleno de los derechos. El segundo pilar fundamental que rompe el esquema, es el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho, marcando una nueva forma de entender al derecho y la relación con la naturaleza, ya que deja de ser una “cosa”, y por ende dejamos de ser habitantes de unas tierras, y la convertimos en lo que desde la infancia hemos conocido como la “madre naturaleza”. El otro pilar, se encuentra

²⁰ Arts. 10 y 11.6 de la Constitución del 2008: “Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales [...] Art 11.6.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

²¹ Como manifestó Mario Melo en la Conferencia sobre: *El deber del Estado de consultar con los pueblos indígenas aplicado a la industria extractiva*, llevada a cabo en la Ciudad de Quito el 05 de mayo de 2009.

íntimamente relacionado con los puntos antes mencionados, siendo este el hecho de considerar al Ecuador como un estado plurinacional, un estado en que la gran nación ecuatoriana se entiende múltiple, y contenedora de varias otras naciones.

Las naciones cuentan con identidades históricas y derechos, por lo que el estado ecuatoriano en la nueva constitución es un estado plurinacional, de justicia y de derechos, siendo ésta una puerta para una sociedad más justa, por lo que en este contexto ideológico que nos trae el Constitucionalismo Ecuatoriano, se ventila el tema de la consulta, como un tema clave, ya que si nos encontramos frente a un estado Plurinacional, que garantiza el buen vivir, y que además reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, lo mínimo que puede pensarse es que aquellas comunidades, pueblos y nacionalidades que se vean afectadas por decisiones que fueran afectar a la naturaleza, deban ser consultadas y que además esta consulta debe tener como objetivo el consentimiento.

Tanto la Constitución Ecuatoriana de 1998 como la actual, reconoce dos tipos diferentes de consulta previa: 1.- Como derecho ambiental general, la cual es reconocida para toda la comunidad a ser consultadas cuando existe un riesgo ambiental, que se encuentra determinado en el artículo 398 de la actual Constitución; en este caso si resulta una oposición mayoritaria, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa (autoridad jerárquicamente superior) de acuerdo con la ley. 2.- Otra forma es considerar a la consulta previa como un derecho colectivo indígena, de lo cual lo primero que cabe recalcar es que nuestra actual Constitución hace referencia a dos tipos de consultas, la primera que se encuentra establecida en el Art. 57 literal 7

relacionada con los efectos concretos que podrían generar actividades administrativas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectar al medio ambiente y a sus derechos culturales y la segunda que es aquella prevista en el artículo 57 literal 17 que se refiere a la consulta que debe realizarse antes de la adopción de cualquier medida legislativa que pueda afectar a sus derechos colectivos.

El caso que nos corresponde analizar es sobre la consulta establecida en el Art. 57 literal 7, en la que si existe una negativa de los consultados, se resuelve de una manera distinta (a la consulta ambiental), ya que como dice al final del numeral 7 del artículo 57 "...si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá con forme a la Constitución y la ley.", en este caso, no toma la decisión el superior, sino hay un efecto que está de acuerdo a la Constitución y la ley, por lo que nos preguntamos ¿Qué es lo que dice la Constitución al respecto?. A fin de contestar esta interrogante debemos acudir al encabezado del mismo artículo 57, que tiene mucha importancia jurídicamente, ya que establece el sistema de fuentes de los derechos indígenas al expresar: "Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos los siguientes derechos colectivos: [...]".

Por lo que a más de nuestra Constitución, es importante entender a estos derechos colectivos conforme se encuentra establecido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, constituyéndose como estándar vigente a nivel

internacional la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas,²² que su artículo 32.2 manifiesta “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” (el énfasis es mío).

No podemos dejar de hacer referencia también a uno de los principales documentos jurídicamente vinculantes para el Ecuador, dedicado completamente a la protección de los derechos de los pueblos indígenas, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes,²³ que contiene una serie de disposiciones fundamentales sobre el derecho de los pueblos indígenas a la participación. Este Convenio se basa en el reconocimiento de las aspiraciones de los pueblos indígenas a ejercer control sobre sus propias instituciones, formas de vida, desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones en el marco del Estado en el que viven; por lo que ha sido reiterativo en diversos informes que la “consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio No. 169 en la que se

²² Esta Declaración al inicio manifiesta: “A diferencia del Convenio 169, la DDPI no tiene rango internacional jurídicamente obligatorio. Por lo tanto no es vinculante u obligatorio para los países miembros de la ONU, sino que es declarativo u orientativo [...] Existen algunas excepciones con respecto a la obligatoriedad de este instrumento, que en su artículo 38 define que “Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración”. Ciertos países hicieron caso de este artículo, dando fuerza de ley nacional a la DDPI: Bolivia (Ley No. 3760), Ecuador (Constitución Nacional) [...] En estos, el cumplimiento de los derechos contenidos en la DDPI si es obligatorio.

²³ La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es uno de los organismos especializados de las Naciones Unidas que desarrollan una actividad más intensa en defensa de los derechos de los pueblos indígenas, en particular sus derechos económicos y sociales, fue creado en el año de 1989.

fundamentan todas las disposiciones del mismo”.²⁴ Los artículos 2 y 33 del Convenio exigen, como marco esencial para la correcta aplicación de sus disposiciones, que los Estados institucionalicen la participación de los pueblos indígenas en las políticas que los afecten. Estas disposiciones establecen que los Estados deberán desarrollar una acción coordinada y sistemática, con la participación de los pueblos indígenas desde el principio, con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

Este convenio establece claramente que “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”.²⁵

En la misma línea, este derecho de consulta ya ha sido judicializado a nivel internacional por medio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la misma que en su estatuto ha establecido ser una Institución autónoma, que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, para lo cual posee funciones jurisdiccionales y consultivas. Dicha Convención fue adoptada en 1969, teniendo como antecedente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la misma que ha sido acogida por los estados miembros de la OEA²⁶.

El artículo 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, determina que los Estados Partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte

²⁴ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Observación individual sobre el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, Paraguay. Solicitud directa, párr. 8.

²⁵ Art. 6 numeral 2 del Convenio No. 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

²⁶ Cfr. Cesar Montaña, *Problemas Constitucionales de las Integraciones Supranacionales. Análisis del caso Andino*, p. 73.

en todo caso en que sean partes, compartiendo dicho criterio Carlos Ayala Corao al manifestar: "... las sentencias de la Corte Interamericana como sentencias emanadas de un tribunal internacional o transnacional, son de obligatorio cumplimiento por los Estados parte y se deben ejecutar directamente por y en el Estado concernido, evidentemente sin que haga falta para ello ningún procedimiento de pase en el derecho interno [...]".²⁷

En el mismo sentido la competencia jurisdiccional con la que cuenta la CIDH, le habilita para dictar sentencias con fuerza obligatoria para los estados que han aceptado las diferentes jurisdicciones, ya que no tendría sentido que un estado parte acepte la autoridad de un órgano judicial y desconozca los efectos que de ella puede derivar.²⁸

En el caso del Pueblo Ecuatoriano de Sarayaku, la Corte Interamericana ha manifestado claramente que: "*El Estado debe: [...] b) 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...*".²⁹

En esta misma línea, se llegaría a concluir que al ser el Ecuador uno de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, tiene la obligación de aceptar y respetar el criterio de la CIDH, la cual en este caso determina

²⁷ Carlos Ayala Corao, "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales*, Año 5, No. 1, Talca, Universidad de Talca, 2007, p. 132.

²⁸ Cfr. Cesar Montaña, *Problemas Constitucionales de las Integraciones Supranacionales. Análisis del caso Andino*, p. 83.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Pueblo Indígenas Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador", Sentencia de Fondo y Reparaciones, 27 de junio de 2012, p. 10.

el compromiso que tiene el Estado de consultar conforme a los estándares internacionales, los mismos que como ya se ha dicho en párrafos anteriores se encuentran claramente definidos, al establecer como finalidad de la consulta el conseguir el consentimiento libre, previo e informado.

También un referente importante para los estados partes, se ha establecido en el caso Saramaka Vs. Suriname, en el año 2007 que establece: “Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones...”.³⁰

Como ya hemos analizado, de acuerdo a la interpretación emanada de nuestra actual Constitución, así como también de acuerdo a los estándares internacionales definidos se llega a determinar que la consulta previa, libre e informada implica sin lugar a dudas el consentimiento libre, previo e informado; por lo que no entendemos cómo puede establecerse una finalidad diferente de la misma, en el artículo 90 de la Ley Minera:

“Procedimiento Especial de Consulta a los Pueblos.- Los procesos de participación ciudadana o consulta deberán considerar un procedimiento especial obligatorio a las comunidades, pueblos y nacionalidades, partiendo del principio de legitimidad y representatividad, a través de sus instituciones, para aquellos casos en que la exploración o la explotación minera se lleve a cabo en sus tierras y territorios ancestrales y cuando dichas labores puedan afectar sus intereses. De conformidad con el artículo 398 de la Constitución de la República”

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso del Pueblo Saramaka. VS. Surinam”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 172, noviembre de 2007, párr. 134.

La Corte Constitucional de Ecuador analizó este tema al presentarse la inconstitucionalidad del artículo antes citado, al ser contrario al estándar ya establecido en nuestra Constitución, por lo que al referirse a la consulta ambiental general en la ley minera se está bajando totalmente dicho estándar, ya que si existe una consulta específica para consultar a los pueblos y nacionalidades indígenas que implica un consentimiento formado previo, el mismo que esta Ley no toma en cuenta, manifestando que en caso de negativa la decisión estará a cargo de él superior administrativo, por lo que no hay un cumplimiento del conjunto de reglas constitucionales en la legislación secundaria, debiendo declararla inconstitucional.

La Corte Constitucional del Ecuador, en el fallo antes citado, deja sentada la distinción entre los derechos colectivos establecidos en el Art. 57.7 y 57.17 y los derechos dirigidos a la comunidad en general, establecidos en el 398 de nuestra Constitución; diferenciándolos al manifestar: “es claro que las consultas previstas en los numerales 7 y 17 del artículo 57 de la Constitución, determinan el grupo al que deben dirigirse [...] en tanto derechos colectivos, su ejercicio excluye a la ciudadanía en general”,³¹ por lo que se determinó que los titulares de estos derechos son las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, excluyendo a la ciudadanía en general.

Entonces, queda claro, en base a la interpretación auténtica dada por la Corte Constitucional, que existen dos tipos de consultas; por lo que debió haberse declarado a este artículo como inconstitucional, sin embargo, la Corte Constitucional manejando el criterio de conservación del derecho, la misma que implica salvar lo

³¹ Corte Constitucional del Ecuador, p. 32.

más que se pueda la constitucionalidad de una ley impugnada, decide declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 90 de la Ley Minera.³²

En virtud de lo antes señalado, existe una franca contradicción entre el Art. 90 de la Ley Minera con el Art. 57.7 de la Constitución; toda vez que en la norma legal del referido Art. 90 se ha previsto en su último inciso; que el procedimiento para efectuar la consulta previa es el de “*el artículo 398 de la Constitución de la República*”, el cual se refiere a la consulta ambiental que dista mucho y tiene características distintas de la consulta a los pueblos y nacionalidades indígenas. Con esta interpretación condicionada se ha ignorado la existencia del estándar más elevado de protección de la consulta previa como derecho colectivo, al adquirir connotaciones vinculantes, lo que lleva aparejada la obligación de armonizar los ordenamientos jurídicos internos de los estados partes, transgrediendo el Derecho Internacional.

A continuación entraremos a analizar el tema de la consulta en concreto, por lo que estableceremos los parámetros básicos de este mecanismo de participación.

1.3. Parámetros básicos para el Derecho de consulta:

En este punto es importante destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia referente al caso del Pueblo Sarayaku Vs. Ecuador ha

³² Quiere decir que estas disposiciones serán constitucionales y se mantendrán válidas y vigentes, mientras se interprete de la siguiente manera: a) Son constitucionales [...] en tanto no se apliquen respecto de los territorios de las comunidades indígenas [...] b) Toda actividad minera que se pretenda realizar en los territorios de las comunidades [...] deberá someterse al proceso de consulta previa establecido en el Art. 57 numeral 7 de la Constitución, en concordancia con las reglas establecidas por esta Corte, hasta tanto la Asamblea Nacional expida la correspondiente ley.

realizado un aporte importante al establecer los estándares para la consulta, por lo que brevemente haré referencia a los mismos.

En cuanto a la aplicación de la consulta previa, la Corte ha establecido que “para garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígena en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo [...]”.³³

A demás la Corte Interamericana en el caso del Pueblo de Sarayaku, determina como estándares para el cumplimiento de la consulta, que la misma sea realizada:

1.- *Carácter previo*: La Corte ya con anterioridad se ha referido a este tema, como lo hizo en la sentencia de Saramaka Vs. Suriname, en la cual determinó que se debe consultar, de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las

³³ Cfr. Caso del Pueblo Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de Fondo y reparaciones, párr. 177.

comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado,³⁴ en definitiva debe realizarse la consulta lo antes posible.

2.- *Buena fé y la finalidad de llegar a un acuerdo*: De acuerdo a lo establecido por el Convenio 169 de la OIT y en concordancia a ello, la Corte ha determinado que las consultas deberán ser “llevadas a cabo de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas; definiendo que la consulta no puede ser tomada como un mero trámite formal, sino por el contrario como un verdadero instrumento de participación, basado en principios de confianza y respeto mutuos.³⁵ En este punto también pone énfasis en determinar que es el Estado el responsable de consultar.

3.- *Adecuada y accesible*: Las consultas a pueblos indígenas deben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, así como también manifiesta el tomar “medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”, teniendo en cuenta su diversidad lingüística, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena.³⁶

³⁴ Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, párr. 134.

³⁵ Cfr. Caso del Pueblo Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de Fondo y reparaciones, párr. 186.

³⁶ Cfr. Convenio No. 169 de la OIT, artículo 12. Por su lado, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece en su artículo 36.2 que los Estados, “en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de este derecho”.

4.- *Estudio de impacto ambiental*: La Corte con respecto a este punto a establecido que el Estado debe garantizar que no se emitirá concesión alguna dentro de una comunidad indígena, a menos que entidades independientes y técnicas realicen un estudio de impacto social y ambiental, el cual será vigilado y supervisado por el Estado. Además como bien determinó; los Estudios de Impacto Ambiental “sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto pueda causar sobre la propiedad y comunidad en cuestión. También se dice que el objetivo no es únicamente tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre tierra y personas, sino también asegurar que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos ambientales y de salubridad.”³⁷

5.- *La consulta debe ser informada*: Este parámetro lo establecen en el sentido de que los pueblos o comunidades indígenas consultadas deben tener conocimiento claro de los posibles riesgos que correrían, para lo cual se requiere que el Estado proporciones la información veraz, completa y constante.

Una vez que hemos dejado claramente definido los estándares bajo los cuales se debe realizar una consulta, y al tener una base sobre los principios que deben regir en esta consulta, a continuación esclareceremos varios puntos de la misma, a fin de aclarar el propósito, la forma, a quien y como debe ser planteada la misma, de acuerdo a nuestra legislación interna e internacional.

1.3.1. ¿Cuál es el propósito de la Consulta Previa?

La consulta previa es de mucha importancia en especial para los pueblos y comunidades indígenas y para el ejercicio los derechos colectivos en el Ecuador, por

³⁷ Cfr. Caso del Pueblo Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de Fondo y reparaciones, párr. 205.

medio de dicha consulta se cumplen con el deber primordial del Estado de defender el patrimonio natural y cultural, protegiendo el medio ambiente y promoviendo la participación ciudadana.³⁸

La consulta previa tiene su razón de ser en el mandato constitucional, al reconocer en su artículo 14 el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir o *sumak kawsay*; y por lo tanto concede el derecho a pueblos indígenas y los demás grupos étnicos, de poder decidir sobre medidas (legislativas y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación a través de la consulta previa.

La consulta previa al ser un derecho colectivo garantizado por nuestra actual Constitución, fue creado como una garantía a los pueblos indígenas, para que continúen viviendo como pueblos diferentes en sus territorios; por lo que es inevitable mencionar que esta consulta se encuentra íntimamente relacionada con el

³⁸ Arts. 3.1, 3.3, 3.7 y 95 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008, los cuales manifiestan:
Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes [...]
3. Fortalecer la unidad nacional en la diversidad [...]
7. Proteger el patrimonio natural y cultural del país.

Art. 95.- Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.

derecho al territorio y a vivir como pueblos diferentes, gracias al principio de la diversidad étnica o plurinacional en el caso ecuatoriano.

Justamente por ello, la consulta previa debe tener como finalidad el obtener el consentimiento libre del pueblo indígena, tal como lo prevé el Convenio 169 de la OIT, Art. 6.2,³⁹ esto equivale a que si el pueblo indígena no consiente de manera libre y previa a una información veraz y objetiva, su territorio no puede ser vulnerado con el solo argumento de que la propiedad de los recursos naturales pertenece al Estado, por ello también la Declaración de la Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en los artículos 10, 11, 21, 28, 29 y 32, prefiere hablar del “consentimiento, libre, previo e informado”, para de esta forma evitar la simple comunicación a las comunidades, las prebendas, el chantaje y la amenaza.

El propósito fundamental es permitir a las comunidades y pueblos indígenas el derecho que tienen de participar y de este modo prevenir la voluntad de las mismas respecto de las consecuencias que por los daños causados se pueden suscitar, debido a las actividades o programas que afecten sus recursos no renovables, ya que a partir de la colonia y hasta el momento histórico actual, en la toma de decisiones sobre asuntos indígenas, no han sido ni los representantes de los pueblos ancestrales los que han intervenido, pues las políticas estatales han desconocido prácticamente la organización social, el entorno biodiverso, la vida y costumbres que los indígenas protegen al igual que las formas sociales propias y arraigadas, razón que exige poner en práctica la consulta previa cuando se trata de programas que tienen relación con

³⁹ El artículo 6 numeral 2 del Convenio 169 de la OIT establece que “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”.

los pueblos nativos, como bien sostiene Rosa Baltazar, al referirse a la consulta previa y la conservación de la naturaleza: “Para los pueblos indígenas la conservación del ambiente es fundamental ya que forma parte de la cosmovisión del mundo indígena, el aire, el agua, la Pacha Mama, son parte del mundo ancestral preestablecido y el Estado por medio de sus actividades lo está exterminando”.⁴⁰

La jurisprudencia del Consejo de Administración de la OIT ayuda a entender cuál es el verdadero propósito y alcance de este mecanismo de consulta previa, por medio del cual no se busca simplemente obtener con la consulta un acuerdo o un permiso, sino que va mucho más allá, considerando este mecanismo como la oportunidad de que los pueblos interesados puedan participar activa y libremente en la formulación, evaluación y dirección de los programas que puedan afectarlos.

Como sucedió en el caso de la Federación Independiente del Pueblo Shuar – FIPSE- (en adelante FIPSE), la misma que está asentada en las provincias de Pastaza y Morona Santiago, en un territorio ancestral de aproximadamente 150.000 hectáreas, sobre el cual el Estado Ecuatoriano en fecha 27 de abril de 1998 celebra un contrato de Participación con la Compañía Petrolera ARCO ORIENTE Inc., para la exploración de hidrocarburos en el Bloque 24, ubicado en un 70% del territorio de la nacionalidad Shuar, sin previa consulta a ésta. Por su parte la asamblea de la FIPSE, llevada a cabo los días 12 y 13 de agosto de 1998, resolvió, no permitir que la Compañía petrolera realice la negociación o contratación directa con las asociaciones y centros que forman parte de la FIPSE.

⁴⁰ Rosa Baltazar, “Derecho Ambiental y Consulta Previa”, en *Revista Yamaypacha*, No. 45, Quito, 2007, p. 25.

Sin embargo de que la resolución de la asamblea de la FIPSE fue notificada al Estado y a la Compañía petrolera, ésta última ingresa a los territorios de la nacionalidad Shuar y consigue hacer firmar a varios individuos un “convenio de participación”, y luego con los miembros de las asociaciones Kusutka, Iñiyua y Achunts firma un convenio para proceder a realizar los estudios de impacto ambiental en los territorios de la nacionalidad Shuar. Estos actos de la Empresa petrolera han provocado división de la FIPSE, enfrentamiento entre sus miembros, acusaciones falsas en contra de los dirigentes de pertenecer a grupos guerrilleros.

Frente a esos hechos, la FIPSE interpone una acción de amparo constitucional ante el Juez de lo Civil de Morona Santiago, en contra de la Compañía Petrolera ARCO ORIENTE Inc. El juez acepta la acción de amparo y ordena “1.- La recurrida no se acercará a individuos u organizaciones de base dentro y fuera del territorio de la FIPSE sin debida y legítima autorización de la Asamblea de la Federación a través de su directiva; 2.- La prohibición a la recurrida para promover acercamientos o reuniones con la intención de dialogar con cualquier individuo, centro o Asociación de la Asamblea de la Federación a través de su directiva.

En 1999 la FIPSE le pidió a la Confederación Nacional de Trabajadores, CEOSL- Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres, el apoyo institucional para presentarle una denuncia a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en contra de Ecuador, por violar su Convenio 169. Dos años después la OIT le emitió una serie de recomendaciones al Estado ecuatoriano, para que garantizara los derechos de FIPSE y otras organizaciones amazónicas.

Es con la finalidad de evitar atentados como estos, contra la naturaleza, contra la incorrecta forma de explotar y comercializar el petróleo en estas zonas al igual que la deforestación de la naturaleza, que aparece este derecho a la consulta previa, a fin de apaciguar las decisiones tomadas entre las exigencias económicas estatales y el dominio ancestral; más aun ahora que nuestra actual Constitución entró en vigencia, y tiene como característica principal el ser garantista de los derechos humanos.

Sin embargo este derecho ha sido blanco de constantes atropellos por el gobierno y las transnacionales, que con el justificativo de emprender el desarrollo económico y social de la Nación, han encaminado y permitido la política de explotación de los recursos naturales no renovables, violando constantemente los derechos constitucionales.

1.3.2. ¿A quién debe consultarse?

Como ya lo manifestamos en párrafos anteriores, es necesario mencionar que tanto la Constitución de 1998 como la del 2008, establecen dos formas de consulta; la primera que tiene como fuente la Declaración de Río sobre medio ambiente, que se refiere a la consulta previa para la protección de un derecho difuso, del que todas las personas tienen legitimidad activa para exigirla; y la segunda que es la que nos corresponde analizar en esta tesis, que es la consulta previa para la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, que tiene como fuente el Convenio 169 de la OIT que hace referencia a la consulta para actividades de explotación de recursos naturales no renovables que se encuentran en las tierras en las que habitan los pueblos indígenas.⁴¹

⁴¹ Cfr. Wilton Guaranda M, “La consulta previa y el derecho a la resistencia”, en Luis Ángel Saavedra (INREDH) Edit., *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Quito,

Por lo que es importante mencionar que en el caso de la primera consulta al ser creada para “la comunidad”,⁴² no se excluye de ninguna manera a que participen también los pueblos indígenas, pero en el caso de la segunda consulta que hace referencia a la explotación y comercialización de los recursos naturales, si determina claramente que el titular de esta consulta son las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas,⁴³ excluyendo de esta manera al resto de la sociedad, esto debido a que no solo se les estaría afectando en el ámbito ambiental, sino va mucho más allá, al afectarlos culturalmente.

Por lo que otro argumento para reforzar lo dicho en el párrafo anterior, con respecto a la titularidad correspondiente a los pueblos indígenas, podemos manifestar que nuestra actual Constitución en el artículo 57 establece que la consulta previa es un derecho Constitucional de carácter colectivo, por lo que desde este punto de vista se entiende que estos derechos colectivos son ejercidos por un especial titular colectivo, determinando en nuestra Carta Magna a un segmento específico de la población como sujeto colectivo de derechos, siendo estas las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al pueblo afroecuatoriano y los pueblos montubios del Ecuador.⁴⁴

Comunicaciones INREDH, 2009, p. 147.

⁴² El artículo 398 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008, manifiesta que: “Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad a la cual se informará amplia y oportunamente...”

⁴³ El artículo 57 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008, manifiesta que: “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas [...] 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente...”

⁴⁴ Los artículos 57, 58, y 59 de la Constitución de la República del Ecuador, señalan: Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas [...] los siguientes derechos colectivos [...]” Art. 58.- Para fortalecer su identidad cultural tradiciones y derechos, se reconoce al pueblo afroecuatoriano los derechos colectivos [... Art. 59.- Se reconocen

Los derechos colectivos reconocidos para las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, contienen algunos elementos esenciales que los diferencian de los clásicos derechos individuales, como son:

- a) Su titular es un sujeto colectivo autónomo, no será la suma de intereses y voluntades individuales.
- b) Su contenido es concebido como una garantía de realización de la igualdad material de los grupos étnicos y culturales respecto de los demás miembros de la sociedad.
- c) La condición que determina la existencia del derecho colectivo no depende de la acción u omisión de sus titulares, sino que depende de la existencia de un poder jurídico de actuación autónoma de estos en caso de incumplimiento⁴⁵.

La Constitución reconoce a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades como formas culturales de organización, reconociendo la titularidad de las mismas de derechos colectivos, por lo que como ya lo establecimos en el capítulo anterior, esta titularidad la tienen las 15 nacionalidades indígenas y los 19 pueblos distribuidos en las 3 regiones del Ecuador;⁴⁶ por lo que se encuentra determinado quienes son los titulares de los derechos colectivos.

En conclusión, como bien lo estableció el artículo 15 del Decreto 1040 ratificado por nuestro actual mandatario Rafael Correa “Sin perjuicio del derecho colectivo que garantiza a todo habitante la intervención en cualquier procedimiento de participación social la consulta previa sobre la actividad o proyecto de prospección y explotación de recursos naturales, que cause impacto ambiental aparece como un

los derechos colectivos a los pueblos montubios [...]

⁴⁵ Corte Constitucional Ecuatoriana, Sentencia N. 001-10-SIN.CC, Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN (Acumulados). Juez Constitucional Ponente: Dr. Patricio Pazmiño Freire.

⁴⁶ CONDEPE:

http://www.condepe.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=43&Itemid=230

derecho dirigido prioritariamente a las organizaciones indígenas, afro ecuatorianas o comunitarias legalmente existentes y debidamente representadas y a las personas que habiten en el área de influencia directa, donde se llevará a cabo la actividad o proyecto que implique impacto ambiental”.⁴⁷

Por lo que de manera general hemos determinado a los titulares, pero es necesario establecer los parámetros para identificar a los pueblos indígenas, por lo que basándome en la Ley de Consulta Peruana, manifestamos que deben existir criterios objetivos que se manifiestan cuando un grupo humano se considera como un colectivo distinto al resto de la sociedad al descender de las poblaciones que originalmente habitaban el país al momento de la conquista, colonización o establecimiento de las fronteras actuales. Este colectivo tiene estilos de vida tradicionales, cultura y manera de vivir distintos de los otros sectores de la población nacional, organización social propia, y costumbres y leyes tradicionales. Estos elementos pueden ser cumplidos de forma total o parcialmente⁴⁸ como lo establece el Convenio 169 de la OIT que permite categorizar como indígenas a grupos que han perdido sus territorios ancestrales, pero que conservan aspectos que los distingue como indígenas en comparación con el resto de la población.

“Los criterios objetivos son:

- 1.- La descendencia directa de los pueblos.
2. El estilo de vida, vínculos espirituales e históricos con el territorio en el que habitan.

⁴⁷ Decreto 1040, Administración del Señor Ec. Rafael Correa Delgado, Jueves, 08 de Mayo de 2008-R.O. No. 332.

⁴⁸ Informe No. 011-2009-DP/AMASPPI-PPI, El derecho a la consulta de los Pueblos Indígenas, Defensoría del Pueblo de la República del Perú.

3. Instituciones sociales y costumbres propias.

4. Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional”.

En cuanto a los criterios subjetivos se encuentran relacionados con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria [...] ⁴⁹

Para concluir esta interrogante, es de mucha importancia establecer que a más de los pueblos, comunidades, nacionalidades, pueblos montubios y afro ecuatorianos, podrán participar sus representantes, autoridades tradicionales, y líderes reconocidos por la comunidad de base y los especialistas en el tema que sean necesarios.

1.3.3. ¿Cuándo procede la consulta previa?

La Consulta procede no solo cuando exista un peligro inminente, sino cuando se vaya a dar un impacto o lesión ya sea a la comunidad o al ambiente, como consecuencia de la actividad que pretendan realizar las autoridades o las empresas privadas concesionarias de una obra pública o de recursos naturales, para concederle a las comunidades el derecho a que conozcan los proyectos y puedan manifestar sus apreciaciones y así permite la aproximación de las partes, evitando futuras confrontaciones con el gobierno, con las empresas o entre comunidades; teniendo en cuenta que el objetivo de las consultas es evitar el daño tanto ambiental como cultural (a las comunidades), por lo que es necesario la adopción de medidas oportunas para enfrentar estos riesgos, para disminuirlos o acabarlos.

⁴⁹ Establecido en la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19 de Junio de 2010.

Es necesario manifestar que dentro de las consultas como derechos colectivos establecidas en la Constitución del 2008 del Ecuador, la consulta previa debe realizarse cuando se trate “...sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente...⁵⁰,” como también “Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos,⁵¹” guardando relación con lo establecido en el ámbito internacional en el Convenio 169 de la OIT que dispone en su artículo 6 literal a) consultar a los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Es importante determinar que nuestra Constitución actual amplía el rango de protección de este derecho a la consulta pre-legislativa en comparación con el Convenio 169 de la OIT, el mismo que en lo principal determina: “...*Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente...*”,⁵² a diferencia de nuestra Constitución en la cual determina que debe consultarse antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, y no solo cuando se les vaya a afectar directamente, situación que sin duda amplía la protección de los derechos colectivos de los Pueblos indígenas.

Una vez que se ha determinado los momentos en que debe darse la consulta, a continuación haremos alusión a la temporalidad de la misma, por lo que en este

⁵⁰ Art. 57 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁵¹ Art. 57 numeral 17 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁵² Art. 6 literal a del Convenio 169 de la OIT.

sentido el artículo 57 numeral 7 de la Constitución de la República establece que la consulta debe ser realizada dentro de un plazo razonable, pero aquí es importante preguntarnos de que plazo razonable estamos hablando?, lastimosamente al no existir respuesta alguna en nuestra legislación sobre este plazo, se debe tomar en cuenta la intencionalidad de la misma, ya que al ser un derecho colectivo, debe responder al principio de buena fe, por lo que como su mismo nombre lo dice al tratarse de una consulta *previa*, debe ser realizada antes de tomar la decisión del proyecto del que se tratare, desde el momento mismo en que nace el riesgo, cuando la entidad o compañía adopta la primera decisión de emprender el proyecto, en definitiva en *“prefactibilidad o preejecución, esto es, en la fase de estudio o diseño inicial anterior a la decisión estatal que origina el riesgo de afectación...”*,⁵³ en concordancia con lo que estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Saramaka que dice: “se debe consultar con [los pueblos indígenas] de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan [...] y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad”.⁵⁴

En conclusión, debido al vacío que existe en nuestra legislación Interna, para contestar esta pregunta debemos basarnos también en el artículo 15 numeral 2 del Convenio Núm. 169 de la OIT que manifiesta: “... los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación...”.

⁵³ Berenice Pólit Montes de Oca, *La consulta previa en materia ambiental*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, p. 87

⁵⁴ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, párr. 134.

Lastimosamente en nuestra actual Constitución no se han establecido parámetros ni reglas de las condiciones de tiempo ni modo en que debe producirse la consulta, por lo que haré alusión a la sentencia C-030 DE 2008 de la Corte Constitucional de Colombia que señaló:

“Frente a las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debe producirse la consulta a la que se ha venido aludiendo, es preciso recordar que el Convenio 169 de la OIT, no establece unas reglas de procedimiento y en tanto que las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra el Convenio y al hecho de que, de acuerdo con el mismo el trámite de la consulta se somete al principio de buena fe, lo cual quiere decir por una lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar...”⁵⁵

1.3.4. ¿Qué se debe consultar?

Una vez que se estén realizando proyectos extractivos y políticas públicas que los afecten, se debe establecer la bases del procedimiento adecuado a seguir dependiendo del caso que se trate para “establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente... para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos”,⁵⁶ se debe consultar qué impactos les puede generar, cómo se pueden mitigar, prevenir, compensar y principalmente se debe hacer la consulta con el objeto de buscar el consentimiento de la comunidad, después de haberse planteado con claridad cuáles son sus planes, las consecuencias que traería el mismo, los beneficios o los deterioros que pueden reportar a las

⁵⁵ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-030/2008. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁶ Art. 6 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

comunidades, las formas como podrían indemnizar las pérdidas que podrían causar dichos proyectos.

Por lo que no se debe tomar a este mecanismo como una mera consulta realizada a las comunidades antes del inicio de la explotación de un territorio o de los recursos, sino debe conseguirse el consentimiento de las mismas con conocimiento de causa, esto quiere decir, teniendo la información completa de los planes del proyecto y las especificaciones necesarias para poder tener conciencia de lo que se va a realizar y así otorgar el derecho a una consulta previa, libre, e informada, por medio de la cual garantice los beneficios que se obtengan con esa explotación, si este es el caso, en concordancia con lo que determinó la Corte Constitucional Colombiana que establece:

“El gobierno tiene obligaciones anteriores a la consulta. El Ministerio de Ambiente, Vivienda Desarrollo Territorial debe realizar un estudio detallado frente a los impactos de la exploración y explotación tanto sobre los derechos de los pueblos indígenas y comunidades negras como sobre el medio ambiente. Toda la información, incluyendo este estudio, debe ser entregada a las comunidades para que internamente valoren las ventajas y desventajas del proyecto...”.⁵⁷

En definitiva, personalmente creo que este mecanismo de participación debe buscar que por medio de la consulta, los pueblos o comunidades que deban ser consultados, sean informados, y tengan acceso oportuno a toda la información necesaria para comprender el alcance e implicaciones del proyecto, ayudando a comprender a cabalidad lo que se está proponiendo, la manera como se dará la ejecución de los proyectos y las consecuencias o afectaciones que podría traer el mismo sobre sus derechos, tradiciones, territorios, etc.

⁵⁷ Corte Constitucional colombiana dicta sentencia histórica sobre consulta previa a pueblos indígenas y comunidades negras en http://cct6.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/Corte_Constitucional_colombiana_dicta_sentencia_historica.pdf, (5/08/10).

Se deberá presentar cualquier información adicional o asesoramiento técnico que se requiera, y obviamente toda esta información relevante, deberá ser certera, completa y clara por lo que se deberá dar facilidades como la traducción de la misma a las lenguas indígenas en aquellas zonas donde éstas se hablen. También sería de mucha importancia establecer que se deben dar cuantas reuniones sean necesarias para tratar sobre la información o los elementos específicos de procedimiento para llevar a cabo el proyecto, dicha reuniones se deberían hacer con la presencia de las autoridades, expertos en el tema tanto indígenas como no indígenas, las comunidades y sus representantes.⁵⁸

1.3.5. ¿Cómo se debe consultar?

Este derecho que permite participar a las comunidades indígenas como ya lo hemos manifestado al inicio de esta investigación, tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, ratificado por el Ecuador el 15 de febrero de 1998, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. Ahora bien corresponde a cada Estado señalar, ya sea en la Constitución y en la ley los mecanismos idóneos para hacer efectiva la participación de las comunidades.

A pesar de encontrarse establecidas en nuestra carta magna desde 1998 dos categorías de consultas, tanto como derecho difuso y como derecho colectivo, no se ha dado una regulación legal de la consulta previa a pesar de que tanto en la

⁵⁸ Cfr. Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas: Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma Constitucional en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile, 24 de abril de 2009.

Constitución de 1998 como en la actual se establece reserva de ley para ciertas materias, entre ellas para normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales garantizados en la Constitución, determinando la mismas cartas magnas que serán leyes orgánicas las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, por lo que tratándose de regular y garantizar el ejercicio de un derecho colectivo como lo es el de los pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultados, era necesario que en el congreso Nacional en aquella época o la Asamblea Nacional en la actualidad expida una ley en la que se establezca los procedimientos a seguirse, ya que a pesar de haberse expedido 3 reglamentos que se referían a la consulta previa,⁵⁹ fueron creados de manera inconsulta e inconstitucional, al no cumplir con las características que requiere un cuerpo normativo que regule los derechos y garantías fundamentales, ya que no fueron dictados por el órgano legislativo competente.⁶⁰

Para contestar la pregunta planteada acudiremos a lo que establece nuestra Constitución actual con respecto al procedimiento que se debe seguir, estableciendo que la misma debe ser libre, previa e informada, dentro de un plazo razonable, que debe ser realizada por la autoridad competente de forma obligatoria y oportuna, y que en caso de no obtenerse el consentimiento de la comunidad consultada se procederá conforme a la Constitución y la Ley. También hace referencia sobre tema la Ley de Gestión Ambiental aún vigente que establece:

“Art. 28.- Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma

⁵⁹ Estos reglamentos fueron: El Decreto 3401 en el Gobierno de Gustavo Noboa, el Decreto 1897 en el Gobierno de Alfredo Palacio y el Decreto 1040 en el Gobierno actual a cargo de Rafael Correa.

⁶⁰ (Guaranda, *La consulta previa...*, 149).

de asociación entre el sector público y el privado ... El incumplimiento del proceso de consulta al que se refiere el artículo 88 de la Constitución Política de la República (actualmente artículo 398) tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos”

Sin embargo esta consulta hace referencia a la consulta como derecho difuso (consulta en materia ambiental), por lo que al no establecerse los parámetros en ninguna ley, estaríamos hablando de una consulta meramente formal y no material.

Como se puede apreciar nuestra legislación interna no está suficientemente dotada de elementos que determinen el procedimiento que debe seguirse en este caso, por lo que es necesario establecer que dentro de la jerarquización normativa, las normas constitucionales se encuentran en primer lugar; sin embargo, asumiendo un rol garantista, se ha colocado en igualdad a las normas establecidas en la Constitución como las normas que se encuentran dentro de los Tratados e Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos, de los cuales el Ecuador es suscriptor, pasando a formar parte del bloque de constitucionalidad, que comprende “el conjunto de normas que aún ni constanding en la Constitución forman parte de ésta, porque la misma Constitución les reconoce ese rango y papel”,⁶¹ una vez que hayan sido ratificados por nuestro país estableciendo en el artículo 424 que establece “La Constitución y 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 del poder público”.

⁶¹ Alberto Acosta, *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*, Quito, Editorial Abya Yala, 2009, pp. 10-11.

Por lo que al tratarse de un derecho humano que no está claramente establecido en su procedimiento en la Constitución, acudiremos a un Instrumento Internacional específico sobre el tema, que es el Convenio 169 de la OIT ratificado por Ecuador en 1998, el mismo que contiene una serie de disposiciones fundamentales sobre el derecho de los pueblos indígenas a la participación, este convenio se basa en el reconocimiento de las aspiraciones que tienen cada uno de los pueblos indígenas de ejercer control sobre sus propias instituciones, forma de vida, desarrollo económico y a fortalecer sus identidades, lenguas, religión y su cultura en general, por lo que este convenio representa la base de lo que es la consulta y participación de los pueblos indígenas con el objetivo de proteger sus derechos y garantizar el respeto de su integridad.

Los artículos 6, 7 y 15 del Convenio 169 de la OIT constituyen el marco jurídico general de lo que se refiere a la consulta y participación de los pueblos indígenas, en una amplia variedad de casos susceptibles de afectarlos directamente tales como la adopción de medidas legislativas o administrativas (Art. 6), la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo (Arts. 6y7) y la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de recursos existentes en sus tierras (Art. 15); es necesario manifestar que en el artículo 6 se refiere a que los gobiernos deben consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados, a través de sus instituciones representativas, estableciendo medios para la participación de los mismos; y que “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”,⁶² estableciendo los mismos parámetros la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Al no encontrar plenamente identificado cual es el procedimiento o como se debe dar la consulta a los pueblos indígenas, es necesario establecer parámetros que determinen cuales son los pasos o los mecanismos que se deben seguir para realizar la consulta, para lo cual nos basaremos en varias fuentes como la Ley de consulta para los Pueblos Indígenas tanto de Perú como el Proyecto de Ley Colombiana, Sentencias históricas de la Corte Constitucional Colombiana. que sientan precedente sobre el caso de la Consulta, la Sentencia de la Corte Constitucional Ecuatoriana sobre la Ley Minera, informes del Relator Especial de las Naciones Unidas, entre otros.

1.4. Principios Generales de la Consulta Previa:

1.- “El carácter flexible del procedimiento de consulta de acuerdo con el derecho interno de cada Estado y las tradiciones, usos, y costumbres de los pueblos consultados”.⁶³

2.- Oportunidad: La consulta se realizará antes de la ejecución del proyecto o actividad que vaya a llevarse a cabo en territorios en los que se encuentren asentados que les afecte directa y específicamente a los pueblos indígenas, “la consulta se entenderá como “previa”, en la medida en que el proceso se surta con antelación a la ejecución de cualquier acción que pueda ser objeto de la misma. En ella se

⁶² Art. 6 numeral 2 del Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

⁶³ Corte Constitucional Ecuatoriana. Sentencia No. 001-10-SIN-CC. Juez Constitucional Ponente: Dr. Patricio Pazmiño Freire.

garantizará la posibilidad de transformar, adecuar y/o complementar tanto la evaluación de los impactos como las medidas tendientes a enmendarlos”.⁶⁴

3.- Buena fe: , por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, permitiendo la participación de los pueblos y valorando sus decisiones y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, propiciando espacios de participación para los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, de manera efectiva y adecuada, “en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo”,⁶⁵ con el objetivo de llegar a un acuerdo.

4.- Información suficiente y oportuna: Los pueblos afectados en la actividad de explotación de recursos naturales tienen derecho a recibir toda la información que sea necesaria por parte del estado, quien debe propiciar información “completa, consistente, coherente, verificable, comparable, contextualizada, diáfana, suficiente y siempre oportuna”,⁶⁶ desde el inicio del proceso de consulta, y de una manera anticipada, para que puedan manifestar sus puntos de vista después de estar informados sobre el tema, y las consecuencias que puedan traer a sus territorios, culturas y vida en general.

⁶⁴ Proyecto de ley estatutaria elaborado por el grupo de consulta previa del Ministerio del Interior y de Justicia por la cual se reglamenta la consulta previa para grupos étnicos y se dictan otras disposiciones. Emitido por el Congreso de la República de Colombia, Art. 3 literal f.

⁶⁵ Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en la Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 19 de Junio de 2010, Art. 4 literal c.

⁶⁶ Proyecto de ley estatutaria elaborado por el grupo de consulta previa del Ministerio del Interior y de Justicia por la cual se reglamenta la consulta previa para grupos étnicos y se dictan otras disposiciones. Emitido por el Congreso de la República de Colombia, Art. 3 litera E.

5.- Comunicación Intercultural y Bilingüismo: “El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento del valor de cada una de ellas”.⁶⁷ Un aspecto importante es que la consulta debe ser realizada con la respectiva traducción al idioma particular del pueblo que vaya a ser consultado, para garantizar un proceso de diálogo real con los pueblos indígenas, en concordancia con el artículo 12 del Convenio 169, que establece el deber estatal de adoptar “medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.

6.- “Ausencia de coacción o condicionamiento: La Participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno”.⁶⁸

7.- Plazo Razonable: Es fundamental establecer un tiempo prudencial para que se lleve a cabo la consulta, ya que así permite a las Instituciones, organizaciones representativas y a quienes vayan a participar en la misma conocer, reflexionar, opinar y realizar propuestas sobre las medidas que vayan a tomarse.

8.- Legalidad: Las autoridades de la administración pública deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y los tratados internacionales ratificados, en particular aquellos que versan sobre derechos humanos³⁶, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

⁶⁷ Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19 de Junio de 2010 Art. 4 literal b.

⁶⁸ *Ibíd.*, Art. 4 literal f.

1.5. Fases de la Consulta Previa: Tomando en cuenta los principios antes mencionados, estableceremos las siguientes fases cuyo cumplimiento debería ser de obligatorio cumplimiento:

Fase de apertura, información y construcción de la metodología:

a) “Verificación⁶⁹ e Información:

La entidad estatal deberá identificar si el proyecto que vaya a realizarse afecta a los pueblos indígenas, para así determinar si es necesario o no el proceso de consulta. En este punto es necesario manifestar lo importante que sería la reglamentación sobre el derecho en la consulta, en la cual se limite la discrecionalidad de las entidades públicas y generar así seguridad para quienes van a ser afectados con la actividad a realizarse.⁷⁰

Una vez que se haya determinado la necesidad del proceso de consulta, la autoridad competente deberá determinar cuáles son los pueblos o comunidades indígenas que van a ser consultadas,⁷¹ quienes elegirán los representantes para la interlocución con la comunidad, se realizará un “proceso preconsultivo con las autoridades de cada comunidad indígena o afro descendiente que pueda resultar afectada, en el cual se definan las bases del procedimiento apropiado a seguir en los diferentes casos, respetando las especificidades culturales...”,⁷² personalmente pienso que es necesario establecer representantes de las comunidades en la fase

⁶⁹ La reglamentación sobre el derecho a la consulta debería limitar la discrecionalidad de las entidades públicas y generar una mayor seguridad y previsibilidad para los administrados, en relación a las medidas administrativas y legislativas que requieren ser consultadas.

⁷⁰ Cfr. El Derecho a la consulta de los Pueblos Indígenas, Informe No. 011-2009-DP/AMASPPI-PPI, Lima, Mayo del 2009, p. 20.

⁷¹ Basándose en los parámetros tanto objetivos como subjetivos establecidos en esta tesis pp. 16-17

⁷² Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-769 de 2009. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

inicial para que revisen la información que será presentada al momento de realizar la consulta, la estudien y saquen sus conclusiones.

Una vez revisada la información por los representantes de los pueblos y que estén de acuerdo con la misma, se difundirá a todo el pueblo o comunidad afectada la información clara, completa y oportuna, empleando métodos culturalmente adecuados respecto de los motivos, impactos y consecuencias que causaría el mismo, en especial al tratarse de “proyectos sobre aprovechamiento de recursos naturales, la información que se suministre, debería abarcar por lo menos los siguientes aspectos:

- 1.- Naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto.
- 2.- Las razones o el objeto del proyecto y/o actividad.
- 3.- La duración del proyecto y/o actividad.
- 4.- Los lugares de las zonas que se verían afectados.
- 5.- Una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa.
- 6.- Las instituciones o sectores que probablemente intervendrán en la ejecución del proyecto y/o actividad propuesta.
- 7.- El procedimiento (s) que pudiere (n) traer consigo el proyecto y/o actividad”⁷³, “a fin de que evalúen con conocimiento de causa y efecto; dándoseles también la posibilidad de solicitar el asesoramiento técnico necesario, cuando resulte pertinente”.⁷⁴

B) Fase de análisis, diálogo y concertación de impactos y medidas:

Durante estas fases se realizan varios talleres, se hará el respectivo análisis y evaluación de impactos, y posteriormente se constituirá un diálogo, que obviamente deberá darse en base a los principios mencionados anteriormente como lo son:

⁷³ El Derecho a la consulta de los Pueblos Indígenas, Informe No. 011-2009-DP/AMASPPI-PPI, Lima, Mayo del 2009, p. 20.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 20.

Primeramente la oportunidad, ya que al tratarse de una consulta “previa” se sobreentiende que la misma debe ser realizada antes de la ejecución del proyecto, flexibilidad, buena fe, presentar información clara y completa, el dialogo debe ser por medio de una comunicación intercultural y bilingüe, dentro de un plazo razonable, y basándose en la legalidad). Es importante determinar desde mi punto de vista la importancia de que tanto la difusión de la información, como los talleres o cursos que se realicen para aclarar el tema y contestar las dudas del proyecto, como también la consulta en sí que debe ser como una especie de referéndum,⁷⁵ debe ser aplicada a toda la comunidad afectada con el proyecto para que sea democrática y exista legitimidad en el proceso.

C) Fase de decisión:

Una vez que ya se ha entregado la información, que ha sido revisada por los afectados en el proyecto o actividad que vaya a realizarse, y después de haberse dialogado con las autoridades necesarias, se puede llegar a las siguientes respuestas:

Acuerdo total o consentimiento. En caso de existir consentimiento de los pueblos indígenas expresado a través de sus representantes, la entidad estatal competente debe enriquecer su decisión con los aportes derivados del proceso de consulta, respetando íntegramente los acuerdos adoptados en la Resolución que da por aprobada la medida.

Acuerdo parcial. Cuando exista un consentimiento parcial, la entidad estatal competente debe enriquecer su propuesta con los aportes de los representantes

⁷⁵ Acto por medio del cual se somete a la aprobación del pueblo disposiciones importantes del gobierno.

indígenas formulados en el proceso de consulta, a fin de adecuar la medida o desistirse de ella.

No consentimiento: En caso de darse una negativa por parte de los pueblos indígenas para la realización de un proyecto, pueden darse dos caminos: El estado dejara de lado todo interés político y económico, y aplicará los principios de interpretación constitucional, pudiendo aplicarse fácilmente aquellos criterios contenidos en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que establece que el fin de la consulta a los pueblos indígenas es buscar el consentimiento, o más aun basarnos en la Declaración Internacional de Derechos de los Pueblos Indígenas, en la cual determina la obligación de lograr el consentimiento libre, previo e informado, la cual estaría conforme al dictamen emitido por la CIDH, en el caso del Pueblo de Sarayaku que establece el deber del Estado de consultar a los Pueblos Indígenas de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia⁷⁶.

Por lo que al determinar quiénes son los titulares, y la forma en la que se va a afectar a las comunidades, ya sea ambiental, cultural, económico, etc, y que vaya a afectarse a su supervivencia, no existe otro camino que el consentimiento de la comunidad, por lo que tanto los interesados en el proyecto como el estado que interviene también deben buscar la manera de lograr el consentimiento, caso contrario no podríamos irnos en contra de la vida de una comunidad.

Por lo que personalmente pensaría que en el caso de que se afecte a gran escala a la comunidad, ya se les ha dado prioridad a que sean ellos quienes decidan

⁷⁶ Tomando en cuenta el criterio manejado con anterioridad en esta investigación pp.. 23-24, respecto de la obligación que tienen los Estados parte de la Convención de respetar la Jurisprudencia de la CIDH.

por la importancia de la situación, al hablar no solo de una molestia por un proyecto sino del daño que se hace a la vida de una comunidad; por lo que pensaría que lo correcto en el caso de que el daño que vaya a causarse a la comunidad no tenga una afectación mayor a su supervivencia y a su vida, es cierto que no se debe interpretar el artículo 21 de la convención Americana de Derechos Humanos de manera que impida al Estado emitir cualquier tipo de concesión para la explotación o extracción de recursos naturales dentro del territorio de una comunidad indígena. En este sentido, el artículo 21 de la Convención establece que “la ley podrá subordinar el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad”, motivo por el cual la Corte Interamericana de derechos humanos ha sostenido en otras ocasiones que de acuerdo al artículo 21 de la convención, el estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad, estableciendo pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.⁷⁷

La idea principal es que estas restricciones estén orientadas a satisfacer un interés público, personalmente pienso que si es un caso en el que el daño es relativamente subsanable y que no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, no puede tampoco dejarse al arbitrio de la comunidad, ya que si bien mi inclinación es por la defensa de los pueblos, y de hecho me considero sensible con las causas que tienden a preservar las costumbres y tradiciones ancestrales, en estos casos en los que el grado del daño sea leve, se puede llegar a un arreglo, por

⁷⁷ Cfr. Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, el 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas,) párrs. 144-145

medio de conversaciones y acuerdos, cediendo las partes y consiguiendo el mayor beneficio posible.

Por lo que en definitiva, mi recomendación al presentarse este último caso sin encontrar una solución al conflicto, y mucho menos lograr un acuerdo o consentimiento, la decisión la debe tomar un tercero, que en el caso de nuestro país podría ser la Corte Constitucional del Ecuador, quien con total imparcialidad debería bajo el principio de ponderación o proporcionalidad decidir qué se debe hacer en cada caso.

Una vez superada esta fase, ya sea con un acuerdo total o parcial, continuará con:

C) Fase de Protocolización de acuerdos⁷⁸ y de cierre de la consulta previa: En esta fase, después de haber llegado a un acuerdo ya sea parcial o total, la autoridad competente se encargará de plasmar en un documento los acuerdos y desacuerdos en los que la comunidad y el interesado hayan incurrido en todo este proceso, determinando cada punto que hayan acordado, estableciendo una Acta en la que deberá constar todos los resultados de la consulta, los acuerdos y desacuerdos y la firma del interesado, de los representantes de las comunidades y de la autoridad que esté a cargo del proceso.⁷⁹

1.6. Finalidad de la consulta previa

“La consulta previa está íntimamente relacionada a la capacidad de los pueblos de ejercer autonomía, ligada al territorio y ligada a la capacidad de acceder a

⁷⁸ Proyecto de ley estatutaria elaborado por el grupo de consulta previa del Ministerio del Interior y de Justicia por la cual se reglamenta la consulta previa para grupos étnicos y se dictan otras disposiciones. Emitido por el Congreso de la República de Colombia, Art. 12 letra C.

⁷⁹ Cfr. Proyecto de ley estatutaria elaborado por el grupo de consulta previa del Ministerio del Interior y de Justicia por la cual se reglamenta la consulta previa para grupos étnicos y se dictan otras disposiciones. Emitido por el Congreso de la República de Colombia, Art. 12 letra C.

espacios democráticos. Por lo tanto la consulta previa no puede convertirse en un requisito para otorgar licencias (decir si a un proyecto), o la simple información sobre la ejecución de un proyecto”,⁸⁰ a pesar de que existe jurisprudencia en la que se desarrolla de forma amplia la aplicación de la consulta previa, siempre hay la tendencia de menospreciar a este concepto al de mera participación.

Para determinar cuál es la finalidad de la consulta acudiremos a lo que establece la Constitución de la República en el Art. 57 de la Constitución de la República en el que se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos los siguientes derechos colectivos [...] 7. La consulta libre, previa e informada [...] Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley”,⁸¹ por lo que puede interpretarse que la finalidad de la consulta es obtener el consentimiento de los pueblos, en concordancia a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, que es el Convenio Internacional que brinda mayor protección a los derechos de los pueblos indígenas, el cual establece “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...”,⁸² en concordancia con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su artículo 19

⁸⁰ (Guaranda, *La consulta previa...*, 144).

⁸¹ Art. 57 literal 7 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁸² Art. 6 numeral 2 del Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

manifiesta: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas ... a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.⁸³

En la Constitución Ecuatoriana del 2008, se reconoció el derecho a la consulta libre, previa e informada de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; pero aún así han existido graves conflictos por la falta de aplicación y respeto a este derecho colectivo; por lo que sería de gran ayuda crear una ley integral, que regule y especifique todo el procedimiento referente a la consulta previa, sin embargo no se debe tomar como algo indispensable, ya que no puede a pretexto de la falta de esta ley vulnerarse un derecho colectivo establecido y garantizado tanto en nuestra legislación Interna como Internacional, ya que si bien una ley secundaria podría abarcar todos los criterios avanzados y desarrollados en los diferentes Instrumentos Internacionales ratificados por el Ecuador, no se puede olvidar que nuestra misma Constitución nos dirige a la aplicación de estos Instrumentos Internacionales cuando sean más favorables a los derechos humanos, los mismos que claramente determinan la finalidad de la consulta libre, previa e informada.

Esta consulta previa no ha sido creada solo para cumplir una formalidad sino por el contrario para respetar esa construcción de un Estado Plurinacional que ha tenido como objetivo principal cambiar la situación de exclusión social y pobreza en que se han encontrado las nacionalidades y pueblos indígenas en el Ecuador.

⁸³ la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007, Art. 19.

CAPÍTULO II

2.1. Datos generales del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku:

“Sarayaku como pueblo, es uno de los más antiguos de la provincia de Pastaza y es una fusión de indígenas Quijos, Jíbaros y Kitchwas. Canelos, que por su naturaleza rebelde se resistieron al pago de tributos a los encomenderos y prefirieron adentrarse a la selva para evitar dicho contacto, pero, que a su vez, vieron en el Kitchwa, la lengua más adecuada y con el paso del tiempo se sintieron identificados hasta el punto de defenderla”.⁸⁴

El Pueblo de Sarayaku está formado por cinco centros: Sarayaku Centro, Cali Cali, Sarayaquillo, Shiwacocha y Chontayacu; dueños de una gran diversidad biológica y con una población estimada de 1200 habitantes. Sarayaku forma parte de la Organización de los Pueblos Indígenas de Pastaza (OPIP);⁸⁵ la cual a su vez es parte de la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía ecuatoriana (CONFENAIE) y de la Confederación de Nacionalidades Indígenas de Ecuador (CONAIE).

El Gobierno del Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku es ejercido por un Consejo de Gobierno integrado por líderes tradicionales, líderes comunitarios, ex dirigentes, mayores, shamanes y grupos de asesores y técnicos de la comunidad. Las decisiones sobre temas graves o de especial trascendencia para la comunidad se realizan mediante la Asamblea Comunitaria,⁸⁶ que se reúne ordinariamente cada año y extraordinariamente cuando es necesario.⁸⁷

⁸⁴ Ivonne Eulalia Ponce, *Petróleo y conflictos en la Región Amazónica: El caso de Pastaza, Bloque 23*, Quito, Proyecto previo a la obtención del Título de Ingeniera en Ciencias Económicas y Financieras, 2006, pág. 67.

⁸⁵ La OPIP fue fundada en 1979 y está reconocida mediante Acuerdo Ministerial No. 612 del 16 de Julio de 1984.

⁸⁶ La Organización Política del Pueblo Kichwa de Sarayaku ha sido reconocida por el Secretario Ejecutivo del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CONDEPE) mediante acuerdo 24 del 10 de junio de 2004.

⁸⁷ En el Estatuto consta: “La Asamblea ordinaria se reúne cada año el 11 de mayo en forma

Las familias y comunidades asentadas dentro de este territorio realizan actividades económicas destinadas a producir alimentos para su autoconsumo, “subsisten de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales. Un promedio del 90% de sus necesidades alimenticias son satisfechas con productos provenientes de su propia tierra y el 10% restante con bienes que provienen del exterior de la comunidad”,⁸⁸ también reciben bienes provenientes del exterior del territorio como por ejemplo la azúcar, sal refinada, galletas, fideos, sardinas enlatadas y otros productos que se han ido incorporando en su vida cotidiana.

Según la cosmovisión del pueblo, el territorio tiene una dimensión espiritual sagrada, en la cual el mundo animal está protegido por espíritus superiores. Los ríos, lagunas, cascadas, montañas y el subsuelo son espacios en donde habitan los espíritus sagrados que son fuente de vida, conocimiento e identidad de los Sarayaku. Bajo esta visión de territorio, la gente de Sarayaku ocupa y protege un espacio ancestral.

2.2. Antecedentes del caso:

Es importante comenzar recordando que el 12 de mayo de 1992 el Estado adjudicó, a través del Instituto de Reforma Agraria y Colonización (IERAC), en la Provincia de Pastaza un área singularizada en el título que se denominó Bloque 9, a favor de las Comunidades del Bobonaza, entre las cuales se encuentra el Pueblo Kichwa de Sarayaku. El 10 de junio de 2004 el Secretario Ejecutivo del CEDENPE

obligatoria y la extraordinaria cuando el caso lo requiera” así mismo “El consejo de gobierno sesionara cada viernes.”

⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de Fondo y Reparaciones, de 27 de junio de 2012, párr. 54.

(institución estatal adscrita a la Presidencia de la República competente en temas indígenas) registró el Estatuto del Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku.⁸⁹

El 26 de julio de 1996, el Estado ecuatoriano concesionó a favor de la empresa argentina (Compañía General de Combustible) en adelante “CGC”, la exploración y explotación petrolera del bloque 23, con una superficie de 200.000 hectáreas de tierra; en la que habitan varias asociaciones, comunidades y pueblos indígenas: Sarayaku, Jatun Molino, Pacayaku, Canelos, Shaimi y Uyuimi. De las mencionadas poblaciones indígenas, Sarayaku es la más grande en términos de población y extensión territorial, pues su territorio ancestral y legal abarcaba alrededor de un 65% de los territorios comprendidos en el Bloque 23.⁹⁰

La concesión del Bloque 23 no fue la primera vez en la que se afectó al Pueblo de Sarayaku por la actividad petrolera; en 1989 el Estado concesionó el Bloque 10, que incluía una parte del territorio norte de Sarayaku a la compañía petrolera norteamericana ARCO. Sarayaku junto con otros pueblos afectados se organizó también para rechazar el ingreso de la petrolera en su territorio. Después de grandes esfuerzos se logró un acuerdo con el gobierno en el cual se comprometió a no permitir la prospección sísmica en dicho territorio, no obstante, poco después de haberse firmado éste acuerdo, el gobierno lo anuló argumentando que fue firmado bajo presión. Al final se incumplió con lo acordado y la petrolera terminó por

⁸⁹ Acuerdo No 24, cuyo artículo 47.b) establece: “El territorio del Pueblo Kichwa de Sarayaku y sus recursos naturales comprendidas en la superficie del bloque 9, cohabitado con el pueblo kichwa de Boberas, de las cuales corresponde a Sarayaku, aproximada y tradicionalmente 135.000 hectáreas, así como los bienes que se hacen referencia en el artículo 45 y 46 de este Estatuto, dejando constancia que estas dimensiones territoriales pudieren aumentarse en el futuro”.

⁹⁰ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, sentencia de Fondo y reparaciones, del 27 de junio de 2012, párr. 65.

deforestar, abrir pozos y construir grandes infraestructuras de producción y transporte de petróleo en el Bloque 10.⁹¹

En el caso de Sarayaku, según el contrato celebrado entre el Estado y la Empresa Petrolera, la fase de exploración sísmica tendría una duración de 4 años con posibilidad de prorrogar hasta por dos años desde la fecha efectiva de contrato, así mismo se determinó que la fase de explotación duraría 20 años con posibilidad de prórroga. Dentro de las obligaciones del contratista estaban entre otras la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental y la realización de todos los esfuerzos para preservar el equilibrio ecológico existente en el área de explotación del bloque adjudicado. En fin dentro de las obligaciones comunes de las partes se establecieron entre otras, las de interpretar y ejecutar de buena fe el contrato, sin embargo la empresa contratista no cumplió.

En el año 2002 la CGC ingresó reiteradamente al territorio de Sarayaku para realizar los estudios de impacto ambiental, en esta fecha la CGC, violó la prohibición expresa de Sarayaku de ingresar en su territorio con el objetivo de sembrar 1500 kg de pentolita (dinamita) en la superficie y al interior de la tierra en zonas estratégicas de importancia vital para la comunidad.

La comunidad Sarayaku, por medio de la OPIP interpone una acción de amparo constitucional, el 29 de noviembre de 2002; designado con el número 282-2002, la misma que recae en el Juez de lo Civil de Pastaza, quién dictó medidas precautorias a favor de la comunidad Sarayaku, y dispuso se suspenda

⁹¹ Petición relativa a violaciones a los derechos humanos individuales y colectivos de los miembros del Pueblo Kichwa de Sarayaku, Ecuador. Presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayaku, el Centro por la Justicia y el Derechos Internacional CEJIL y el Centro de Derechos Económicos y Sociales CDES, el 19 de diciembre de 2003.

cualquier acción que esté afectando o amenace los derechos que son materia de reclamo. Igualmente el Defensor del Pueblo dicta una resolución defensorial de protección a la comunidad.

Lastimosamente, pese a estas resoluciones, tanto los agentes del Estado como de la CGC han perpetrado una serie de actos atentatorios a los derechos humanos,⁹² y frente a la inacción del Juez que conocía el Amparo por alrededor de seis meses, el pueblo a inicios del 2003, solicitó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dicte medidas cautelares a favor del Pueblo Sarayaku. El 5 de mayo de 2003 dicta las siguientes medidas cautelares a favor de los dirigentes y miembros de la comunidad:

- Adoptar todas las medidas que considere necesarias para asegurar la vida y la integridad física, psíquica y moral de los miembros del Pueblo indígena de Sarayaku...
- Investigar los hechos ocurridos el 26 de enero de 2003 en el campo de paz y vida Tiutilhualli del Pueblo de Sarayaku y sus consecuencias, juzgar y sancionar a los responsables.
- Adoptar las medidas necesarias para proteger la especial relación del Pueblo Sarayaku con su territorio.
- Requirió al Estado acordar las medidas cautelares en consulta con el Pueblo y sus representantes ante el sistema interamericano de derechos

⁹² Se dieron: 1) Detenciones bruscas y arbitrarias, calumnias, torturas en contra de los dirigentes de la comunidad por parte de los agentes de la CGC, 2) Se prohibió y se bloqueó la circulación por el río Bobonaza, única vía de ingreso a la Comunidad, 3) Se dieron ataques de las fuerzas armadas a la comunidad, obligando a desplazar por la selva por más de una semana y 4) Agresiones con disparos de arma de fuego en contra de los miembros de la comunidad.

humanos, las cuales tendrían una vigencia de 6 meses. Transcurrido dicho plazo y una vez consideradas las observaciones de las partes la CIDH decidiría si procedía continuar con las mismas.

Sin embargo el abierto incumplimiento de dichas medidas cautelares por parte del Estado ecuatoriano llevó a que la Comisión Interamericana solicite a la Corte Interamericana dicte medidas provisionales a favor de Sarayaku; las cuales fueron concedidas mediante resolución de 6 de julio de 2004 resolviendo:

requerir al Estado que adopte [...] las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de los miembros del pueblo indígena kichwa de Sarayaku y de quienes ejercen su defensa [...]", "requerir al Estado que garantice el derecho de libre circulación de los miembros del pueblo kichwa de Sarayaku", "investigue los hechos que motivan la adopción de estas medidas provisionales, con el fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones correspondientes", "dé participación a los beneficiarios de estas medidas en la planificación e implementación de las mismas y que, en general, les mantenga informados sobre el avance de la ejecución de las medidas ordenadas por la Corte [...]"

Posteriormente se realizó una audiencia pública celebrada en Asunción, Paraguay en mayo del 2005, en la que la Corte dicta nuevamente una Resolución el 17 de junio de 2005, mediante la cual resolvió reiterar al Estado que mantuviera las medidas adoptadas en los términos de la Resolución de 6 de julio de 2004, y además:

- a) Que los miembros del Pueblo Indígena de Sarayaku puedan realizar sus actividades y hacer uso de los recursos naturales existentes en el territorio en que se encuentran asentados; específicamente el Estado debe adoptar aquéllas medidas tendientes a evitar daños inmediatos e irreparables para su vida e integridad personal resultantes de las actividades de terceros que viven cerca de la comunidad o que exploten

los recursos naturales existentes en el mismo. En particular, en caso de que no se haya hecho, que sea retirado el material explosivo colocado en el territorio donde se asienta el Pueblo Indígena de Sarayaku;

- b) Asegurar la libre circulación de los miembros del Pueblo Indígena de Sarayaku, especialmente en el Río Bobonaza;
- c) Dar mantenimiento a la pista aérea ubicada en el territorio en que se encuentra asentado el Pueblo Indígena de Sarayaku para garantizar que dicho medio de transporte no sea suspendido;
- d) Informar a las comunidades indígenas vecinas sobre el sentido y alcance de las medidas provisionales, tanto para el propio Estado como para terceros particulares, con el fin de propiciar un clima de convivencia entre las mismas.

En el 2007, el Estado ecuatoriano, a través del Ministerio de Energía y Minas, aceptó la disposición de la Corte Interamericana para el retiro de la pentolita.

En diciembre de 2009 se retiraron catorce kilogramos de explosivos y el proceso fue suspendido; el 8 de mayo del 2009 se autorizó reanudar las operaciones petroleras en los bloques 23 y 24, las mismas que defienden el pueblo de Sarayaku; y el 18 de diciembre de 2009, la Corte Interamericana convoca a la Comisión Interamericana, al Estado y a los representantes de la Comunidad de Sarayaku a una audiencia pública, a fin de obtener información sobre la implementación de las medidas provisionales,⁹³ de la cual se desprende claramente el incumplimiento

⁹³ A esta audiencia comparecieron , por el Estado, la señora Daysi Espinel de Alvarado, Embajadora

permanente de las obligaciones del Estado ecuatoriano.

El 26 de enero de 2010, la Comisión Interamericana emitió su resolución respecto a este caso, y se remite a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Luego de que el Estado contestó la demanda y que los representantes de las presuntas víctimas presentaron su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, la Corte convoca a las partes a audiencia pública los días 8 y 9 de agosto de 2010, la cual trató sobre el fondo y las eventuales reparaciones, costas, se escuchó las declaraciones de los testigos y dictámenes de los peritos, como también los alegatos orales de la Comisión, de los representantes y del Estado.

Por último se realizó los días 6 y 7 de julio de 2011 en San José de Costa Rica la audiencia del caso Sarayaku, en donde se escuchó los alegatos finales sobre la excepción preliminar y eventuales de fondo y reparaciones, en la cual a más dar una gran lección sobre los derechos culturales, territoriales, religiosos, aclaró muchos puntos a los cuales iré haciendo referencia en el momento pertinente al analizar los principales derechos vulnerados a los pueblos indígenas.

2.3. Análisis de los Derechos vulnerados según el Pueblo de Sarayaku:

del Ecuador ante la República de Costa Rica, y los señores Rodrigo Durango Cordero, de la Dirección Nacional de Derechos Humanos de la Procuraduría General del Estado, Christian Pérez, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y Mayor Rodrigo Braganza, Jefe del “Proyecto Sarayaku” del Grupo de Intervención y Rescate (GIR) de la Policía Nacional del Ecuador, por los representantes de los beneficiarios, el Señor Hólger Cisneros y Marlon Santi, Presidente y miembro del Pueblo Kichwa de Sarayaku, Mario Melo, abogado del pueblo Sarayaku, Francisco Quintana y Alejandra Vicente, de CEJIL, y por la Comisión Interamericana, Karla I. Quintana Osuna, Silvia Serrano y Lily Ching Soto, asesoras.

De acuerdo a la petición presentada por Sarayaku ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 19 de Diciembre de 2003, han existido continuas violaciones del Estado Ecuatoriano en contra del Pueblo Sarayaku con respecto a derechos garantizados por la Convención Americana de los Derechos Humanos.

Para este análisis usare como insumos, el informe del Caso del Pueblo Kichwa Sarayaku, preparado por el Dr. Rodolfo Stavenhagen (Relator de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas), la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de febrero de 2010 en las que se dictan las medidas provisionales para el Estado Ecuatoriano, el informe presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la audiencia llevada a cabo los días 6 y 7 de julio de 2011 en la Corte Interamericana y la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 27 de junio de 2012.

Derecho a la propiedad: Es la base sobre la cual comienzan las vulneraciones de los derechos colectivos al Pueblo Indígena de Sarayaku. La convención Americana de Derechos Humanos establece:

Art. 21. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.⁹⁴

La Convención Americana es clara al señalar las condiciones para que una persona pueda ser privada del uso y goce de sus bienes, esto es por cuestiones de utilidad pública o de interés social siempre y cuando haya existido una indemnización justa o por cualquier otra forma establecida en la ley. En este caso el

⁹⁴ Art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

estado ejecutó un contrato con la empresa CGC para la explotación de las tierras adjudicadas al Pueblo de Sarayaku sin demostrar utilidad alguna, ni tampoco indemnizarlos, desobedeciendo las normas internacionales establecidas en un convenio ratificado por el Ecuador en 1977.⁹⁵

La jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido reconociendo reiterativamente el derecho a la propiedad de los Pueblos Indígenas sobre sus territorios ancestrales y sobre la propiedad comunitaria de los mismos, demostrando la importancia que tiene este derecho desde la concepción de la integralidad en donde se incluye los recursos naturales,⁹⁶ así lo reconoce también cuando analiza el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua y precisa el concepto de propiedad en las comunidades indígenas en los siguientes términos:

[...]entre los 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. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras[...]

⁹⁵ Art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos manifiesta: Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resoluciones en los casos: Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs Nicaragua, de 2001; Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay, de 2005; comunidad SAWHOYAMAXA vs PARAGUAY, de 2006; y, comunidad MOIWANA Y SURINAME, de 2005 Constitucional.

Estas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, sin embargo merece igual protección del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe tomarse en cuenta para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.”⁹⁷

También ha establecido que “No hay duda alguna que al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre su territorio, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”.⁹⁸ En la misma línea se estableció en el caso de Saramaka la obligación que tiene el Estado de cumplir con tres garantías, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad y la concesión de territorios no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal:

Primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del Pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción... que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del Pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la

⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto del 2001, sobre fondo, reparaciones y costas del, párr. 149. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso comunidad Sarayaku vs Ecuador, resolución de 17 de junio de 2005 sobre las medidas provisionales.

⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos., Caso Comunidad Indígena Yakye Axa. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Párr. 147.

supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del Pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como Pueblo tribal.

El Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por el Ecuador en 1998, determina que “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”.⁹⁹

Y es necesario aclarar que a pesar de que dicho convenio no haya entrado en vigencia al momento de la firma del contrato con la empresa CGC, si lo hacía la Convención Americana que protege el derecho a la propiedad, por lo que no es un argumento válido para evadir las responsabilidades que tenía el Estado.

En el mismo sentido, en nuestro derecho interno, desde la Constitución de 1998 ya establecía como derecho colectivo la protección de territorios indígenas,¹⁰⁰ y si bien tampoco estuvo vigente en el año que se firmó el contrato, recordemos que la

⁹⁹ Art. 13 numeral 1 del Convenio de la OIT, 1989.

¹⁰⁰ Art. 84 de la Constitución Política del Ecuador: El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...] 2. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública [...] 3. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley. 4. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. 5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten [...] 8. A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras.

compañía CGC ingresa al territorio indígena de Sarayaku en el año 2002, en el cuál ya se encontraba vigente la Constitución de 1998.

Sin duda alguna para los pueblos indígenas, el derecho a la propiedad y a sus territorios ancestrales se encuentra íntimamente relacionado con la supervivencia de los mismos, ya que al perder su territorio perderían también el acceso a los recursos naturales necesarios para su subsistencia así como también para el desarrollo y continuidad de su cosmovisión. En el caso concreto del Pueblo Sarayaku, la Señora Patricia Gualinga hace referencia a esa relación íntima entre la “selva viva” y sus miembros al manifestar lo siguiente:

Es una relación íntima, es una relación de convivencia armónica, el *Kawsak Sacha* para nosotros es la selva que es viva, con todo lo que ello implica, con todos sus seres con toda su cosmovisión, con toda su cultura en la cual nosotros estamos inmiscuidos. [...] Estos seres son muy importantes. Ellos nos mantienen con la energía vital, ellos mantienen el equilibrio y la abundancia ellos mantienen todo el cosmos y están conectados entre sí. Estos seres son indispensables no sólo para Sarayaku, sino para el equilibrio amazónico y están conectados entre sí, y por eso Sarayaku defiende tan arduamente su espacio de vida.¹⁰¹

Derecho a la cultura: Este derecho se encuentra relacionado con el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, ya que de conformidad a lo manifestado en el Caso de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni “la relación con la tierra para las comunidades indígenas no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.¹⁰²

¹⁰¹ Testimonio rendido por Patricia Gualinga ante la Corte durante la audiencia pública celebrada el 6 de julio de 2011.

¹⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr.149.

Al violentar el derecho al territorio de los pueblos y comunidades indígenas estaríamos afectando al derecho a la identidad y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”,¹⁰³ por lo que es importante respetar esa especial relación para garantizar su supervivencia social, cultural y económica,¹⁰⁴ asimismo, se ha reconocido la estrecha vinculación del territorio con las tradiciones, costumbres, lenguas, artes, rituales, conocimientos y otros aspectos de la identidad de los pueblos indígenas, señalando que “en función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”.¹⁰⁵

En base al principio de no discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es de gran importancia para respetar y garantizar el goce de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y, según el artículo 29.b) de la misma, que determina las normas de interpretación.¹⁰⁶

¹⁰³ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 147. Véase asimismo, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. A/HRC/6/15, de 15 de noviembre de 2007, párr. 43.

¹⁰⁴ Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 91.

¹⁰⁵ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 154.

¹⁰⁶ Art. 29: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

Por lo que no hay duda alguna que en el derecho a su territorio y a sus tierras se encuentra inmiscuido sus tradiciones, rituales, costumbres, lenguas, artes culinarias, su vestimenta, valores, etc, las mismas que son transmitidas de generación en generación como parte de su patrimonio cultural que es recreado constantemente por los miembros de la comunidad.

No se puede justificar la permanencia de empresas petroleras a pesar de la oposición de diferentes pueblos argumentando la idea del bien común, porque la explotación petrolera ha significado la pérdida de la identidad y diversidad cultural de nuestro país. La identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática.¹⁰⁷

El Estado debe garantizar el cumplimiento y respeto de este derecho a fin de precautelarse su vida cultural y social, conforme también lo establece el Convenio 169 de la OIT al reconocer las aspiraciones de los Pueblos indígenas a “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los

¹⁰⁷ La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, ampliamente aceptada al haber sido adoptada en el órgano respectivo con la firma de 143 Estados (incluido Ecuador), contempla el derecho de estos Pueblos a determinar libremente su condición política, a perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural, a participar en la adopción de las decisiones que les afecten, y a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado (Artículos 3, 4, 5,18, 19, 20, 23,32, 33 y 34). En el caso particular del Ecuador, ese reconocimiento es tan claro que hoy en día su propia Constitución de 2008 reconoce el derecho a la autodeterminación de diversas formas, entre otras, al declarar que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen derecho a “mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social, por el cual la Constitución garantiza el respeto y la promoción de las costumbres e identidad de los pueblos indígenas en todos los órdenes de la vida” y, en el caso de los “pueblos en aislamiento voluntario”, el Estado “deberá adoptar medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelarse la observancia de sus derechos”.

Estados en que viven”.¹⁰⁸

Derecho a la circulación y a la integridad personal: En el caso que nos ocupa, estos dos derechos se encuentran relacionados entre sí, en cuanto al derecho a la circulación la Convención Americana de Derechos Humanos manifiesta:

Artículo 22: 1.-Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales [...] 3.- El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás. 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

Con respecto al derecho a la integridad personal la integridad personal, la Corte determina:

Artículo 5.. “1). Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2) Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano...”

Estos derechos a más de encontrarse protegidos internacionalmente, los encontramos especificados en nuestra legislación nacional, que es sus artículo 23. 14 y 66 de la Constitución Política del Ecuador de 1998 determinan:

Artículo 23.14.- “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas [...] el derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia. [...]”

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: ... 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se

¹⁰⁸ Convenio N° 169 de la OIT. Considerando quinto.

tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual. c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes...”.¹⁰⁹

Por lo que en caso en este caso el Estado como un primer paso, violó el derecho a la propiedad ancestral del Pueblo Sarayaku, como segundo paso durante varios años no les permiten transitar libremente por su territorio al impedir el paso por el Río Bobonaza, sin poder comunicarse con otros pueblos a donde acudían para cubrir algunas necesidades básicas y fundamentales, como es el caso de Puyo.

Por otro lado se los ha expuesto a vivir en un territorio que está afectado con pentolita en un 60%, admitiendo el mismo estado que dicha pentolita es de gran peligrosidad, cuartándoles el derecho no solo a transitar libremente por su territorio, sino a vivir dignamente. La Comisión por su parte observa que desde marzo de 2003 la Comunidad de Canelos había decidido prohibir el paso de los miembros de Sarayaku, por lo que en las resoluciones provisionales emitidas por la Comisión de Derechos Humanos en julio de 2004 y junio de 2005 alertó acerca de una atención prioritaria a la violación del derecho a la libertad de circulación.

El día 4 de diciembre de 2003, varios miembros del pueblo Sarayaku habrían sido agredidos por miembros del Pueblo de Canelos, en presencia de policías, toda vez que el contingente policial era “a toda luz insuficiente” para impedir los hechos de violencia, más aún si días antes la comunidad de Canelos había anunciado que negaría el paso a los Sarayaku,¹¹⁰ además el Estado implementó patrullajes permanentes, pero de igual forma han sido acciones mínimas con relación a mayores problemas para su libre circulación como lo es el retiro de explosivos, los cuales

¹⁰⁹ Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹¹⁰ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr.236.

podrían causar mucho daño a las personas y al territorio ancestral, por lo que en total acuerdo con lo manifestado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el Estado es responsable por la violación al derecho a la libre circulación, protegido por el artículo 22 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma en perjuicio de los miembros del Pueblo Sarayaku y por ende es responsable de la violación del derecho a la integridad personal de los miembros de dicha comunidad.

Derecho a la vida: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente [...]".¹¹¹ En el caso de los "*Niños de la Calle*" (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, 1999), la Corte Interamericana ponderó que:

"El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él".¹¹²

En este mismo sentido la Corte ha señalado en su jurisprudencia el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, que presupone no solo que ninguna persona sea privada de su vida, sino que además el Estado debe cumplir sin falta con su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos

¹¹¹ Art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia sobre el fondo, del 19.11.1999, Serie C, n. 63, párr. 144.

humanos, por lo que debe tomar las medidas necesarias y apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida de todos los que se encuentran bajo su jurisdicción”.¹¹³

Es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que razonablemente podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.¹¹⁴

En el presente caso ha sido probado que una vez que el Estado brindó la concesión a la compañía petrolera, esta realizó con conocimiento del Estado, daños a los territorios indígenas al dejar cientos de huecos y sembrar cerca de una tonelada y media de explosivos en el Bloque 23, el cual incluye el territorio de Sarayaku; por lo que ante la pasividad del Estado ecuatoriano, fue la Comisión Interamericana y posteriormente la Corte Interamericana quién brindó una atención prioritaria a estos pueblos, estableciendo en sus resoluciones medidas provisionales en cuanto al material explosivo colocado, manifestando al respecto que “el hecho que la empresa haya colocado material explosivo en relación con sus actividades de exploración petrolera en el territorio donde se asienta el Pueblo de Sarayaku ... constituye un factor de grave riesgo para la vida e integridad de los miembros de dicho Pueblo.”¹¹⁵

El Estado Ecuatoriano alega que como medida de

¹¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Sawhoyamaya, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párr. 152.

¹¹⁴ Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, párrs. 155 y 166. Véase asimismo, Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 123 y Caso Familia Barrios Vs. Venezuela, párr. 123.

¹¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de Medidas Provisionales de 15 de junio de 2006, considerando 12.

seguridad entregaron carnés para los líderes que la misma comunidad identificó como los más vulnerables, la finalidad de estos carnets es que si las personas beneficiarias de los mismos sienten la necesidad de protección, pueden acudir o llamar telefónicamente a la policía, de tal forma que ellos acuden de manera inmediata. También manifiestan que se implementó resguardo policial permanente en las oficinas de Sarayaku, patrullajes periódicos en los que cada 6 horas cambiaban los turnos para proteger de cualquier agresión a los Sarayaku, pero a pesar de que las últimas acciones realizadas por el Estado han demostrado un interés sobre la protección del Pueblo Sarayaku, no ha sido suficiente ni proporcional con el daño causado a esta comunidad indígena después de haber incumplido con la obligación de garantizar el respeto de varios derechos de las comunidades indígenas, como lo es la propiedad, la supervivencia, y en general la vida.

En suma las autoridades internas conocían de la existencia de una situación de riesgo para la vida del Pueblo Sarayaku, por lo que surgen determinadas obligaciones de prevención que le obliga conforme la Convención Americana (artículo 4) y su propio derecho interno a adoptar medidas necesarias que protejan a dicha comunidad, sin embargo estas fueron mínimas, tomando en cuenta que estamos refiriéndonos al derecho a la vida y no solo de una persona sino de una comunidad.

Consulta previa: El derecho a la consulta previa se encuentra establecido desde la Constitución Política del Ecuador de 1998, que en su artículo 84.5 determina:

El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos [...] 5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en

cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio - ambientales que les causen.

Así también en nuestra Constitución actual, el derecho a la consulta se encuentra establecido en el artículo 57.7 en los siguientes términos:

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

En el ámbito internacional es importante mencionar lo dicho por el Relator James Anaya sobre el nacimiento jurídico de la obligación de consultar, la cual asegura empieza desde la contratación de obligaciones de un Estado con ciertos Instrumentos internacionales; que en el caso de Ecuador serán: 1.- La Carta de la Organización de Estados Americanos, derivado de lo cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene competencia para formular recomendaciones al Ecuador. 2.- La Declaración Americana sobre Derechos del Hombre y 3.- Convención Americana sobre Derechos Humanos, aceptando la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericanas para conocer los casos de incumplimiento de las obligaciones consagradas e la Convención Americana.¹¹⁶

Por otro lado en el ámbito de las Naciones Unidas ratificó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Pacto

¹¹⁶ Cfr. El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, Lima, Fundación para el Debido Proceso Legal, 2011, p. 11.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación Racial, etc.¹¹⁷

En el ámbito de la OIT, ratifico el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que consagra entre otros, el derecho a la consulta previa, siendo destinatarios de varias observaciones de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CAECCR).¹¹⁸

Una vez determinada tanto la legislación nacional como internacional, relativa al derecho de consulta, entraremos al análisis del caso que nos ocupa, en el cuál determinaremos si en realidad el Estado ecuatoriano vulneró el derecho a la consulta del Pueblo Indígenas de Sarayaku al ingresar a su territorio para realizar proyectos de exploración y explotación de los recursos naturales.

El Estado ecuatoriano firmó el contrato para el proyecto antes mencionado en agosto de 1996, la primera etapa se planeaba realizar en 1997, concretándose en el año 2002. Por lo que debemos determinar si el Estado ecuatoriano debía haber consultado o no sobre dicho proyecto, aún cuando la Constitución de 1996 vigente en aquella época, aún no determinaba el derecho a la consulta, hasta dos años después cuando la Constitución de 1998 ya lo hizo.

En cuanto a la legislación Nacional, la Constitución Política del Ecuador vigente en dicho tiempo establecía en sus artículos 63, 4 y 44 el derecho a la propiedad, a la no discriminación de los pueblos y a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado respectivamente. Por lo que si bien estas garantías constitucionales no determinan específicamente el derecho del Estado a consultar,

¹¹⁷ *Ibíd.* Pp. 11-12.

¹¹⁸ *Ibíd.* pp. 11-12.

tienen como objetivo sin lugar a dudas proteger tanto el derecho a la propiedad como también a vivir en un ambiente sano, los mismo que se estarían vulnerando al firmar un contrato para la exploración y explotación de un territorio del cual el Pueblo de Sarayaku era legítimo propietario.¹¹⁹

Por lo que el Estado ecuatoriano no consultó al firmar el contrato en 1996, como tampoco al ingresar al territorio de Sarayaku en el 2002 para realizar el proceso de exploración, aún cuando en dicha fecha ya se encontraba vigente la Constitución de 1998 que obligaba al Estado a consultar a los Pueblos Indígenas antes de la exploración y explotación de los recursos naturales tal como lo establece su Art. 84 numeral 5.

En cuanto a la responsabilidad Internacional que tiene el Estado ecuatoriano, tampoco respetó los Tratados Internacionales que se referían al tema de propiedad, territorio, consulta y pueblos indígenas, ya que parafraseando lo dicho por el Relator Anaya en la audiencia del Caso Sarayaku; si bien el tratado de la OIT que es el más protector en temas de pueblos indígenas no estaba vigente al momento de firmar el contrato en 1996, no podemos olvidar que para ese entonces el Ecuador ya había ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 21, protege el derecho a la propiedad, sosteniendo la Corte Interamericana en repetidas oportunidades que: “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así

¹¹⁹ Ya se hizo referencia en las páginas 73 y 24.

como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana”.¹²⁰

Dicha protección de la propiedad en los términos del artículo 21, leído en conjunto con los artículos 1.1¹²¹ y 2¹²² de la Convención Americana de Derechos Humanos, le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente.¹²³

Por lo que ya se ha interpretado de una manera clara el deber de los estados de salvaguardar el derecho que tienen los pueblos indígenas sobre su territorio, por lo que, lo menos que se esperaría es que se consulte a los pueblos indígenas al verse perjudicados por un proyecto.

Sin dejar de lado otros Instrumentos Internacionales vigentes en esa época, como lo es el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, que en su art. 27 protege el derecho a la cultura de los pueblos indígenas y de las minorías en general, así como también la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos que en varios

¹²⁰ Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, supra nota 75, párr. 118. Cfr. también Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 75, párr. 137.)

¹²¹ 1.1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹²² 2. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

¹²³ Caso Saramaka, párrafo. 92.

pronunciamientos afirmó que cualquier acto que pueda afectar al desarrollo del derecho a la cultura debe ser consultado.¹²⁴

El Convenio 169 de la OIT, a pesar de no encontrarse ratificado por el Ecuador al momento de firmar el contrato, ya lo estaba cuando ingresaron por primera vez para la exploración del territorio, por lo que ahí debía consultarse a la comunidad, como lo ha señalado el Consejo de Administración de la OIT:

En su análisis sobre la aplicación del Convenio, la Comisión de Expertos de la OIT ha reafirmado en varias ocasiones que el Convenio no puede aplicarse con retroactividad. Sin embargo, varias veces, la Comisión también ha expresado que si las consecuencias de las decisiones tomadas previamente a la entrada en vigor continúan afectando a los pueblos indígenas en cuestión, el Convenio podría aplicarse con respecto a tales consecuencias¹²⁵.

Estos estándares internacionales a más de ser una guía para establecer de la mejor manera el derecho a la consulta son obligaciones internacionales vinculantes que podría terminar en responsabilidad internacional por parte de un estado, al incumplir sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos internacionales protegidos para los pueblos indígenas y tribales como ocurrió en el caso del Estado de Suriname.¹²⁶

Lamentablemente el Estado ecuatoriano, no ha respetado los estándares internacionales, por lo que el Pueblo de Sarayaku se vio obligado a acudir a la Corte Internacional de Derechos Humanos, para que emita su criterio sobre la violación de varios derechos en contra del Pueblo de Sarayaku, que comenzó vulnerando su

¹²⁴ Cfr. James Anaya en Audiencia del Caso Sarayaku, llevada a cabo en Costa Rica en el año 2011.

¹²⁵ Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT / Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009, 1. ed., p. 183 en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_113014.pdf acceso: 20/01/12.

¹²⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado de Suriname, al haber restringido sin razón alguna el derecho a la propiedad comunitaria del Pueblo Saramaka al otorgar una concesión para un proyecto de explotación de madera en dichos territorios, sin previa consulta.

derecho a ser consultado antes de que se vea afectado su territorio, lo cual posteriormente trajo vulneración de muchos otros derechos fundamentales.

Por lo que en conclusión el estado tenía el deber de consultar al pueblo indígena tanto por la legislación nacional, como por sus obligaciones internacionales, sin haberlo hecho ni antes de la firma del contrato, ni al comenzar el proyecto de exploración y explotación de recursos naturales, que los afecta no solo en su territorio, si no a su cultura y a su derecho a la vida, por la cosmovisión que ellos tienen y que nuestra forma occidental de pensar no nos permite ver lo desastroso que puede ser para una comunidad el destrozar su lugar de vida.

En concordancia a lo dicho en párrafos anteriores, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia dictada dentro del Caso del Pueblo Indígena de Sarayaku, analiza y desarrolla importantes derechos vulnerados por el Estado ecuatoriano, declarándolo responsable por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, así como también por haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal, reconocidos en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana, en relación con la obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal.

Personalmente considero que la Corte Interamericana aportó grandemente en el desarrollo de esta sentencia, primeramente al reparar en su totalidad los derechos vulnerados por el Estado Ecuatoriano al Pueblo de Sarayaku; así como también al establecer la forma en la que debe consultarse y los aportes para que dicha consulta se cumple en su totalidad; disponiendo por unanimidad:

3. El Estado 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, en los términos de los párrafos 299 y 300 de esta Sentencia. 4. El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades, en los términos del párrafo 301 de esta Sentencia. 5. El Estado debe implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos obligatorios que contemplen módulos sobre los estándares nacionales e internacionales en derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, dirigidos a funcionarios militares, policiales y judiciales, así como a otros cuyas funciones involucren relacionamiento con pueblos indígenas [...].¹²⁷

¹²⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, sentencia de fondo y reparaciones del 27 de junio de 2012, p. 100.

CONCLUSIONES

1.- Los pueblos indígenas han venido luchando por sus derechos desde hace más de 500 años, primero con la dominación inca y posteriormente con la denominación española, logrando reconocimiento y respeto a sus diferencias desde los años 90, época en la cual se dieron importantes levantamientos indígenas que tuvieron como resultado la reforma de la Constitución de 1998, en la cual se reconoce al Ecuador como un país contenedor de varias culturas, así como también se reconocen un conjunto de valores y derechos políticos, sociales y colectivos para los pueblos indígenas y afro ecuatorianos; y posteriormente en la Constitución del 2008 consiguieron su mayor objetivo, al definirse al Estado Ecuatoriano como plurinacional, término que reconoce el hecho de que en el territorio ecuatoriano coexiste una mayoría mestiza y varias nacionalidades indígenas en igualdad formal y material; construyendo una verdadera autonomía de los pueblos indígenas en el marco de la unidad de la nación plurinacional, en donde se avance a formas de planificación participativas que respondan y respeten esa diversidad existente.

A nivel Internacional también consiguieron logros importantes, como fue la promulgación por la Organización Internacional del Trabajo, del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, instrumento único que proporciona un marco de reflexión y acción para los Estados, en el respeto por los derechos diferenciados para este segmento poblacional al igual que la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

2.- La Constitución Ecuatoriana del 2008 se caracteriza debido a su extensa gama de derechos, así como también por el alto contenido garantista de los mismos, a tal

punto que en su Art. 424 determina: "... La Constitución y 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 del poder público ... en concordancia con lo establecido en el Art. 117 del mismo cuerpo legal.¹²⁸

En este sentido hemos analizado la finalidad de la consulta libre, previa e informada, establecida en el Art. 57.7 como derecho colectivo, la cual ha suscitado el problema, respecto a su carácter vinculante; por lo que a lo largo de esta investigación se ha determinado que nuestra actual Constitución no establece el carácter vinculante de la consulta previa, es más solo llega a determinar que en caso de no llegar a un acuerdo se procederá conforme la Constitución y la ley.

Por lo que acudimos analizando esta guía que nos da al respecto la Constitución, y al observar la falta de ley que regule el procedimiento a seguir así como tampoco lo determina nuestra Constitución, debemos tomar en cuenta el encabezado del artículo 57 de la C.E., el cual otorga a los Pueblos, Comunidades y nacionalidades indígenas derechos colectivos conforme la Constitución y los Tratados, Convenios, Declaraciones y demás Instrumentos Internacionales, lo que nos indica que si nuestra Constitución no determina el procedimiento, se debe acudir a los Tratados Internacionales que si lo hacen, buscando lo más favorable para los derechos humanos, ya que es obvio que si se realiza una consulta, no puede hacerse solo como una formalidad sino debe ir más allá, respetando los criterios de la misma, ya que

¹²⁸ Art. 117: Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

estamos hablando no solo de su territorio, sino de su supervivencia, de su cultura y de su vida.

Recordemos que existen una gama importante de normativa contenida en diferentes instrumentos internacionales, como por ejemplo el convenio 169 de la OIT que ha sido ratificado por el Ecuador en 1998, convirtiéndose en un instrumento de obligatoria referencia, el mismo que ha sido desarrollado por la Corte Interamericana en su jurisprudencia, siendo una guía importante para dejar claro que no puede aplicarse estándares de protección de los derechos humanos inferiores a los fijados por el Derecho Internacional.

3.- En total acuerdo con lo determinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es importante que el Ecuador mediante una normativa adecuada, regule correctamente la aplicación y finalidad que va a tener dicha consulta, estableciendo los parámetros necesarios en cuanto a quien se va a consultar, en qué casos, como se va a realizar, cual va a ser su objetivo y finalidad; poniendo en marcha el verdadero sentido que tiene la consulta previa, libre e informada; en concordancia con los importantes y avanzados estándares internacionales plasmados en diferentes Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, los cuales ya han sido referidos en párrafos anteriores. Sin embargo se debe dejar claro que aún a pesar de no existir ley alguna que regule el procedimiento de esta consulta, no se puede vulnerar este derecho colectivo, al ser garantizado tanto en nuestra legislación nacional como internacional.

4.- En cuanto a la ejecución y a los parámetros del proceso de consulta previa, deberá cumplir las siguientes fases: 1.- siempre deberá cumplir las siguientes fases:

1.- Preconsulta: En la que deben reunirse los representantes del Estado, la empresa si es el caso y los representantes del pueblo o comunidad indígena, quienes deben empaparse con toda la información del proyecto. 2.- Apertura del proceso: Se socializa toda la información clara y completa a toda la comunidad/es involucradas a fin de que tengan total conocimiento al respecto. 3.- Análisis- diálogo. Concertaciones: En esta fase se realizarán talleres de identificación de impactos y de medidas de manejo. Así como también se responderá todas las dudas que tenga la comunidad, dejando totalmente claro el proyecto. Se darán reuniones para determinar los pre-acuerdos y se realizarán seguimiento de los mismos. 4.- Cierre del proceso de consulta previa, de la cual puede existir un acuerdo total, parcial o ningún acuerdo.

5.- A nivel de Latinoamérica han existido conflictos con respecto a la exploración y explotación de los recursos naturales existentes en las comunidades y pueblos indígenas; y como hemos analizado en el segundo capítulo de esta tesis, el Ecuador no es una excepción; por el contrario, Ecuador tiene una historia de explotación petrolera que ha atentado contra los pueblos indígenas causando daños no solo al medio ambiente sino a la supervivencia física y cultural de los pueblos, como se ha dado con el caso de la Federación Independiente del Pueblo Shuar, el caso de la Organización de Nacionalidades Waoranii, del Pueblo Indígena de Sarayaku, etc.

Actualmente, debido a la lucha y perseverancia del Pueblo Indígena de Sarayaku, nos hemos convertido en un referente importante para la lucha de los pueblos indígenas con respecto al tema de la falta de consulta previa en nuestro País, tomando en cuenta que de conformidad con el artículo 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se determina que los Estados Partes se

comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes, por lo que al determinar la Corte que el Estado debe consultar [...] 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 [...], lo cual ha sentado un precedente obligatorio para nuestro país, en el sentido de que la consulta debe realizarse conforme los estándares internacionales aplicables a la materia, que como hemos venido manifestando a lo largo de esta investigación, plantean la consulta no solo como un derecho a consultar sino con el fin de lograr el consentimiento libre, previo e informado.

Es indudable que esta sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es de cumplimiento obligatorio para el Estado Ecuatoriano, tomando en cuenta que el Ecuador ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual creó tanto a dicha Corte como a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para conocer las violaciones a los derechos humanos. Por lo que al ser el Ecuador un Estado parte, no puede desobedecer esta responsabilidad internacional, ya que caso contrario podría darse un desprestigio internacional.

BIBLIOGRAFÍA:

Acosta, Alberto, *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*, Quito, Editorail Abya Yala, 2009

Baltasar, Rosa, *Derecho Ambiental y Consulta Previa*, publicado en la Revista Yamaypacha, N 45, Quito, 2007

Chuji, Monica, *Ecuador: La consulta es un derecho no un mecanismo de disuasión del poder*, Boletín Rimanacuy, en <http://www.kaosenlared.net/noticia/ecuador-consulta-derecho-no-mecanismo-disuasion-poder>

CONAIE. *Las Nacionalidades y Pueblos y sus Derechos en la legislación Nacional e Internacional*, Quito, 2001

CONAIE, “Formas de organización social comunitaria o colectiva, 1998”, citado por Guillermo Churuchumbi, *Propuesta sobre gobiernos comunitarios de los pueblos Kichwas* Quito, Fundación Kawsay / ECUARUNARI, 2006

Guaranda Mendoza, Wilton, “La Consulta Previa y el Derecho a la Resistencia”, en Luis Ángel Saavedra, edit., *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Quito, INREDH, 2009

Macas, Luis, *La lucha del movimiento indígena en el Ecuador* en <http://icci.nativeweb.org/boletin/37/macass.html>

Melo, Mario, Coordinador del Área “Amazonía” del Centro de Derechos Económicos y Sociales. *Reflexiones respecto al reglamento de Consulta y Participación en Actividades Petroleras*, CEDES. 2003

Pólit, Berenice, *La Consulta Previa: En materia ambiental y en relación a os derechos colectivos de las comunidades y nacionalidades*, Quito, Editora Jurídico Cevallos, 2010

Ponce, Ivonne Eulalia, *Petróleo y conflictos en la Región Amazónica: El caso de Pastaza, Bloque 23*, Quito, Proyecto previo a la obtención del Título de Ingeniera en Ciencias Económicas y Financieras, 2006

Prieto, Mercedes, *Liberalismo y temor: imaginando los sujeto indígenas en el Ecuador postcolonial: 1985-1950*, Quito, Flacso / Abya Yala, 2004

Quishpe, Jorge Marcelo, “Sublevaciones indígenas en la Audiencia de Quito, siglo XVIII en Maria Elena Porras y Pedro Calvo Sotelo, *Ecuador-España: Historia y perspectiva*, Quito, Embajada de España en el Ecuador, s/f

Rubio, Gonzalo, *Los Indios Ecuatorianos: Evolución Histórica y Políticas Indigenistas*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1987

Sanchez Parga, José, “Las Comunidades Indígenas y la Tierra” en Enrique Galarza (Coord.), *Tierra de la Pachamama al Tugurio*, Quito, Ediciones Justicia y Paz, 1992

Yrigoyen, Raquel Z., “De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento” en Germán Palacio Castañeda, Dir, *El derecho a la consulta previa en América Latina: Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*, Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, 2009.

FUENTES NORMATIVAS:

- Constitución del Ecuador, 1998.
- Constitución del Ecuador, 2008

- Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas
- Decreto 1040, Administración del Señor Ec. Rafael Correa Delgado, Jueves, 08 de Mayo de 2008- R.O. No. 332.
- Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19 de Junio de 2010 Art. 4 literal b
- Proyecto de ley estatutaria elaborado por el grupo de consulta previa del Ministerio del Interior y de Justicia por la cual se reglamenta la consulta previa para grupos étnicos y se dictan otras disposiciones. Emitido por el Congreso de la República de Colombia, Art. 12 letra C

FUENTES ELECTRÓNICAS:

http://www.coica.org.ec/sp/ma_resoluciones/convenio169_sp01.html

La resistencia de Fernando Daquilema en
<http://www.efemerides.ec/1/oct/daquilema2.htm>

Cfr. Ménthor Sanchez, *El movimiento indígena Ecuatoriano*, en
<http://www.revistapueblos.org/spip.php?article1020>

Ecuador inmediato, Presidente Correa y Alberto Acosta “rompen el hielo” por 10 minutos; a futuro se aclaran las diferencias, en
http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/ecuadorinmediato_noticias--88446

CONDEPE:

http://www.condepe.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=43&Itemid=230

CODENPE, Consejo de desarrollo de las nacionalidades y pueblos del Ecuador, en http://www.codenpe.gob.ec/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=71&Itemid=597

Cfr. FEINE: Organizaciones indígenas presentarán propuesta para consulta previa a la Asamblea Nacional, en <http://www.feine.org.ec/esp/?p=178>

Corte Constitucional colombiana dicta sentencia histórica sobre consulta previa a pueblos indígenas y comunidades negras en http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/Corte_Constitucional_colombiana_dicta_sentencia_historica.pdf

Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT / Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009, 1. ed., p. 183 en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_113014.pdf

Foro sobre “Los Derecho de los Pueblos Indígenas”, realizado el martes 31 de agosto de 2010, organizado por la Facultad de Jurisprudencia y el Centro de Derechos Humanos de la PUCE y la Red Jurídica. Amazónica Rama.Constitución de la República del Ecuador, 2008.

SENTENCIAS

Corte Constitucional Ecuatoriana, Sentencia N. 001-10-SIN.CC, Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN (Acumulados). Juez Constitucional Ponente: Dr. Patricio Pazmiño Freire.

Corte Constitucional Ecuatoriana. Sentencia No. 001-10-SIN-CC. Juez Constitucional Ponente: Dr. Patricio Pazmiño Freire.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-030/2008. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto del 2001, sobre fondo, reparaciones y costas del, párr. 149. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso comunidad Sarayaku vs Ecuador, resolución de 17 de junio de 2005 sobre las medidas provisionales

Corte Interamericana de Derechos Humanos., Caso Comunidad Indígena Yakye Axa. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, párrs. 155 y 166. Véase asimismo, Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso del Pueblo Saramaka. VS. Surinam”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 172, noviembre de 2007

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de Fondo y Reparaciones, de 27 de junio de 2012.